

Análisis comparativo del tipo básico del delito de lesiones en España y en Chile. Bases para una reforma

Mauricio Alfredo Rettig Espinoza

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tesisenxarxa.net) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tesisenred.net) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tesisenxarxa.net) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



***ANÁLISIS COMPARATIVO DEL TIPO BÁSICO DEL
DELITO DE LESIONES EN ESPAÑA Y EN CHILE
BASES PARA UNA REFORMA***

Mauricio Alfredo Rettig Espinoza

UNIVERSIDAD DE BARCELONA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

*ANÁLISIS COMPARATIVO DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE LESIONES
EN ESPAÑA Y EN CHILE
BASES PARA UNA REFORMA*

Tesis presentada con el objeto de obtener el título de

DOCTOR EN DERECHO

Por

Mauricio Alfredo Rettig Espinoza

Programa de Doctorado: “Derecho Penal y Ciencias Penales”

Bienio 2006-2008

DIRECTOR DE LA TESIS

Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

Barcelona, noviembre 2010

A Vanessa

*Por tu amor y tu apoyo
En este largo camino
Porque la esperanza de un futuro nuestro
Es mi razón de vivir
Y mi único consuelo
En este tiempo de no verte.*

A mis padres y familia

*Porque en el amor infinito
Que a cada instante me entregan
Encuentro el aliciente
Para intentar cada día
Ser mejor persona.*

ÍNDICE

Capítulo I. Introducción	1
Capítulo II. Historia de los delitos de lesiones	9
1. Introducción	9
2. Las lesiones en los ordenamientos jurídicos primitivos	10
3. Las lesiones en el Derecho romano clásico y en el Derecho Justiniano	11
4. Las lesiones en el Derecho germánico y en el Derecho común	14
5. Las lesiones en el Derecho histórico español	14
5.1. La influencia románica y germánica en el DP español	14
5.2. Etapa de la codificación	16
5.3. El delito de lesiones en el antiguo CPes, antes de la LO 3/1989 de 21 de junio	21
5.4. Críticas a la regulación del delito de lesiones en el antiguo CPes, antes de la LO 3/1989 de 21 de junio	24
5.5. El delito de lesiones en el antiguo CPes, luego de la LO 3/1989 de 21 de junio	32
5.6. Aspectos favorables de la regulación del delito de lesiones en el antiguo CPes, luego de la LO 3/1989 de 21 de junio	38
5.7. Críticas a la regulación del delito de lesiones en el antiguo CPes, luego de la LO 3/1989 de 21 de junio	42
5.8. El CP de 1995	53
6. Conclusiones	54
Capítulo III. Bien jurídico protegido	57
1. Introducción	57
2. Bien jurídico protegido	58
3. Bienes jurídicos individuales, universales y principio de lesividad	59
4. El bien jurídico penalmente tutelado en el delito de lesiones	65
5. Posturas mantenidas por la doctrina y en la jurisprudencia ver sumario	66
5.1. La incolumidad personal, la salud y la integridad física como bienes jurídicos tutelados en el delito de lesiones	67
5.2. La salud individual y la integridad corporal como bienes jurídicos protegidos en el delito de lesiones	69
5.3. La salud individual como único bien jurídico penalmente protegido en el delito de lesiones	72
6. Concepto de salud individual	74
6.1. Concepto subjetivo de salud individual	74
6.1.1. Críticas al concepto de salud individual de la OMS	77
6.2. Concepto objetivo de salud individual	78
7. Implicaciones del bien jurídico protegido en el ámbito del consentimiento y de la responsabilidad penal médica	80
7.1. La integridad corporal	80
7.2. Concepto subjetivo de salud individual	82
7.3. Concepto objetivo de salud individual	83
8. Panorama en el APCPCH	87
9. Conclusiones	88
Capítulo IV. Dignidad humana y salud individual	91
1. Introducción	92
2. Análisis semántico del concepto de dignidad humana	92

3. Concepciones sobre la dignidad humana	93
3.1. Concepción religiosa	93
3.2. Concepción kantiana	94
4. La dignidad humana en el Derecho	98
4.1. La dignidad humana en el Derecho Internacional	100
4.2. La dignidad humana en el constitucionalismo	101
5. La dignidad humana y bien jurídico protegido	104
6. Problemas actuales de la dignidad humana	105
6.1. ¿Es la dignidad humana un concepto útil?	106
6.2. ¿Es la dignidad humana una condición inalienable e inherente al ser humano?	113
7. Dignidad humana y disponibilidad de la salud individual	119
7.1. La disponibilidad de la salud individual en el Derecho constitucional	120
7.2. La disponibilidad de la salud individual en el DP	122
7.3. Límites a la disponibilidad de la salud individual	124
8. Dignidad humana y el consentimiento del paciente en la actividad médica	125
9. Dignidad humana y negativa de los Testigos de Jehová a realizarse transfusiones de sangre	131
9.1. Posición de la jurisprudencia y de parte de la doctrina sobre la negativa de los Testigos de Jehová a la práctica de transfusiones de sangre	132
9.2. Análisis de los argumentos de la jurisprudencia y de la doctrina para realizar las transfusiones de sangre pese a la oposición del paciente	136
9.2.1. Argumento del componente supraindividual de la vida y de la salud	136
9.2.2. Argumento de la distinción entre bienes jurídicos absolutamente espiritualizados y aquellos que tienen un sustrato material	137
9.2.3. Argumento del estado de necesidad y el aparente conflicto de bienes jurídicos	137
9.2.4. Argumento del auxilio al suicidio	141
10. Huelgas de hambre reivindicativas llevadas a cabo por reclusos penitenciarios	144
10.1. Huelgas de hambre patológicas y huelgas de hambre realizadas bajo coacción	145
10.2. Huelga de hambre reivindicativa y derechos del recluso	146
10.3. Huelga de hambre reivindicativa y obligación asistencial de la administración penitenciaria	152
10.4. Huelga de hambre reivindicativa y estado de necesidad	153
10.5. Huelga de hambre reivindicativa y cumplimiento de un deber	154
10.6. Huelga de hambre reivindicativa y comisión por omisión	155
10.7. Huelga de hambre reivindicativa y cooperación o inducción al suicidio	156
10.8. Huelga de hambre reivindicativa y omisión de socorro	157
11. Conclusiones	158
Capítulo V. Sujetos y objeto material del delito de lesiones	165
1. Ámbitos de protección penal de la vida humana	165
1.1. Periodo entre la concepción y la anidación	166
1.2. Fase entre la anidación y las doce primeras semanas de gestación	167
1.3. Periodo entre las doce semanas y las veintidós semanas de gestación	168
1.4. Desde las veintidós semanas de gestación hasta el nacimiento	169
1.5. Nacimiento	169
2. Sujetos del delito de lesiones	170
3. Objeto del delito de lesiones	171

3.1. Distinción entre objeto jurídico y objeto material	171
3.2. Sujeto pasivo y objeto material en el delito de lesiones	172
4. Límites mínimo y máximo de protección de la vida y de la salud individual	172
4.1. Importancia de determinar el límite mínimo de protección de la vida humana independiente	174
4.2. Delimitación del principio de la vida humana independiente	174
4.2.1. Límite mínimo de protección de la vida humana independiente en España	176
4.2.1.1. Teoría civilista	176
4.2.1.2. Respiración autónoma del nacido	177
4.2.1.3. Tesis de la percepción visual	179
4.2.1.4. Tesis de la autonomía vital	179
4.2.1.5. Tesis de la total separación del niño del vientre materno	180
4.2.1.6. Teoría de la viabilidad	181
4.2.1.7. Teoría del corte del cordón umbilical	182
4.2.1.8. Teoría del comienzo del parto	182
4.2.2. Límite mínimo de protección de la vida humana independiente en Chile	187
4.2.2.1. Límites derivados del delito de infanticidio	187
4.2.2.2. Teoría del corte del cordón umbilical	188
4.2.2.3. Teoría de la autonomía de vida	189
4.2.2.4. Teoría del inicio del nacimiento	191
4.2.2.5. Teoría de la separación completa del vientre materno	192
4.2.3. Límite mínimo de protección de la vida humana independiente en el APCPCH	193
4.2.4. Límite mínimo de protección de la vida humana independiente en Argentina	194
4.2.4.1. Teoría civilista	194
4.2.4.2. Teoría del comienzo del nacimiento	194
5. Límite máximo de protección de la vida y la salud individual	195
5.1. Límite máximo de protección de la vida y la salud individual en España	195
5.1.1. La importancia de establecer el límite máximo de protección de la vida y de la salud individual	196
5.1.2. Concepto de muerte	199
5.1.2.1. Muerte clínica y muerte cerebral	199
5.1.3. Métodos de comprobación de la muerte	201
5.2. Límite máximo de protección de la vida y la salud individual en Chile	203
5.2.1. Importancia de establecer el límite máximo de protección de la vida y de la salud individual	203
5.2.2. Concepto de muerte	204
5.2.2.1. Muerte orgánica	205
5.2.2.2. Muerte clínica	205
5.2.2.3. Muerte cerebral	206
5.2.3. Distinción entre concepto de muerte y comprobación de la misma	209
5.3. Límite máximo de protección de la vida y la salud individual en Argentina	209
5.3.1. Importancia de establecer el límite máximo de protección de la vida y de la salud individual	209
5.3.2. Muerte clínica y muerte cerebral	210
6. Delimitación entre el delito de lesiones al feto y el delito de lesiones	211

6.1. Delimitación entre el delito de lesiones al feto y el delito de lesiones en España	211
6.2. Feto, persona y principio de legalidad	212
7. Atipicidad de las lesiones al feto en Chile	218
8. Atipicidad de las lesiones al feto en Argentina	219
9. Las lesiones al feto en el APCPCH	220
10. Conclusiones	220
Capítulo VI. Tipo objetivo en el delito de lesiones	225
A. Formas de configuración del delito de lesiones en atención a la clasificación de los tipos penales	225
1. Introducción	225
2. Delitos de mera actividad y delitos de resultado	225
3. Delitos de peligro y delitos de lesión	226
4. Delitos de tipo simple o compuesto	227
5. Delitos de un solo acto o de varios actos, delitos mixtos o con pluralidad de hipótesis y de emprendimiento	227
6. Delitos de forma libre o vinculada	228
7. Delitos de acción y delitos de omisión	229
8. Tipos calificados, tipo básico y tipo privilegiado	231
9. Delitos comunes y delitos especiales	231
10. Delitos instantáneos, permanentes y de estado	232
11. Delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano	233
12. Conclusión	234
B. El comportamiento típico y los medios de comisión	235
1. Introducción	235
2. Conducta típica	235
3. Los medios de comisión	237
3.1. Los medios de comisión en el delito de lesiones en el DP español	237
3.1.1. La comisión por omisión en el delito de lesiones en el CPes	239
3.2. Los medios de comisión en Alemania y en Argentina	245
3.2.1. La comisión por omisión en Alemania y en Argentina	245
3.3. Los medios de comisión en Chile	246
3.3.1. La comisión por omisión en el CPch	246
3.3.2. La comisión por omisión en el APCPCH	251
4. Conclusiones	253
C. El resultado típico en el delito de lesiones	255
1. Introducción	255
2. Concepto legal de lesión	256
3. La importancia de determinar el concepto de lesión	256
4. El concepto legal de lesiones en el CPes	257
5. Menoscabo de la salud individual	258
5.1. El menoscabo de la integridad corporal	258
5.2. El menoscabo de la salud física	258
5.3. El menoscabo de la salud mental	259
6. Naturaleza de los elementos primera asistencia médica y tratamiento médico quirúrgico (elementos normativos del tipo)	259
6.1. Primera asistencia facultativa	261
6.2. Tratamiento médico o quirúrgico	266
6.2.1. Concepto amplio de tratamiento médico o quirúrgico	266
6.2.2. Concepto restringido de tratamiento médico o quirúrgico	267

6.2.3. El baremo: “Objetivamente”	272
6.2.4. Sanidad de la lesión	274
6.2.5. ¿Qué significado tiene la expresión “además” en el tipo penal básico de lesiones?	274
7. Críticas al concepto legal de lesión del CPes	275
8. Delimitación entre el delito y falta de lesiones en España	279
9. El concepto de lesión en el CPch	280
10. El concepto de lesión en el APCPCH	280
11. Conclusiones	281
D. El resultado típico en el delito de lesiones (Sentido y alcance de la noción de enfermedad)	285
1. Introducción	285
2. Concepto de enfermedad	285
3. ¿Cabén en el término jurídico penal de enfermedad, las enfermedades psíquicas?	286
3.1. Las enfermedades psicológicas en el CPes	286
3.2. Las enfermedades psicológicas en el CPch	289
3.3. Las enfermedades psicológicas en el APCPCH	291
4. ¿Cabén dentro del concepto jurídico penal de enfermedad, las enfermedades de transmisión sexual o venéreas como la sífilis, la gonorrea o el VIH? y de ser así, ¿por qué medios o vías?	293
4.1. Concepto de enfermedad sexual. Tipos o clases de enfermedades comprendidas en este término y caracterización de las mismas	293
5. ¿Es el DP un instrumento apto para proteger a la salud individual del contagio doloso o imprudente de enfermedades graves de transmisión sexual tales como el VIH/SIDA?	297
6. Situación de atipicidad por falta de imputación objetiva del resultado. Puesta en peligro de un tercero aceptada por éste	298
7. Situación de tipicidad	300
8. El VIH y las formas de contagio	300
9. Problemas vinculados a la criminalización de conductas que involucran el riesgo de contagio del VIH/SIDA	301
9.1. ¿Delitos de acción o de omisión?	301
9.2. Problema de la prueba causalidad	301
9.3. El tipo subjetivo en la tentativa	302
9.4. El tipo imprudente	303
9.5. Título de castigo	303
9.6. El VIH/Sida y la situación carcelaria	306
9.6.1. Colisión de deberes	307
10. Las enfermedades de transmisión sexual en la legislación penal chilena	309
10.1. Atipicidad del contagio venéreo	310
10.2. Tipicidad del contagio venéreo	314
11. Las enfermedades de transmisión sexual en el APCPCH	317
12. Conclusiones	318
Excursó: Delimitación entre el tipo base y el tipo privilegiado en Chile	325
1. Delimitación entre el delito de lesiones menos graves y la falta de lesiones leves	325
2. Importancia de establecer el límite entre las lesiones leves y menos graves	331
3. El tipo penal de lesiones leves ¿es un tipo penal autónomo o subordinado al de lesiones menos graves?	332

4. ¿Concurso aparente de leyes penales?	333
5. ¿Qué naturaleza jurídica tienen los elementos “circunstancias del hecho” y “calidad de las personas”? y ¿Cuál es el contenido de los mismos?	334
5.1. Calidad de las personas	335
5.2. Circunstancias del hecho	337
6. Críticas a la interpretación que la jurisprudencia ha realizado a propósito de las lesiones leves	339
6.1. La interpretación jurisprudencial	339
6.2. ¿Es susceptible de recurso de nulidad la sentencia que no fundamenta la decisión de calificar jurídicamente una lesión como menos grave o leve?	340
6.3. Práctica jurisprudencial tiende a establecer como leves las lesiones en atención al tiempo que éstas demoran en sanar	343
7. Conclusiones	343
E. Relación o vínculo de causalidad y de imputación objetiva	347
1. Introducción	347
2. Elementos de la relación entre la conducta y el resultado lesivo para la salud individual	352
3. Relación entre el vínculo causal y la imputación objetiva	353
4. Relación o vínculo de causalidad	354
5. Imputación de la conducta (presupuesto de imputación)	357
5.1. Concepto normativo de peligro en el marco de la teoría de la imputación objetiva	358
5.2. Juicio de peligro objetivo-subjetivo	359
5.3. Presupuesto de imputación	360
5.4. Criterios de interpretación del presupuesto de imputación	360
5.4.1. Principio de insignificancia	361
5.4.2. Riesgo permitido	363
5.4.3. Adecuación social	368
5.4.4. El principio de confianza	370
5.4.4.1. Restricciones al principio de confianza	376
5.4.4.1.1. Sólo puede confiar quien se ha comportado correctamente	376
5.4.4.1.2. Principio de defensa	377
5.4.4.1.3. No se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero	378
5.4.4.1.4. Sólo se puede confiar si no existe un deber de evitar o compensar la conducta incorrecta del tercero	379
5.4.5. Consentimiento	381
5.4.5.1. Efectos del consentimiento en la doctrina y legislación española	382
5.4.5.2. Ámbito de aplicación del art. 155 del CPes	383
5.4.5.3. Situaciones de atipicidad en el delito de lesiones relacionadas con el consentimiento	384
5.4.5.4. Requisitos del consentimiento en la legislación española	385
5.4.5.5. El consentimiento en los trasplantes, esterilizaciones y cirugía transexual (art. 156 del CPes)	388
5.4.5.6. El consentimiento en la esterilización de incapaces (art. 156 del CPes)	390
5.4.5.7. Efectos del consentimiento en la doctrina y en la legislación chilena	391
5.4.5.8. Panorama en el APCPCH	394
6. Imputación objetiva del resultado (relación de riesgo)	395
6.1. Conducta alternativa adecuada a Derecho	395

6.1.1. Evitabilidad ex post del resultado	395
6.1.2. Grupos de casos	396
6.1.3. Distinción de las perspectivas <i>ex ante</i> y <i>ex post</i>	397
6.1.4. Solución: Evitabilidad <i>ex post</i> del resultado como criterio de imputación	397
6.2. Incremento del riesgo	399
6.3. Conductas concurrentes de terceros o de la víctima	402
6.3.1. Intervención de conductas posteriores de terceros	402
6.3.1.1. Intervención dolosa de terceros	402
6.3.1.2. Intervención imprudente de terceros	403
6.3.2. Casos de daños sobrevenidos con posterioridad	403
6.3.3. Casos en que se produce un segundo daño o una agravación del primero no imputable al autor	404
6.3.4. Puestas en peligro de un tercero aceptada por éste	405
6.3.5. Casos de autopuesta en peligro	406
6.3.5.1. Autopuesta en peligro voluntarias en ocasiones de salvación arriesgada	406
6.3.5.2 Autopuesta en peligro en el cumplimiento de un deber	407
6.3.5.3. Autopuesta en peligro dolosa	408
6.3.6. Provocación imprudente de suicidio	409
6.4. Fin de protección de la norma	409
6.4.1. Fin de protección de la norma penal o del deber objetivo de cuidado	410
6.4.2. Criterios para delimitar el ámbito de protección	411
6.4.3. Idoneidad general del deber de cuidado para luchar contra determinados peligros	411
6.4.4. Búsqueda de la específica dirección de protección	411
7. Conclusiones	413
F. Tipos de imperfecta realización	421
1. Introducción	421
2. Problemas de la tentativa en el delito de lesiones	422
2.1. La transmisión dolosa de enfermedades contagiosas	422
2.2. Procedencia de la tentativa en el delito de lesiones	422
2.2.1. Opciones dogmáticas	424
2.2.2. Posición personal	425
3. Requisitos de la tentativa	426
3.1. La parte objetiva del tipo de la tentativa	427
3.1.1. El comienzo de ejecución	427
3.1.2. Ejecución parcial o total	427
3.2. La parte subjetiva del tipo de la tentativa	428
3.3. La ausencia de desistimiento voluntario	428
4. Conclusiones	430
G. Tipos de autoría y participación	431
1. Introducción	431
2. Concepto de autor	431
3. Distinción entre autor y partícipes en los delitos imprudentes	433
4. Delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano	434
5. Conclusiones	436
Capítulo VII. El tipo subjetivo en el delito de lesiones	437
1. Introducción	437
2. El principio de culpabilidad	438

3. Estructura del tipo subjetivo	440
3.1. Conducta dolosa	442
3.1.1. Concepto y esencia del dolo	442
3.1.2. Críticas al concepto tradicional de dolo	443
3.1.3. Concepciones actuales de Dolo	445
3.1.4. Momento en que debe concurrir el conocimiento requerido por el dolo	447
3.1.5. Objeto de conocimiento del dolo	447
3.1.6. Modo de conocimiento del dolo	448
3.1.7. Las formas de dolo y su superación	448
3.1.8. El dolo en el delito de lesiones	449
3.2. Conducta imprudente	456
3.2.1. Naturaleza y ubicación sistemática de la imprudencia	456
3.2.2. Incriminación	457
3.2.3. Clasificación de la imprudencia	458
3.2.4. Estructura del tipo imprudente	461
3.2.4.1. Injusto imprudente. Tipo objetivo. Infracción del deber objetivo de cuidado	461
3.2.4.1.1. La infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción)	461
3.2.4.1.2. Naturaleza de la norma de cuidado	462
3.2.4.1.3. Distinción entre deber de cuidado interno y deber de cuidado externo	462
3.2.4.1.4. Presupuesto de imputación	465
3.2.4.1.4.1. Criterio o baremo para determinar la infracción al deber de cuidado	467
3.2.4.1.4.2. Crítica al criterio del hombre medio	470
3.2.4.1.4.3. Poderes inferiores	471
3.2.4.1.4.4. Poderes superiores	471
3.2.4.1.4.5. Presupuesto del deber objetivo de cuidado: La peligrosidad	472
3.2.4.1.4.5.1. Concepto de peligro	473
3.2.4.2. Injusto imprudente. Tipo subjetivo. Infracción del deber subjetivo de cuidado	473
3.2.4.2.1. Primer criterio de delimitación: Cognoscibilidad	473
3.2.4.2.1.2. Previsibilidad individual y conocimiento	474
3.2.4.2.1.3. Cognoscibilidad: Deber subjetivo de cuidado	474
3.2.4.2.2. Segundo criterio de delimitación: Evitabilidad	475
3.2.4.2.2.1. Distinción entre dolo e imprudencia	475
3.2.4.2.2.2. Error sobre la capacidad de evitación	475
3.2.4.3. Imputación objetiva	476
3.2.4.4. La imprudencia en el delito de lesiones	476
3.2.4.4.1. Esquema general de la imprudencia en el delito de lesiones en el CPes	476
3.2.4.4.2. Imprudencia grave	477
3.2.4.4.2.1. Imprudencia profesional	480
3.2.4.4.3. Imprudencia leve	481
3.2.4.4.4. Delimitación entre la imprudencia grave y leve	482
3.2.4.4.5. Conductas imprudentes atípicas	484
3.2.4.5. Preterintencionalidad y delitos cualificados por el resultado	484
4. Combinaciones de dolo e imprudencia en general	487
4.1. Combinaciones de dolo e imprudencia en el delito de lesiones	488
5. Dolo de lesionar y dolo homicida	494

6. El tipo subjetivo en el CPch	497
6.1. La estructura general de las lesiones	497
6.2. Distinción entre el delito de lesiones simplemente graves y menos graves sólo considera desvalor de resultado	498
7. Panorama en el APCPCH	500
8. Panorama en el Derecho comparado	502
9. Conclusiones	503
Capítulo VIII. Modalidades específicas de lesiones	509
A. Responsabilidad médico-sanitaria	509
I. Introducción	509
II. Responsabilidad médico-sanitaria	510
1. La responsabilidad dolosa	510
2. La responsabilidad por omisión	511
2.1. Límites hasta los que se extiende la posición de garantía del médico	514
2.2. Comprobación de que el comportamiento del garante representa una omisión no cubierta por el riesgo permitido y que incrementa las posibilidades de producción del resultado	515
2.3. Exigencia de equiparación valorativa como juicio de imputación del resultado producido	516
3. La responsabilidad imprudente	516
3.1. Delimitación del tema	516
3.2. Sujeto activo. Ámbito personal de la imprudencia médica	517
3.3. Estructura del tipo en la imprudencia médica	518
3.3.1. Injusto imprudente. Tipo objetivo. Infracción del deber objetivo de cuidado en la imprudencia médica	518
3.3.1.1. La infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción)	518
3.3.1.1.1. Determinación de la norma de cuidado y de la regla de cuidado	518
3.3.1.1.2. La <i>lex artis</i>	520
3.3.1.1.3. Criterio o baremo para determinar la infracción del deber de cuidado	524
3.3.1.1.4. Conocimientos y capacidades superiores o inferiores del autor	524
3.3.1.1.5. Determinación jurisprudencial del cuidado exigible en la actividad médico-sanitaria	525
3.3.1.1.6. Error de diagnóstico y carencia de una pericia extraordinaria	526
3.3.2. Injusto imprudente. Tipo subjetivo. Infracción del deber subjetivo de cuidado en la imprudencia médica	528
3.3.3. Imputación objetiva	529
3.3.3.1. Algunos aspectos relativos a la relación entre la conducta imprudente y el resultado lesivo	530
3.3.3.2. La incidencia de la actividad médica en una lesión previa	530
3.3.3.3. Producción tardía de otros resultados	534
3.3.4. Clases de imprudencia	536
3.3.4.1. Imprudencia grave: Incumplimiento de deberes inexcusables	536
3.3.4.2. Imprudencia leve: Incumplimiento de otros deberes	537
3.3.4.3. Responsabilidad penal por el trabajo en equipo sanitario	537
3.3.4.4. División horizontal del trabajo y principio de confianza	539
3.3.4.5. División vertical del trabajo. Los deberes secundarios de cuidado	540
4. Conclusiones	543
B. Lesiones deportivas	549
I. Introducción	549

II. Las lesiones deportivas	550
1. Teorías que sobre la atipicidad de las lesiones deportivas	550
1.1. Teoría del fin reconocido por el Estado	550
1.2. Teoría de las normas de cultura	550
1.3. Teoría consuetudinaria	551
1.4. Teoría del caso fortuito	551
1.5. Teoría del consentimiento como causal de justificación	551
1.6. Teoría del consentimiento en el riesgo permitido como causal de atipicidad	552
1.7. Teoría de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho u oficio	552
1.8. Teoría de la adecuación social	553
1.9. Toma de posición	553
2. Clasificación de los deportes y criterios aplicables	554
III. Conclusiones	561
C. Violencia de género	565
1. Introducción	565
2. Denominación	567
3. ¿Era necesaria la creación de una regulación especial sobre violencia doméstica y de género?	570
4. Regulación de la violencia doméstica en el CPes	571
4.1. Tipo cualificado de lesiones (art. 148 circunstancias 2, 3, 4 y 5)	571
4.1.1. Problemas concursales	576
4.1.2. Cuestiones penológicas	577
4.2 Ejercicio de violencia doméstica no habitual o maltrato singular (art. 153)	577
4.2.1. Bien jurídico protegido	578
4.2.2. Sujetos	579
4.2.3. Conducta	580
4.2.4. Medios comisivos	583
4.2.5. Agravaciones del art. 153. 3	583
4.2.6. La atenuación especial de la pena (art. 153.4)	586
4.2.7. Concursos	587
4.2.8. Cuestiones penológicas	588
4.3. Delito de amenazas leves (171)	588
4.3.1. Cuestiones penológicas	589
4.4. Delito de coacciones leves (172. 2)	589
4.5. Maltrato habitual (173.2)	591
4.5.1. Bien jurídico	591
4.5.2. Sujetos	594
4.5.3. Conducta	597
4.5.4. Habitualidad	598
4.5.5. Tipo subjetivo	600
4.5.6. Ejecución imperfecta	600
4.5.7. Justificación	600
4.5.8. Problemas concursales	601
4.5.9. Cláusula legal relativa al concurso de delitos (art. 177)	601
4.5.10. Agravaciones del art. 173. 2, párrafo II	602
5. Posibilidad de aplicación de los delitos tradicionales a los supuestos enjuiciados	603
6. La violencia doméstica y de género en Chile	606

6.1. Aspectos procesales	607
6.2. Aspectos sustantivos	608
6.2.1. El delito de maltrato habitual	608
6.2.2. Modificaciones introducidas por la Ley 20.066 en el tipo penal común de parricidio (art. 390 del CP)	610
6.2.2.1. Origen de la iniciativa legal	610
6.2.2.2. Posición de la comisión mixta del congreso	610
6.2.2.3. Posición de la doctrina y de la jurisprudencia	611
6.2.2.4. Posición personal	613
6.2.3. Modificaciones introducidas por la Ley 20.066 en materia de agravantes especiales que agravan los delitos de lesiones	614
6.2.3.1. Agravante especial del art. 400 del CP. Primera parte	614
6.2.3.2. Agravante especial del art. 400 del CP, primera parte y principio de non bis in idem	614
7. Conclusiones	616
Capítulo IX. Concursos de delitos y concursos de leyes	625
1. Introducción	625
2. Unidad de hecho	625
3. El concurso de delitos	627
3.1. El concurso real de delitos	627
3.2. El concurso ideal de delitos	628
3.2.1. Clasificación del concurso ideal	628
3.3. El concurso medial	629
4. El concurso de leyes penales	629
4.1. Los principios de solución del concurso de leyes	630
4.1.1. Principio de especialidad	630
4.1.2. Principio de subsidiaridad	630
4.1.3. Principio de consunción	631
4.1.4. Principio de alternatividad	632
5. Los concursos de leyes y de delitos en los delitos de lesiones	632
6. Concursos entre los delitos de lesiones	633
7. Concurso con otros delitos	635
8. Conclusiones	643
Capítulo X. La penalidad en el delito de lesiones	645
1. Panorama en el CPch	645
1.1. Efectos procesales de la pena asignada al delito de lesiones	647
1.2. Agravantes especiales	647
1.2.1. Agravante especial del art. 400 del CP	647
1.2.1.1. Agravante especial del art. 400 del CP. Primera parte	647
1.2.1.2. Agravante especial del art. 400 del CP. Segunda parte	647
1.2.1.2.1. Ejecutar el delito por premio o promesa remuneratoria	649
1.2.1.2.2. Ejecutar el delito por medio de veneno	650
1.2.1.2.3. Ejecutar el delito con enseñamiento	651
1.2.2. Agravante especial del art. 401 del CP	651
2. Panorama en el APCPCH	652
3. Panorama en el CPes	653
4. Panorama en el CP argentino	654
5. Conclusión	654
Capítulo XI. Conclusiones generales	655
Bibliografía	683

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AA.VV	Autores varios
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AP	Actualidad Penal
APCPCH	Anteproyecto de Código Penal Chileno
Art.	Artículo
CA	Corte de Apelaciones
CC	Código Civil
CE	Constitución española de 1978
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord.	Coordinador/es
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPch	Código Penal Chileno
CPes	Código Penal Español
CPP	Código Procesal Penal Chileno
CPR	Constitución Política de la República de Chile
CS	Corte Suprema
Dir.	Director/es
DO	Diario Oficial
DP	Derecho Penal
RD	Real Decreto
ed.	Edición
FGE	Fiscalía General del Estado
JG	Juzgado de Garantía
JVM	Juzgados de Violencia contra de la Mujer
LECrIm	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Libro Homenaje
LL	La Ley
LO	Ley orgánica
Nº	Número
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix
OMS	Organización Mundial de la Salud
op. cit.	Obra citada
p.	Página
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Poder Judicial
pp.	Páginas
TS	Tribunal Supremo
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RCP	Revista de Ciencias Penales (Chile)
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología (UNED)
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RGD	Revista General de Derecho
RP	Revista Penal
RPJ	Revista del Poder Judicial

SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SCA	Sentencia Corte de Apelaciones
SCS	Sentencia Corte Suprema
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
StGB	Código Penal Alemán
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TOP	Tribunal Oral en lo Penal
Trad.	Traductor/traducido
TS	Tribunal Supremo
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
V.	Volumen

Capítulo I

Introducción

Planteamiento del problema: objeto y método

I. Planteamiento del problema: objeto

El objeto de esta investigación dice relación con un estudio sistemático y comparativo del delito de lesiones, fundamentalmente en lo que a su tipo básico se refiere y a su relación con el sistema del delito de lesiones concebido principalmente en España y en Chile. Sin perjuicio de que existen en España monografías sobre el tema, éstas fueron escritas hace ya algunos años, al cabo de los cuales, no solo se han producido reformas legislativas, sino que además la dogmática penal ha avanzado mucho. Si bien es cierto que las partes especiales abordan con mayor o menor detenimiento el delito de lesiones, lo haremos con mayor profundidad en coherencia con el método que proponemos.

La necesidad de tipificar las lesiones es obvia en nuestros tiempos, toda vez que nos encontramos ante un delito que pertenece al núcleo del DP.

El bien jurídico que protege el delito de lesiones, ocupa en la escala axiológica un lugar privilegiado, aunque de menor entidad que el bien jurídico de la vida y lo mismo ocurre en la escala de los valores sociales¹.

Además la importancia del delito de lesiones radica en la lamentable frecuencia en que en las sociedades española y chilena, tienen lugar esta clase de hechos. Así, por ejemplo, en Chile durante el año 2007 se registraron 263 mil 864 delitos. Desde que se inició la reforma procesal penal, los delitos referidos a causas ingresadas a la Defensoría sumaron 782 mil 860. En el año 2007 se constató que existían 1,15 delitos por causas en contraste con el promedio histórico que es de 1,17 delitos por causas. Los delitos más frecuentes el año 2007 fueron las lesiones, lo que confirma una tendencia que se viene manifestando desde el año 2006. Estos delitos aumentaron su participación sobre el total de delitos ingresados en un 3% respecto del año 2006 y al compararlos con el año 2005 se constata que crecieron un 73%. Esto significa que el aumento de estos delitos se manifestó durante ese periodo, siendo el porcentaje actual la consolidación de una tendencia, considerando que históricamente siempre ocuparon el tercer o cuarto lugar en porcentaje de prestaciones de defensa. La entrada en vigencia de la Ley de Violencia Intrafamiliar a fines del año 2005 estuvo claramente relacionada con este explosivo aumento².

Del mismo modo la importancia dogmática del delito de lesiones salta a la vista, primero, por la amplia gama de ámbitos en los cuales se desarrolla, tales como, el de la violencia doméstica y de género, el de la responsabilidad sanitaria, en las lesiones deportivas, etc., y luego, porque principalmente en el ámbito del delito imprudente, pero también en el doloso, son frecuentes los casos en los cuales se plantean cuestiones de gran interés dogmático, como sucede en el caso de la imputación objetiva.

¹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, T. I, V. I, p. 692.

² Memoria anual de la Defensoría penal pública de Chile, 2007, pp. 29 y 30.

Si bien una investigación de esta naturaleza plantea diversas cuestiones, a mi juicio existen en esta investigación algunas tesis fundamentales que pretendemos demostrar en esta investigación:

a) Una interpretación de los delitos clásicos pertenecientes al DP nuclear y en particular, del delito de lesiones, acorde con los avances que ha experimentado la dogmática penal en los últimos tiempos, permitiría comprender en gran medida los supuestos que hoy en día se incluyen en delitos de nuevo cuño como los relativos a la violencia doméstica y de género, en los cuales se introducen bienes jurídicos de dudosa legitimidad y difícil determinación y que dan lugar a alambicados problemas concursales de difícil y cuestionable solución dados los conflictos que pueden producirse con los límites del *ius puniendi* tales como, el principio de proporcionalidad de las penas, el principio del *non bis in idem*, etc., La interpretación judicial sin embargo, presenta serias falencias en materia de interpretación de las normas que regulan el delito de lesiones, restringiendo la aplicación de los tipos de realización imperfecta, la aplicación de la autoría mediata y de las lesiones psicológicas. en este último caso, por ejemplo, se exigen requisitos que no se condicen con el tipo penal de lesiones como el hecho de que la afectación de la salud psicológica tenga que derivar necesariamente de una agresión física, aun cuando el tipo penal de lesiones se ha establecido en el CPes como un delito de medios abiertos razón por la cual la lesión psicológica puede producirse sin poner un dedo sobre la afectada, como sucede por ejemplo cuando la depresión es producto de los continuos insultos que el agresor dirige sobre la víctima cotidianamente. Así las cosas, el camino pareciera ser la reinterpretación de los tipos penales clásicos y, en particular, del delito de lesiones acorde con una dogmática penal moderna respetuosa de los límites al *ius puniendi*.

b) Los problemas jurisprudenciales se deben en buena medida a que pese a la evolución que ha experimentado la regulación sobre el delito de lesiones, el legislador sigue otorgando mayor relevancia al desvalor del resultado a la hora de tipificar los delitos de lesiones estableciendo conceptos en tal sentido, pero sin dotarlos de criterios que orienten el quehacer de la jurisprudencia, lo cual ha dado paso a una jurisprudencia casuística, heterogénea y que tiende a orientar la sanción penal tomando como base el resultado producido más que las circunstancias en las cuales se produjo la lesión, siendo excepcionales, por ejemplo, los casos en los cuales se aprecia un concurso entre una conducta dolosa y un resultado más grave acaecido por el actuar imprudente del sujeto activo. De esta manera, a pesar de que el principio de culpabilidad se encuentra establecido expresamente en el CPes, la interpretación que la jurisprudencia realiza de los tipos relativos al delito de lesiones suele estar reñida con este principio cardinal del DP.

c) La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como manifestación de la primera, operan como límite y fundamento de la salud individual y es acorde con estos principios fundamentales que deben interpretarse las normas que la regulan los delitos de lesiones y que deben resolverse los supuestos conflictos que la jurisprudencia del tribunal supremo y en menor medida el tribunal constitucional suele ver con otros bienes jurídicos como la libertad religiosa, la autonomía del paciente o con la libertad de expresión del reo en huelga de hambre reivindicativa.

d) El sistema que regula el delito de lesiones requiere en España y, en mayor medida en Chile, de una revisión y modificación que permita corregir las falencias que, a mi juicio, presenta la manera en que en la actualidad se encuentra legislado, en materias tales como la importancia que debe atribuirse al desvalor de acto y al consentimiento del afectado por la lesión, la redacción de los tipos penales cuyos

conceptos no incorporan criterios que orienten la labor jurisdiccional, etc., razón por la que esta tesis, deberá terminar con una propuesta de *lege ferenda*, sobre las bases respecto de las cuales debería, en mi opinión, construirse una sistema que regule de manera coherente el delito de lesiones.

Un análisis adecuado de nuestro tema, debe necesariamente, partir por una revisión histórica del delito de lesiones, tema respecto del cual dedicaremos el capítulo II de esta investigación, deteniéndonos con mayor profundidad en la historia del delito de lesiones en el Derecho español. También, aprovecharemos de estudiar las raíces del sistema de lesiones vigente hoy en día en Chile, el cual, salvo algunas modificaciones, corresponde al sistema instalado en España en el CP de 1848, el que a su vez, era heredero del CPes de 1822 y del CP napoleónico de 1810.

En el capítulo III, destacaremos la importancia del bien jurídico en general y en el delito de lesiones en particular. Analizaremos cada una de las opciones dogmáticas que la doctrina y la jurisprudencia han sustentado sobre cuál es el bien jurídico en el delito de lesiones. Señalaremos cuales son las consecuencias prácticas y dogmáticas de cada una de las opciones manejadas y nos decantaremos por aquella que consideramos más adecuada, la que mantendremos a lo largo de esta investigación como criterio interpretativo y guía dogmática de nuestras opiniones.

En el capítulo IV analizaremos un problema de gran importancia teórica y práctica, toda vez que nos ocuparemos de la relación e importancia que para el bien jurídico de la salud individual tiene el principio de la dignidad humana, para lo cual deberemos ocuparnos de las distintas concepciones que de este principio se han manejado, así como de la relación e importancia que este principio a tenido para el Derecho en general y para el DP en particular. Luego analizaremos la importancia de la dignidad humana en el ámbito de los delitos en contra de la salud individual y su relevancia en la determinación de la disponibilidad o indisponibilidad de dicho bien jurídico. Los aspectos antes referidos, nos servirán de base para solucionar problemas dogmáticos y jurisprudenciales de difícil solución, tales como los que se producen en el ámbito del consentimiento del paciente en la actividad médica, en los casos de negativa de los Testigos de Jehová para llevar a cabo transfusiones de sangre y los relativos a las huelgas de hambre reivindicativas que se producen, preferentemente en el ámbito penitenciario.

En el capítulo V, desarrollaremos el tema relativo a los sujetos y al objeto material del delito de lesiones, el cuál en este delito se confunde con el sujeto pasivo y, por ello, deberemos determinar desde cuándo y hasta cuándo existe objeto material o sujeto pasivo que proteger a través de las figuras que regulan el delito de lesiones. De esta forma tendremos que determinar el principio de la vida humana independiente y fin de la misma que marca el límite máximo de protección de la salud individual, para lo cual revisaremos las distintas teorías que al respecto ha proporcionado la jurisprudencia y la doctrina y nos decantaremos por aquella que consideramos correcta.

En el capítulo VI de esta investigación, abordaremos la cuestión relativa al tipo objetivo en el delito de lesiones, comenzando por las formas en que se configura el delito de lesiones según la clasificación de los tipos penales, de manera de fijar la naturaleza jurídica de este delito. Luego, nos ocuparemos del análisis del comportamiento y de los medios de comisión en el delito de lesiones tanto en España como en Chile, así como en otras legislaciones. A continuación trataremos el resultado típico en el delito de lesiones, para lo cual analizaremos el concepto de lesión que proporciona el CPes y la manera en que se encuentra delimitado el tipo básico de la falta

de lesiones, tanto en el CPes como en el CPch. Enseguida nos abocaremos al estudio del concepto de enfermedad a fin de precisar tanto su sentido como el alcance de dicho término, deteniéndonos en aspectos tan importantes, como el análisis de las enfermedades psicológicas y las de transmisión sexual. En este mismo capítulo, dedicaremos un completo acápite al importante tema de la relación de causalidad y, sobre todo a la teoría de la imputación objetiva, dando cuenta de las relaciones que existen entre ambas categorías y sobre todo de los criterios normativos de solución que la teoría de la imputación objetiva ofrece en el ámbito de los delitos de lesiones. Seguiremos con dos temas que han traído una serie de discusiones dogmáticas, como ocurre con los tipos de imperfecta realización y el problema de si cabe o no en el delito de lesiones la tentativa y el tema de la autoría y participación, en donde nos ocuparemos, fundamentalmente, de contestar la pregunta de si el delito de lesiones es o no un delito de propia mano, y en consecuencia, si cabe o no en esta clase de delitos la autoría mediata.

En el capítulo VII, daremos cuenta de los problemas relativos al tipo subjetivo, partiendo por referirnos al principio de culpabilidad, que debiera orientar el estudio de este apartado. Luego revisaremos la conducta dolosa, para lo cual deberemos ocuparnos de la actual discusión acerca del concepto de dolo que hoy maneja una parte cada vez más importante de la doctrina española y extranjera, así como por supuesto, las cuestiones que el dolo suscita en esta clase de delitos. A continuación nos detendremos en el estudio del tipo imprudente, en su concepto y estructura, así como en los problemas que esta categoría presenta en el delito de lesiones.

En el capítulo VIII, pondremos en práctica los elementos del delito de lesiones antes referidos, toda vez, que nos corresponderá revisar las modalidades específicas de lesiones, dentro de las cuales hemos escogido, por su importancia actual y práctica, las que se producen en tres ámbitos distintos, como lo son el de la responsabilidad médico sanitaria, las lesiones deportivas y, por último, la violencia doméstica y de género. El último de los temas nombrados, nos obligará a precisar las distintas relaciones que se producen con los tipos generales de lesiones, así como con otras figuras clásicas, tales como el delito de amenazas y el tipo penal de coacciones y los problemas concursales que al respecto se producen.

En el capítulo IX, nos referiremos al tema de los concursos de delitos y concursos de leyes, analizando tanto las clases de concursos de delitos como los principios propuestos por la doctrina y la jurisprudencia para la solución de los concursos de leyes penales, para luego pasar al análisis de las diversas hipótesis que en el delito de lesiones se producen tanto respecto de los distintos tipos de lesiones entre sí, como en cuanto a otros tipos penales.

En el capítulo X, nos detendremos en el tema de la penalidad en el delito de lesiones, ocupándonos preferentemente del caso chileno dados los mayores problemas que en este ámbito plantea, para luego dar cuenta de la realidad española y comparada.

II. Planteamiento del problema: Método

Como no podía ser de otra manera, el método que utilizaremos para abordar los problemas que presenta el delito de lesiones será el de la dogmática penal, a través de la cual, procuraremos averiguar el contenido de las normas penales relativas al delito de lesiones, sus presupuestos, sus consecuencias, delimitando los hechos punibles de los que no lo son, intentando conocer, en definitiva, que es lo que se castiga en esta figura

penal y como se pretende hacerlo, a fin de proponer un sistema coherente en el delito de lesiones que garantice en mejor medida los derechos fundamentales del individuo frente al poder punitivo del Estado.

La dogmática penal y, más precisamente, la *teoría del delito*, como un sistema categorial por niveles, será nuestro método de trabajo y de análisis, esto es, el prisma a través del cual estudiaremos el delito de lesiones, a fin de entregar razonamientos claros y coherentes para imputar, de manera justa, responsabilidad penal al autor de un comportamiento prohibido por la norma penal.

El sentido es propender hacia un sistema normativo, que garantice uniformidad en la solución de los conflictos penales que dicen relación con el delito de lesiones, de manera que ante situaciones equivalentes las soluciones sean también semejantes, posibilitando, de esta forma, una jurisprudencia racional, objetivamente fundada e igualitaria, contribuyendo así esencialmente a garantizar la *seguridad jurídica* e impidiendo con ello, la *arbitrariedad judicial*³.

En último término, se trata de que en caso de ser condenado, el sujeto, haya sido juzgado en base a un sistema penal adecuado, y que la pena que se le imponga sea justa y proporcional al hecho cometido.

Una sistemática coherente sobre el delito de lesiones debe partir de la base de ciertas decisiones conceptuales relativas a la función de la pena y del DP y, consecuentemente, sobre la naturaleza de la norma penal, que sirvan de guía a las finalidades de política-criminal. Las premisas metodológicas, adoptadas en esta investigación, proceden, esencialmente, de la doctrina de los profesores Mir Puig y Corcoy Bidasolo desarrollada básicamente, en su *Tratado de DP, PG* y en sus trabajos de *Introducción a las bases del DP y función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, en el caso del primero y en sus trabajos sobre *El delito imprudente, criterios de imputación del resultado* y los diversos trabajos publicados relativos tanto al tipo subjetivo como a la cuestión de la imputación objetiva, y a otros temas diversos tales como los relativos al consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales, la violencia de género y doméstica, entre otros, en el caso de la Dra. Corcoy Bidasolo. Estos conceptos nos guiarán en cada uno de los problemas relativos al delito de lesiones, en base a un método jurídico-normativo, con aportaciones axiológicas de política-criminal.

Por ello, en esta investigación entenderemos la *norma penal*, como una *norma de determinación*, cuya finalidad es motivar al ciudadano para que se abstenga de realizar conductas que conlleven un determinado peligro para los bienes penalmente tutelados. Consecuentemente con señalado, la *función del DP* no es sino la *protección de bienes jurídicos* a través de la *función motivadora* de la norma penal. Por lo tanto, las prohibiciones y prescripciones normativas deben apuntar a la protección de bienes jurídicos, mediante la función de motivación del llamado a cumplirla, estableciendo una sanción proporcional a la mayor o menor voluntad de motivación para el caso de incumplimiento. Esta medida de la pena es el límite máximo posible y podrá ser disminuida o eliminada por razones de imputabilidad o exigibilidad, en el nivel de la imputación personal (culpabilidad), o por razones de política-criminal en el nivel de la punibilidad.

³ Von Liszt, Welzel, Jescheck y Weigend, se pronuncian en este sentido. Al respecto, ver JESCHECK Y WEIGEND, *Tratado de DP, PG*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 210 y ROXIN, *Política criminal y sistema de DP*, Buenos Aires, 2002, pp. 34-35.

La concepción de la norma penal como norma de determinación y su función de motivación, traen como consecuencia una mayor atención en el *desvalor de conducta* que pasa a ser el *centro del injusto*, toda vez que la norma no puede prohibir resultados, sino que solo la realización de conductas peligrosas bienes jurídicos, razón por la cual debe adoptarse una perspectiva *ex ante* a la hora de valorar el injusto y una perspectiva *ex post*, al momento de apreciar el tipo penal en su conjunto.

El *resultado* está íntimamente relacionado con la comprensión de la *función de la pena como prevención general positiva limitadora*, lo cual determina que la necesidad de pena será menor si realmente no se ha producido lesión. Del mismo modo, la exigencia de resultado supone una restricción del ámbito de lo punible. Así las cosas, el resultado, entendido como *condición de punibilidad*, no implica negarle su valor y significado. La necesidad de pena es la razón de la exigencia de resultado el cual cumple una importante función de política-criminal como prueba de la existencia de una *conducta peligrosa*, respondiendo a las exigencias del principio de *seguridad jurídica* y a consideraciones sociales, influyendo en la interiorización de la norma por parte de los ciudadanos. El resultado, en su acepción naturalística, es una variación del mundo exterior apreciable por los sentidos, equivalente a la efectiva lesión del bien jurídico protegido, como ocurre en los *delitos de resultado* como elemento separable espacio-temporalmente de la conducta. Sin embargo, normativamente, el resultado puede ser interpretado en sentido amplio, como la efectiva lesión o puesta en peligro *ex post* del bien jurídico protegido, que concurre tanto en los *delitos de resultado*, como en los de *peligro concreto*. El juicio *ex ante* sobre la peligrosidad de la conducta ha de concurrir tanto en los delitos de peligro abstracto, como en los de resultado, ya sean de lesión o de peligro concreto, y tanto en la tentativa como en la consumación por constituir el *desvalor objetivo de la conducta*, núcleo del injusto.

El término *puesta en peligro* se reserva para el juicio *ex ante* y la *puesta en peligro ex post*, se reserva para los *delitos de peligro concreto*, en los cuales constituye una lesión o resultado en sentido amplio. Por lo tanto, el *resultado* es la lesión del bien jurídico protegido en el tipo comprobado en un juicio *ex post*. Este concepto de resultado es el que se concibe como *condición de punibilidad*, mientras que la puesta en peligro *ex ante* constituye el núcleo del injusto típico.

Junto con el método aportado por la dogmática penal, tomaremos en consideración las aportaciones con las cuales la política criminal ha contribuido al DP moderno, toda vez que no puede desconocerse el peligro que encierra el hecho de caer en una dogmática demasiado abstracta, que pase por alto las especialidades del caso concreto. La solución de la cuestión de hecho debe ser decisiva, mientras que las exigencias de la sistemática deben ser tenidas en cuenta a través de un desarrollo adicional cuando la solución del caso no se adapta al sistema^{4/5}. A lo anterior, hay que agregar el hecho de que el DP, como producto social, no es estático, el dogmático debe mantener una actitud crítica frente a las normas penales ejerciendo una función de

⁴ JESCHECK Y WEIGEND, *Tratado de DP, PG*, p. 211.

⁵ Así, Muñoz Conde y García Arán, resaltando la importancia de la dogmática jurídico penal, señalan que la mejor ley no deja de ser un *desideratum* desprovisto de eficacia práctica, si no hay una actividad que se ocupe de ella, que la conozca, la limite y la aplique (MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 190-191). Ello deja en evidencia la relevancia del trabajo del dogmático, en la creación, en el conocimiento y en la aplicación de la normas penales las que como tal, y a diferencia de las normas matemáticas, ofrecen diversas soluciones, y que por lo tanto, deben ser interpretadas con el fin de establecer una solución justa, y así otorgar legitimidad a la norma y con ello al sistema penal.

control del poder punitivo del Estado, ofreciendo construcciones teóricas que permitan denunciar y evitar los excesos del poder estatal y fundamentar las decisiones legislativas y judiciales conforme a los principios y derechos fundamentales que caracterizan un Estado social y democrático de Derecho⁶.

Además deberemos seguir de cerca no solo el análisis dogmático del delito de lesiones, sino también el comportamiento que ha tenido la jurisprudencia sobre las cuestiones que en esta investigación se tratan. Un análisis práctico del tema, requiere de nuestra parte una revisión crítica no sólo de las normas que regulan el delito de lesiones sino que además de la manera en la que la jurisprudencia interpreta la legislación en materia de lesiones.

⁶ MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, op. cit., p. 192.

Capítulo II

Historia de los delitos de lesiones

SUMARIO: 1. Introducción.— 2. Las lesiones en los ordenamientos jurídicos primitivos.— 3. Las lesiones en el Derecho romano clásico y en el Derecho Justiniano.— 4. Las lesiones en el Derecho germánico y en el Derecho común.— 5. Las lesiones en el Derecho histórico español.— 5.1. La influencia románica y germánica en el DP español.— 5.2. Etapa de la codificación.— 5.3. El delito de lesiones en el antiguo CPes, antes de la LO 3/1989 de 21 de junio.— 5.4. Críticas a la regulación del delito de lesiones en el antiguo CPes, antes de la LO 3/1989 de 21 de junio.— 5.5. El delito de lesiones en el antiguo CPes, luego de la LO 3/1989 de 21 de junio.— 5.6. Aspectos favorables de la regulación del delito de lesiones en el antiguo CPes, luego de la LO 3/1989 de 21 de junio.— 5.7. Críticas a la regulación del delito de lesiones en el antiguo CPes, luego de la LO 3/1989 de 21 de junio.— 5.8. El CP de 1995.— 6. Conclusiones.

1. Introducción

Históricamente las lesiones eran definidas poniendo el acento en el resultado lesivo producido por la conducta de lesionar con violación a las normas jurídicas la *integridad física* de las personas. Así por ejemplo, durante largo tiempo la jurisprudencia⁷ y la doctrina española del siglo XIX^{8/9}, entendieron que la *integridad física* constituía el bien jurídico que se pretendía proteger en el delito de lesiones, la cual sólo podía ser vulnerada por medios violentos “herir, golpear o maltratar” señalados en el art. 420 del antiguo CPes¹⁰.

Ya Groizard refería la insuficiencia de tal interpretación, al señalar respecto del objeto de protección en el delito de lesiones que: “la ley penal es deficiente si sólo contra depravadas agresiones defiende el cuerpo y no el espíritu, olvidando que el hombre es á la vez cuerpo y espíritu. Como se hiere un miembro, se puede herir la mente. ¿Qué razón plausible puede alegarse para dejar de castigar, como reo de lesiones, al que por medios morales alcanza el infame propósito de que caiga en locura su enemigo?”¹¹. Luego, respecto de la reducción de los medios de comisión, únicamente

⁷ Así por ejemplo, una sentencia dictada el día 20 de diciembre de 1921 refiere que: “la frase lesión, que no es sinónima de herida, ha evidenciado su espíritu de castigar todo daño o detrimento corporal causado violentamente y constitutivo, según sus distintas gradaciones, de herida, contusión, equimosis o erosión” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 15).

⁸ DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, *CPC*, núm. 46, 1992, p. 38.

⁹ En tal sentido, Pacheco expresaba que: “después del homicidio y sus variantes (parricidio, infanticidio, aborto) viene naturalmente en el orden de los delitos contra las personas el que consiste en la lesión corporal, en la mutilación, en la herida, en los golpeamientos y malos tratos de obra. Después de lo que destruye y acaba con el ser, viene lo que lo menoscaba, lo que lo pone en peligro, lo que le hace padecer física y materialmente” (PACHECO, *El CP concordado y comentado*, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Impresos de Cámara de S. M., Madrid, 1888, T. III, p. 43).

¹⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El Delito de Lesiones*, op. cit., p. 15 y TAMARIT SUMALLA, “*La reforma de los delitos de lesiones*”, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990, pp. 15-16.

¹¹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA BARRA, *El CP de 1870. Concordado y comentado*, Imprenta de D. Timoteo Abnaiz, Burgos, 1874, p. 591.

a aquellos de carácter violento, Groizard criticaba tal afirmación al referir que: “si consultamos las disposiciones de nuestro Código, no es dudoso que sólo los medios materiales puedan determinar la existencia del delito de lesiones. Para que una persona se considere reo de cualquiera de los hechos en el presente capítulo castigados, es necesario, como pronto veremos, que haya mutilado, que haya herido, que haya golpeado, que haya maltratado, que haya, en una palabra, ejercido sobre otro, alguna violencia física. Pero si en el terreno de los principios examinamos este punto, ¿quién puede desconocer que por medio de actos morales se pueden producir impresiones tan fuertes y perturbadoras en el ánimo de alguno, que lleguen á ser causa de enfermedades graves, de padecimientos físicos ó perturbaciones mentales?”¹².

Evidentemente, los delitos de lesiones no pueden limitarse únicamente a la protección de la integridad física, razón por la cual la evolución de la dogmática penal en materia de lesiones se orienta hacia la protección de un bien jurídico mucho más global y plurifacético representado por la *salud individual*, objeto de protección del cual la integridad corporal no juega más que un papel meramente instrumental¹³.

De otro lado, la regulación del delito de lesiones ha ido evolucionando desde aquellas legislaciones que al no definir el concepto de lesión, tendían a suplir dicha carencia con un exagerado casuismo, hacia los Códigos más actuales, en donde el sistema se estructura en base a un tipo penal que otorga un concepto general del término lesión, el cual luego es complementado con tipos cualificados y privilegiados.

También es posible observar, como rasgo general, que a diferencia de las legislaciones más antiguas, cargadas de un magro objetivismo centrado únicamente en el resultado, las legislaciones modernas equilibran su atención exhibiendo mayor preocupación por el desvalor de acto, ínsito en el peligro de los medios utilizados para llevar a cabo la conducta lesiva y, desde el punto de vista del tipo subjetivo, con exigencias más condignas con el principio de culpabilidad.

Del mismo modo, al haberse quitado el acento en el desvalor de resultado, derivado de la afectación de la integridad física, como único objeto de tutela, las nuevas legislaciones sancionan las conductas antijurídicas lesivas para la salud individual, cualquiera sea el medio empleado por el autor del hecho.

Estos y otros aspectos han pasado por una larga evolución, la cual arranca de los ordenamientos primitivos y continúa hasta nuestros días, dada la permanente transformación de las valoraciones sociales y los progresos de la medicina, aspectos que tensan y provocan profundos cambios en la forma de ver los problemas relativos a los delitos de lesiones. Lo anterior hace del todo necesario el presente capítulo para apreciar las profundas transformaciones que ha experimentado el delito de lesiones y para ver hacia donde podrían apuntar las posibles reformas futuras.

2. Las lesiones en los ordenamientos jurídicos primitivos

En razón de la entidad del objeto de protección en esta clase de delitos, las lesiones se consideraron conductas incriminables en casi todos los pueblos y todos los tiempos¹⁴.

¹² GROIZARD Y GÓMEZ DE LA BARRA, *El CP de 1870. Concordado y comentado*, op. cit., pp. 590-591.

¹³ DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, op cit., pp. 39-40.

¹⁴ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, “Lesiones”, en *Nueva enciclopedia jurídica*, Editorial Seix, Barcelona, T. XXI, 1971, p. 236.

En los tiempos primitivos, la comunidad abandonaba el culpable a la *venganza* de la víctima o de su familia. Luego, en un segundo estadio evolutivo, los conflictos derivados de las lesiones eran solucionados por composición, ya sea a través de la compra de la paz, como ocurría en la Ley del Talió aplicada tanto en el Derecho hebreo como en el caldeo-babilónico¹⁵, o por la reparación pecuniaria del daño, la cual quedaba entregada en su forma más arcaica al arbitrio de las partes y posteriormente, sujeta a la tarifa establecida por la autoridad del grupo en el caso singular o con alcance general por la ley, razón por la cual se sostenía que en estos delitos se regulaba la llamada *tarifa de la sangre*. Estos primitivos mecanismos compositivos pusieron un primer límite a la desproporcionada venganza de sangre primitiva¹⁶.

En el Derecho clásico ateniense parece ser que hizo aparición, por vez primera en la historia una concepción más espiritual y subjetiva, al atenderse fundamentalmente a si el propósito del culpable fue o no el de causar la muerte al lesionado, que era el factor determinante de la aplicación de la pena de exilio¹⁷.

3. Las lesiones en el Derecho romano clásico y en el Derecho Justiniano

En el Derecho romano, las lesiones eran abarcadas en un concepto más amplio constituido por la *iniuria*¹⁸, el cual se aplicaba a las ofensas causadas a las personas en su cuerpo, condiciones o en sus cosas¹⁹, en contraposición a la apropiación ilegítima de cosas ajenas, o sea, el *furtum*. Como consecuencia de esta contraposición entre *iniuria* y *furtum* y con el posterior desarrollo del Derecho, se dividió la *iniuria* en *iniuria* simplemente, es decir, ofensa antijurídica causada a la persona, en cuyo caso debía atenderse a la imposición de una pena, y *damnum iniuria*, lo cual suponía procurar la indemnización del daño²⁰.

La Ley de las XII Tablas vino a codificar el delito de *iniuria*, el cual era entendido como la ofensa intencionada e ilegítima a la personalidad de un tercero. La personalidad cuya ofensa o lesión constituía la *iniuria* era la personalidad física²¹, es decir, sólo se consideraba como *iniuria* punible la lesión corporal²², entendida en un sentido amplio comprensivo de las simples vías de hecho, y por ende, consistente en el

¹⁵ El Código de Hammurabi dice en el par. 196: “*si alguno salta a otro un ojo, pierda el ojo suyo*”, y en el 197 dice que: *si alguno rompe a otro un hueso, séale roto el hueso mismo suyo*”. Sin embargo, en las fuentes más genuinas del Derecho hebreo, el Éxodo mismo contiene, junto a los preceptos talionares, los de pago de dinero computado por el tiempo que tardo en curar el lesionado “con piedra o puño” y por los resultados que produjere, “si se levantara y anduviere fuera sobre su báculo” (Éxodo, XXI, 18 y 19). Y ulteriormente el Talmud llegó a popularizar el procedimiento de la composición con minuciosidad digna de las compilaciones germánicas más genuinas. Tampoco la más remota legislación babilónica desconoció en absoluto el sistema de las composiciones pecuniarias, ya que hay vestigios en el Código de Hammurabi. Además, es verdad que uno y otro procedimiento, indistintamente, los hallamos en pueblos desconectados de las tradiciones culturales de Occidente, como China y la India, y si ésta vale como prototipo de lo ario, en ella se conocieron preceptos afines a lo talionar pretendidamente semítico. (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 697).

¹⁶ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, “Lesiones”, op. cit., p. 236.

¹⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 698.

¹⁸ MEZGER, *DP, PE*, Editorial Librería “El Foro”, Buenos Aires, 2001, T. II, p. 69 y FEUERBACH, *Tratado de DP*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 156.

¹⁹ ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, en ANTÓN ONECA, *obras*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, T. III, p. 165 y MOMMSEN, *El DP romano*, Editorial Analecta, Madrid, 1999, T. II, p. 241.

²⁰ MOMMSEN, *El DP romano*, op. cit., T. II, p. 241.

²¹ MOMMSEN, *El DP romano*, op. cit., T. II, p. 242.

²² BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, “Lesiones”, op. cit., p. 236.

hecho de poner uno la mano encima a otro. En general, la *iniuria* en la Ley de las XII Tablas, se refería a la lesión corporal en la forma antes referida y distinguía tres grados de injuria: la mutilación, la fractura de hueso y la *iniuria* meramente o injuria real²³. Esta última, comprendía aquellos casos en que se hubiera recurrido a las vías de hecho, pero sin producir daño corporal y era lo que se denominaba técnicamente empujar (*pulsare*) y golpear (*verberare*). Este concepto se hizo extensivo a las amenazas de causar una de estas formas de injuria²⁴.

No obstante lo anterior, consuetudinariamente los pretores fueron ampliando el número de casos en que podía entablarse la acción de *iniuria*. De esta manera, la personalidad podía ser ofendida de tres modos: en su cuerpo, en su condición jurídica o en su honor. Éstas últimas, comprendían manifestaciones ofensivas del honor tales como el cantar públicamente cánticos ofensivos para alguien (*Carmen famosum*) o hacer manifestaciones injuriosas contra alguna persona delante de su propia casa y en tumulto (*convicium*). Por lo tanto, atendiendo al medio empleado, se distinguía entre una *iniuria verbis* o de palabra y una *iniuria re* o de hecho.

Atendiendo a la mayor o menor gravedad del hecho en cuestión, las injurias se clasificaban en grave o *iniuria atroz* y en leve o *iniuria levis*^{25/26}. Las primeras eran todas las lesiones corporales y las ofensas en que concurrían circunstancias agravantes derivadas del tiempo o lugar en que se realizaran, y de las relaciones de piedad o de las diferencias de condición social existentes entre ofensor y ofendido, como pasaba con las injurias del esclavo contra su señor, del liberto contra el que le hubiese manumitido y del hijo de familia contra su padre. Si el injuriante fuera el manumitente y la víctima fuese el manumitido, no se concedía acción para perseguir a aquéllos, a menos que las injurias revistieran especial gravedad.

Desde el punto de vista procesal, eran injurias graves aquellas para las cuales los tribunales tenían que conceder una acción con arreglo a las leyes, o en que no era fácil negarse a otorgarla y eran leves aquellas otras respecto de las cuales el pretor estaba facultado para conceder o denegar a su arbitrio dicha acción, en vista de las circunstancias. Así las cosas, los límites entre ambas se hallaban establecidos en parte por la ley, y en parte por la práctica jurisprudencial²⁷.

En cuanto a las sanciones, la Ley de las XII Tablas establecía en algunos casos una composición legal y en otros la Ley del Talió, salvo composición voluntaria²⁸. Así por ejemplo, para las mutilaciones o pérdida efectiva de miembro o *membris ruptio* se previó la ley del Talió, salvo composición voluntaria (*si membris ruptio ni cum eo pacit talio esto*), para la fractura de huesos (*ossis fractio*), se fijó una composición legal de 300 o 150 ases, según si la víctima era libre o siervo. En cuanto a las otras lesiones, la tarifa de la composición pecuniaria era de 25 ases. Más tarde, se castigaron las heridas como homicidio, si se las causaba con intención de dar muerte al agredido

²³ MOMMSEN, *El DP romano*, op. cit., T. II, pp. 243-244.

²⁴ MOMMSEN, *El DP romano*, op. cit., T. II, p. 248.

²⁵ ARROYO DE LAS HERAS Y MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1993, p. 13.

²⁶ En el mismo sentido, respecto de la confusión entre las lesiones y las injurias proveniente del Derecho romano, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, Editorial Comares, Granada, 2004, p. 202 y GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

²⁷ MOMMSEN, *El DP romano*, op. cit., T. II, pp. 245-246.

²⁸ ARROYO DE LAS HERAS Y MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 13.

(*animus necandi*), o como una forma de la *iniuria* o el *crimen vis* si eran cometidas con el ánimo de lesionar (*animus laedendi*)²⁹.

Sin embargo, la labor del pretor ensanchó el concepto de *iniuria* en el sentido indicado al principio, sancionando la *iniuria*, en todo caso, con una pena pecuniaria cuya cuantía no se hallaba fijada previamente, sino que se determinaba en *quantum aequum et bonum videbitur (actio iniuriarum aestimatoria)*. La *actio iniuriarum* era una acción penal e infamante y también intransmisible, tanto activa como pasivamente, en contra o a favor de los herederos del injuriado o injuriante³⁰.

Al final de la evolución, aun siendo lícita la acción privada por injuria, se admite que, al menos en los casos más graves, se pueda proceder *extra ordinem* e infligir penas de carácter público. Ejemplos de aplicación del procedimiento extraordinario son los casos de maltrato a los progenitores por sus hijos o a los patronos por los libertos³¹. El paso de la *iniuria* desde el ámbito de los delitos privados al de los delitos públicos se inicia en la época de Sila con la denominada “*Lex Cornelia de iniuriis*”, de tal modo que la *iniuria atroz* puede perseguirse ya, si así lo quiere el injuriado, ante el Tribunal de las *quaestiones perpetuae*, tendencia que se acentúa en el Derecho imperial hasta el punto de reducir al ámbito de los delitos privados únicamente los ataques corporales leves y las lesiones contra el honor³².

En el Derecho Justineano, el procedimiento público se encontraba generalmente admitido. Las penalidades variaban con las modalidades del delito. En los casos ordinarios, la pena correspondiente a los *honestiores* era la suspensión en el ejercicio de su profesión o relegación temporal, a los *humiliores* se les castigaba con azotes, a los siervos, les correspondía la pena de flagelación, seguida de la entrega a su dueño *su poena vincolorum*. En ciertos casos especiales, se condena a la servidumbre penal en las minas, o en las obras públicas (*ad metallum vel ad opus publicum*)³³.

La *castración* fue castigada con la pena capital. Adriano, dispuso que la solución se aplicase aún cuando hubiera habido consentimiento por parte de la víctima³⁴.

También se reprimió severamente, a veces a la hoguera, el acto del soldado que para liberarse del servicio de las armas, sea amputada o mutilaba los dedos (*ampulatio vel truncatio digitorum*)³⁵.

Por lo tanto, podemos señalar que el concepto amplio de *iniuria*, proveniente del Derecho romano, y particularmente, de la práctica que de él se hacía, se encontraba caracterizado por el menosprecio de la persona en su conjunto, ya sea desde el punto de vista material (lesiones), como desde el prisma espiritual (honor). Progresivas delimitaciones de las conductas en tal concepto cobijadas, con frecuencia, aunque no siempre, atentas a los medios comisivos empleados, no alteraron sustancialmente tal identificación³⁶. De ahí que en el antiguo CPes³⁷ y en el actual CPch, las lesiones se

²⁹ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, “Lesiones”, op. cit., p. 236.

³⁰ ARROYO DE LAS HERAS Y MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 13.

³¹ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, “Lesiones”, op. cit., p. 236.

³² ARROYO DE LAS HERAS Y MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 13.

³³ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Delito de lesiones*, op. cit., pp. 236-237.

³⁴ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 237.

³⁵ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 237.

³⁶ DIEZ RIPOLLÉS, *Los Delitos de Lesiones*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 11 y en DIEZ RIPOLLÉS, “De las lesiones”, en DIEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTIN, “*Comentarios a la PE del CP*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

³⁷ ANTÓN ONECA Y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *DP, PE*, Editorial Gráfica administrativa, Rodríguez San Pedro, Madrid, 1949, p. 249.

encuentren reguladas en el mismo título que las injurias y calumnias, toda vez que según esta visión, estas últimas afectarían el aspecto espiritual de la persona, en tanto que las primeras transgredirían el aspecto únicamente físico³⁸.

4. Las lesiones en el Derecho germánico y en el Derecho común

El Derecho germánico tenía un concepto de lesión desligado totalmente de referencias al honor y se basaba en un sistema objetivista de las sanciones pecuniarias, para indemnizar a las víctimas³⁹, de acuerdo con el resultado corporal producido⁴⁰, razón por la cual debía buscar la correspondiente valoración económica de la lesión, en el marco de la composición económica. Estas eran las llamadas *tarifas de sangre*⁴¹. Por lo tanto, en el Derecho germánico el casuismo se expande acorde a las costumbres y leyes que regulaban las lesiones corporales y sus consecuencias jurídicas. Las distintas especies de lesiones se consideran en sus más ínfimas contingencias, con las relativas tarifas de composición⁴².

A pesar del casuismo más desenfrenado⁴³ y la casi constante referencia a la composición con arreglo a baremos preestablecidos⁴⁴, es posible clasificar las lesiones en *mutilaciones*, *heridas* y *golpes*. Las primeras constituían la especie más grave de atentado corporal y consistían en la *mulatio*, la *amputatio*, la *truncare* y la *abscindere*; en sentido lato abarcan la *debilitatio*, la *mancatio* y la *membrum sideratum*⁴⁵. Los simples golpes, que aparecen como la forma más leve de las lesiones, se castigan como injurias⁴⁶.

5. Las lesiones en el Derecho histórico español

5.1. La influencia románica y germánica en el DP español

Precisamente, el hecho de que las lesiones corporales, en el Derecho romano, se hallaran comprendidas en la *iniuria*, constituye el origen histórico del gran problema que tradicionalmente se sigue planteando en la determinación del concepto de lesión, es decir, si el éste comprende únicamente aquellas conductas cuyo resultado supone un menoscabo en la salud del sujeto pasivo, o si abarca también a aquellas conductas que,

³⁸ Evidentemente, esta concepción se encuentra superada en la actualidad, toda vez que los delitos de lesiones protegen la salud individual tanto en su aspecto físico como psíquico y constituyen, por lo tanto, una categoría de delitos distinta de aquellos que protegen el honor.

³⁹ GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., pp. 17-18 y FEUERBACH, *Tratado de DP*, op. cit., p. 157.

⁴⁰ ANTÓN ONECA, "Notas críticas al CP. Las lesiones", op. cit., p. 165.

⁴¹ ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 202; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 12 y CUELLO CALÓN, *DP, PE*, Editorial Bosch, Barcelona, 1961, T. II, p. 478.

⁴² BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, "Lesiones", op. cit., p. 237.

⁴³ El casuismo medieval llega en este extremo a concreciones pintorescas, como la de las leyes lombardas que penaban con el doble de la composición las heridas en la cara, así como la pérdida de dientes cuya falta se descubre al reír. Idéntica preocupación se observa en el Fuero de Sepúlveda que pena más gravemente las heridas causadas en las partes imberbes del rostro que las susceptibles de cubrirse por el pelo o la barba (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I. V. I, p. 701).

⁴⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, T. I, V. I, op. cit., p. 700.

⁴⁵ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, "Lesiones", op. cit., p. 237.

⁴⁶ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, "Lesiones", op. cit., p. 237.

entrañando violencia sobre el sujeto pasivo, no van acompañadas de menoscabo alguno de su salud⁴⁷.

Consecuentemente, las legislaciones optan por uno de estos sistemas: o bien, siguiendo la pauta del Derecho romano, el concepto de lesión es comprensivo también de toda *iniuria* no verbal y, por lo tanto, alcanza tanto a las conductas productoras de menoscabo de la salud, como a las llamadas vías de hecho (golpes o malos tratos de obra); o bien, siguiendo un criterio más restrictivo, consideran a las citadas vías de hecho como extrañas al concepto propio de lesión⁴⁸.

En España, hasta la reforma de 1989 la evolución histórica del delito de lesiones era el fiel reflejo de las fuentes romanas y germanas que le dieron origen⁴⁹.

Como dijimos, partiendo del concepto amplio de *iniuria* del Derecho romano, en el antiguo CPes las lesiones se encontraban reguladas en el mismo título que las injurias y calumnias, por afectar distintos aspectos de un mismo todo constituido por la persona.

En España, la influencia germánica resultó determinante a partir de la Edad Media, lo cual se vio reflejado en el excesivo casuismo de la mayor parte de los fueros municipales o regionales así como de los diversos ordenamientos territoriales y, sobre todo, en el marcado acento que se puso en el desvalor del resultado.

En el antiguo Derecho español, el Fuero Juzgo, a la usanza de la tradición germánica, establecía la penalidad de las lesiones en base a las llamadas tarifas de la sangre, las cuales eran reguladas a través de prolijas tablas de composición⁵⁰. De esta forma, la pena se determinaba en atención a la entidad de la lesión. Así por ejemplo, se distinguía si la lesión consistía en contusiones en la cabeza, en la rotura del cuero cabelludo, en un golpe, en la fractura de un hueso, en la pérdida de un ojo o en la herida o en la amputación de éste, en una herida en la nariz, los labios u orejas, en el corte de los dedos de las manos, de los pies, o en la quebradura de los dientes o piernas⁵¹. En ciertos casos, se prevenían penas talionales o graduadas en atención a la naturaleza de la lesión⁵². Pero la sanción era establecida no sólo en atención a la índole de la lesión, sino también en base a la condición de hombre libre o de siervo, del culpable o de la víctima, o de ambos. La composición pecuniaria, el *talión* y las penas corporales, presiden asimismo la represión de las lesiones en los fueros municipales^{53/54}. Lo anterior respondía a un sistema civilístico de la justicia criminal, que tasaba los miembros del cuerpo según su utilidad para la guerra o para el trabajo, inventariados en las leyes como un conjunto de valores económicos⁵⁵. El Fuero Real, también de influencia germánica⁵⁶, si bien toma en cuenta las características de la gravedad de la lesión y la importancia del miembro a que afectan, no deja de valorar los eventuales perjuicios estéticos⁵⁷. Además,

⁴⁷ ARROYO DE LAS HERAS Y MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, op. cit., pp. 13-14.

⁴⁸ ARROYO DE LAS HERAS Y MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 14.

⁴⁹ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 11.

⁵⁰ GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 18.

⁵¹ CUELLO CALÓN, *DP, PE*, op. cit., T. II, p. 478.

⁵² CUELLO CALÓN, *DP, PE*, op. cit., T. II, p. 478.

⁵³ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, "Lesiones", op. cit., p. 237.

⁵⁴ En el Edicto Rotario, los dientes incisivos valen menos que los molares, y en otras leyes germánicas, los dientes valen más que los dedos (ANTÓN ONECA, "Notas críticas al CP. Las lesiones", op. cit., pp. 165-166.).

⁵⁵ ANTÓN ONECA, "Notas críticas al CP. Las lesiones", op. cit., p. 166.

⁵⁶ GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 18.

⁵⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 701.

detalla el *quantum* de la composición o *enmienda* pecuniarias a pagar por el culpable de los diversos tipos de lesiones previstos en la ley, así como la parte de tal composición o enmienda correspondiente a las arcas regias y a los damnificados⁵⁸.

No obstante lo anterior, la tradición romana persistió en “El Código de las Siete Partidas”, aunque limitada por notables influencias germánicas⁵⁹. En efecto, este cuerpo normativo tiene como regla general en las lesiones, modalidades de la deshonra⁶⁰, que se identifica con la *injuria* romana impuesta por la práctica jurisprudencial y que se clasificaba según su gravedad en *atroces, graves y ligeras, en atención*, tomando en cuenta, para ello, el medio empleado para provocarlas (mano, pie, palos, piedras, armas), si la herida sangró o no, si el ofendido quedó lisiado, la parte del cuerpo lesionada, etc.⁶¹.

La premeditación, el concierto entre varios y el hecho de cometer el delito en la Corte, se previeron en el antiguo Derecho de España como causas de agravación que implicaban para el reo de lesiones la pena de muerte⁶².

Durante el Renacimiento se afianzó la influencia romanista, basada en la confusión entre lesiones e injurias reales y, como en toda Europa, la administración de justicia se encontraba dotada del máximo arbitrio judicial, lo cual generó una evolución en la doctrina, que concluyó a fines del XVIII y principios del XIX con la aparición en Europa de los primeros textos legales⁶³. Así, el CP napoleónico de 1810 y el bávaro de 1813, distinguían nítidamente entre atentados a la integridad corporal y al honor⁶⁴, y reducían sustancialmente, aunque no sustituían, el casuismo de origen germánico y el arbitrio judicial⁶⁵.

5.2. Etapa de la codificación

Con el inicio de la codificación⁶⁶ se dictó el CPes de 1822, en el cual se vincularon las influencias del Fuero Juzgo y del Fuero Real, además de los influjos del CP francés de 1810^{67/68/69}, el cual más adaptado a los principios liberales y a los recelos

⁵⁸ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, “Lesiones”, op. cit., p. 238.

⁵⁹ Antón Oneca afirma que el sistema romano predominó además, en el Derecho estatutario italiano, en el Derecho común alemán, especialmente en la Carolina, y también en los prácticos que, no obstante la preferencia dada por la ley de prelación de fuentes a los fueros, estaban educados en el estudio del Derecho romano (ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 165).

⁶⁰ GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 18.

⁶¹ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, “Lesiones”, op. cit., p. 238; CUELLO CALÓN, *DP, PE*, op. cit., T. II, p. 478 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 703.

⁶² Como en toda Europa, la administración de la justicia criminal tuvo gran arbitrio, hasta la etapa del DP científico y de la codificación.

⁶³ Incluso se habría llegado al extremo de considerar a los delitos de lesiones como una mera variedad imperfecta del de homicidio, salvo que por su escasa entidad se confundiere con el de amenazas o maltrato de obra (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 703).

⁶⁴ MEZGER, *DP, PE*, op. cit., T. II, p. 70.

⁶⁵ DIEZ RIPOLLÉS, *Los Delitos de Lesiones*, op. cit., p. 12 y BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, “Lesiones”, op. cit., p. 238.

⁶⁶ Los países anglosajones, más o menos fieles al patrón romano, han mantenido la confusión con las injurias reales; los del continente europeo, a partir del Código de Napoleón de 1810 y del Bavaró de 1813, independizaron a las lesiones corporales sin perjuicio de conservar alguna huella (ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 166.)

⁶⁷ El Código napoleónico tuvo como merito principal el de simplificar notablemente las tipologías, con un solo tope temporal de más o menos de veinte días de curación, aparte de los resultados

frente al arbitrio judicial propios de la época, motivó una regulación más cercana al modelo germánico marcada por el casuismo⁷⁰ y por la alta consideración del desvalor de resultado, lo cual se tradujo en un sistema detallado y prolijo de consecuencias lesivas⁷¹ y la confusión entre los delitos de lesiones e injurias, de origen más bien romano⁷². Estos aspectos fueron recogidos y acrecentados en la legislación española^{73/74}. En el CP de 1822, los delitos de lesiones fueron una de las materias más confusa y prolijamente tratadas. Según éste cuerpo normativo, la lesión se produce hiriendo, golpeando o maltratando a una persona; este cuerpo legal ya tiene en cuenta la perturbación causada por la lesión, como la pérdida de miembro, la producción de enfermedad temporal o permanente, la incapacidad para el trabajo, de modo que encierra el germen de la regulación de estos delitos adoptada por los Códigos posteriores⁷⁵. De una parte, este articulado contemplaba los delitos de lesiones perpetrados mediante sustancias venenosas o nocivas, sin propósito de matar, pero si con el de causar enfermedad o demencia, los cuales se castigaron a continuación del delito de envenenamiento, en el

permanentes y el de castración (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 704).

⁶⁸ ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 202 y Diez Ripollés, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13 y LÓPEZ, RODRÍGUEZ Y RUIZ, *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*, Ediciones Akal, Madrid, 1988, p. 12.

⁶⁹ Acentúa la importancia del CP francés PÉREZ ALONSO, “El Delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, en *ADPCP*, 1990, p. 609.

⁷⁰ LÓPEZ, RODRÍGUEZ Y RUIZ, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias*, Madrid, 1988, pp. 131-132.

⁷¹ ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 166.

⁷² Lo anterior se desprende claramente de la rúbrica “De las heridas, ultrajes y malos tratamientos de obra” y de la redacción de los primeros cinco arts. del capítulo II, de la Parte segunda de dicho Código, los cuales referían que: “Art. 642. El que voluntariamente hiera, de golpes, ó de cualquier otro modo maltrate de obra á otra persona con premeditación y con intención de maltratarla, lisiándole brazo, pierna ú otro miembro ú órgano principal, ó cualquiera parte del cuerpo, de manera que le produzca una enfermedad de por vida, ó la pérdida de alguno de sus órganos ó miembros, ó una incapacidad perpetua de trabajar como antes, será castigado con la pena de ocho á doce años de presidio, y destierro perpetuo del lugar del delito y veinte leguas en contorno. Si lo hiciere con alguna de las siete circunstancias que constituyen asesinato, sufrirá la pena de doce á veinte años de obras públicas, con infamia y con igual destierro.

Art. 643. Si fuere temporal, y pasare de treinta días la enfermedad ó incapacidad de trabajar como antes, que resultare de la herida, golpe ó mal tratamiento de obra cometido voluntariamente, con premeditación y con intención de maltratar, sufrirá el reo la pena de seis á diez años de reclusión. Si la enfermedad ó incapacidad de trabajar como antes no llegare á treinta días, y pasare de ocho, se castigará al reo con tres á siete años de reclusión, Pero si mediare en el delito alguna de las circunstancias de asesinato, será la pena de siete á doce años de obras públicas en el primer caso, y de cuatro á ocho en el segundo.

Art. 644. Si la enfermedad ó incapacidad de trabajar que resultare de la herida, golpe ó mal trato de obra no escudiere de ocho días, pasando de dos, la pena del agresor será de tres meses á un año de arresto; y de un año á tres de reclusión si mediare alguna de las circunstancias de asesinato.

Art. 645. Si la herida, golpe ó mal trato de obra no causare enfermedad ni incapacidad alguna de trabajar, ó la causare tal que no pase de dos dias, el agresor será castigado con un arresto de quince días á dos meses; y con doble más tiempo si mediare alguna de las circunstancias de asesinato.

Art. 646. Sin embargo, si en cualquiera de los casos de los dos últimos artículos mediare bofetada en la cara, ó palo dado, ú otro insulto hecho á persona honrada á presencia de otra ú otras, de manera que ademas de la herida ó golpe se declare haber habido ultraje, el tiempo señalado de arresto será doble de reclusión, teniendo e en consideración la clase de las personas y el sitio del ultraje. Tendráse por ultraje todo mal tratamiento de obra que en la opinión común cause afrenta, deshonra, vituperio ó descrédito, ó atente contra el pudor de una persona, ó manifieste escarnio, ó desprecio de ella” (LÓPEZ, RODRÍGUEZ Y RUIZ, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias*, op. cit., pp. 131-132).

⁷³ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13.

⁷⁴ ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 166.

⁷⁵ CUELLO CALÓN, *DP, PE*, op. cit., T. II, p. 479.

art. 635, atendiendo a los resultados, que de ser mortales, acarrearían la pena capital, mientras que en el art. 637 se estipulaba, para el mismo envenenamiento, sin intención de matar ni de hacer daño, sino “para inspirar alguna afición o desafecto”, su asimilación a los demás delitos de *heridas o golpes*⁷⁶. En cuanto a esta denominación, que delata a simple vista la regulación francesa de *coups et blessures*, comprendía en el capítulo segundo un copiosísimo elenco que ocupaba hasta diecinueve arts., del 642 al 660, sin contar la castración, que figuraba aparte, en el capítulo primero⁷⁷. Entremezclábase de la manera más arbitraria tipologías de estructura tan diversa como la de lesiones en ocasión de robo, en el art. 651, y la de imprudencia, en el 657⁷⁸. En cambio, no fue demasiado acentuado el rigor casuístico en lo tocante a los efectos dañinos, aunque sí mucho mayor que el del modelo francés, puesto que se hacía referencia únicamente a la incapacidad perpetua o pérdida de miembros, en el art. 642, y a las heridas que tardasen en curar más de treinta, ocho o dos días (arts. 643 a 645)⁷⁹.

El CP de 1848 estuvo influido por el eclecticismo de Rossi traducido por Pacheco⁸⁰. Dicho cuerpo normativo concilia las ideas de retribución y prevención general en cuanto a la pena, teniendo como fuentes próximas de inspiración el Código de 1822 y los Códigos francés de 1810 y brasileño de 1830, inspirado a su vez en el napolitano de 1819⁸¹. La doctrina lo ha calificado de liberal moderado, liberal porque acababa con el arbitrio judicial y defendía los derechos individuales, pero moderado por su excesiva dureza en algunos aspectos tales como los relativos a los delitos en contra de la religión católica o en contra del Estado, al igual que en la vigencia de algunas penas como la de argolla y en la rigurosidad en la regulación del modo de ejecutar la pena de muerte⁸².

Se redujo las figuras delictivas y exhibió diversas mejoras técnicas, tales como la indemnización de inocentes, la reducción de penas de arrepentidos o enmendados, la regulación de eximentes⁸³. En materia de lesiones, se inspiró en el CP de 1822⁸⁴, subsistiendo, en consecuencia, especialmente por Pacheco⁸⁵, los arcaísmos procedentes del Fuero Juzgo y del Fuero Real, propios de la influencia de la tradición germánica, aceptando viejas tradiciones españolas, tales como la determinación de la pena en función del resultado acaecido^{86/87}. Sin embargo, un atisbo de la concepción romana se

⁷⁶ CUELLO CALÓN, *DP, PE*, op. cit., T. II, p. 479.

⁷⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 705.

⁷⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 705.

⁷⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 705.

⁸⁰ LÓPEZ, RODRÍGUEZ Y RUIZ, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias*, op. cit., p. 190.

⁸¹ LÓPEZ, RODRÍGUEZ Y RUIZ, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias*, op. cit., p. 190.

⁸² LÓPEZ, RODRÍGUEZ Y RUIZ, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias*, op. cit., p. 190.

⁸³ LÓPEZ, RODRÍGUEZ Y RUIZ, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias*, op. cit., p. 190.

⁸⁴ ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 202 y DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13.

⁸⁵ En efecto, Pacheco afirmaba que en el delito de lesiones “sus penas, no solamente han de ser muy variadas, extendiéndose por dilatados términos, sino que hasta han de pasar con frecuencia de una escala á otra. Bajo ese título genérico de lesión, se comprenden casi todos los delitos que ofenden á las personas; y su carácter especial, sus particulares circunstancias, han de exigir forzosamente esa extensión y esa variedad que acaba de notarse, por más que la síntesis artística los reúna en una pequeña sección del Código (PACHECO, *El CP concordado y comentado*, op. cit., p.43).

⁸⁶ GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 18.

apreciaba en las lesiones menos graves de carácter ignominioso, las cuales luego fueron derogadas⁸⁸. Así, se pasó de 19 arts., más la castración y las lesiones mediante sustancias nocivas o venenosas, a 7 preceptos (sustancialmente dos figuras de mutilaciones, dos de lesiones graves, una de lesiones menos graves y dos de lesiones leves)^{89/90}.

En este articulado eran consideradas lesiones graves, en el art. 334, sólo las que ocasionaren demencia, impotencia, inutilidad para el trabajo, pérdida de miembro o notable deformidad (Nº 1), o bien las que tardaren en curar más de treinta días (Nº 2); en otro caso, durando o excediendo de cinco días eran menos graves (art. 336) y no llegando a dicho espacio de tiempo, leves constitutivas de falta (arts. 473, Nº 5, y 474, Nº 11).

Rompiendo con esta tendencia de relativa simplificación, el Código de 1870 introdujo inexplicablemente mayor casuismo al consignar cuatro números de lesiones

⁸⁷ Así por ejemplo, dicho cuerpo normativo separó a la castración y mutilación de las lesiones propiamente dichas (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 705).

⁸⁸ GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 18.

⁸⁹ ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 167; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: Clasificación y modus operandi”, en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 1990, V. XIII, p. 91 y DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13.

⁹⁰ Así, la regulación sobre el delito de lesiones disponía: Art. 332. El que de propósito castrare á otro será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á la de muerte.

Art. 333. Cualquiera otra mutilación ejecutada igualmente de propósito, se castigará con la pena de cadena temporal.

Art. 334. El que hiriere, golpeare ó maltratare de obra á otro, será castigado como reo de lesiones graves:

1º Con la pena de prisión mayor si de resultas de las lesiones quedare el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro, ó notablemente deforme.

2º Con la de prisión correccional si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad ó incapacidad para trabajar por más de treinta dias.

Si el hecho se ejecutare con alguna de las circunstancias señaladas en el art. 323, las penas serán la de cadena temporal en el caso del número 1º de este artículo, y la de presidio menor en el del número 2º.

Art. 335. Las penas del artículo anterior son aplicables respectivamente al que sin ánimo de matar causare á otro alguna de las lesiones graves, administrándole á sabiendas sustancias ó bebidas nocivas, ó abusando de su credulidad ó flaqueza de espíritu.

Art. 336. Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes que produzcan al ofendido inutilidad para el trabajo por cinco dias ó más, ó necesidad de la asistencia de facultativo por igual tiempo, se reputan menos graves, y serán penadas con el arresto mayor, el destierro, ó multa de 20 á 200 duros, según el prudente arbitrio de los Tribunales.

Cuando la lesión menos grave se causare con intención manifiesta de injuriar ó con circunstancias ignominiosas, se impondrán conjuntamente el destierro y la multa.

Art. 331. Las lesiones, menos graves inferidas á padres, ascendientes, tutores, curadores, sacerdotes, maestros ó personas constituidas en dignidad ó autoridad pública, serán castigadas siempre con prisión correccional.

Art. 338. Si resultaren lesiones en una riña ó pelea, y no constare su autor, se impondrán las penas inmediatamente inferiores en grado al que aparezca haber causado alguna al ofendido.

Art. 339. El marido que sorprendiendo en adulterio á su muger matare en el acto á esta ó al adúltero, ó les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro.

Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena.

Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias á los padres respecto de sus hijas menores de 23 años y sus corruptores, mientras aquellas vivieren en la casa paterna.

El beneficio de este artículo no aprovecha á los que hubieren promovido ó facilitado la prostitución de sus mujeres ó hijas (LÓPEZ, RODRÍGUEZ Y RUIZ, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias*, op. cit., pp. 273-274).

graves, en vez de dos, en el art. 431 que sirvió continuamente de norma a los Códigos ulteriores. Además, en lo cuantitativo, se elevó el tope diferencial entre delito y falta, a siete días en dicho Código y por Ley de 3 de enero de 1907 quedó fijado en quince.

Salvo las reformas antes referidas, la reforma del CP de 1963, que introdujo algunos cambios, sobre todo de carácter técnico⁹¹, la configuración legal del CP de 1848 perduró sin modificaciones sustanciales hasta la reforma de 1989⁹². No obstante lo anterior, debe destacarse que las limitadas reformas realizadas hasta esta última fecha supusieron en su mayoría un aumento del casuismo⁹³, así como del ámbito y grado de punición⁹⁴. En tal sentido podemos señalar que se duplicaron los tipos de lesiones graves (Código de 1870), empleando mayor variedad de penas (reforma de 1944) o aumentando la enumeración de resultados lesivos en las respectivas figuras (reforma de 1963)⁹⁵.

Por el contrario, se registró una paulatina suavización del trato dispensado a las lesiones menos graves, a través de una continua elevación del límite cuantitativo entre el delito y la falta de lesiones, que era de cuatro días en 1848, pasó a siete en 1870 y se quedó en quince a partir de una ley de 1907⁹⁶. Ello resultaba contradictorio con la mayor rapidez de curación que fueron permitiendo los avances médicos⁹⁷.

⁹¹ ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 202.

⁹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, Documentación jurídica, 1983, p. 389; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13; TAMARIT SUMALLA, “*La reforma de los delitos de lesiones*”, op. cit., p. 11 y CUELLO CALÓN, *DP, PE*, op. cit., T. II, p. 479.

⁹³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “*Lesiones: Clasificación y modus operandi*”, op. cit., p. 91.

⁹⁴ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13.

⁹⁵ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13.

⁹⁶ ANTÓN ONECA, “*Notas críticas al CP. Las lesiones*”, op. cit., pp. 173-174; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13-14 y FERRER SAMA, *Comentarios al CP*, Editorial Estades Artes Gráficas, Madrid, 1956, T. IV, pp. 346-349.

⁹⁷ ANTÓN ONECA, “*Notas críticas al CP. Las lesiones*”, op. cit., pp. 173-174; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13-14 y FERRER SAMA, *Comentarios al CP*, Editorial Estades Artes Gráficas, Madrid, 1956, T. IV, pp. 346-349.

5.3. El delito de lesiones en el antiguo CPes, antes de la LO 3/1989, de 21 de junio

Delitos	Castración y esterilización. Art 418.		
	Mutilación de órganos o miembros. Art. 419.		
	Lesiones en riña tumultuaria. Art. 424.		
	Lesiones por infracción de las leyes de trabajo. Art. 427.		
	Mutilación o inutilización para eximirse del servicio militar o servicio público. Art. 425.		
	Lesiones propiamente tales	Graves. Art. 420 y 421.	
Menos graves.		Art. 422.	
		Agravación en virtud de la condición de ascendiente o de la dignidad del ofendido. Art 423.	
Faltas	Lesiones leves. Art. 582.		
	Malos tratos de obra. Art. 583.		

Antes de la reforma de 1989, además de ciertos tipos penales calificados como la castración y la mutilación de órganos, las lesiones se clasificaban en lesiones graves, menos graves y leves⁹⁸. Las *lesiones graves* estaban comprendidas en los arts. 420 y 421 del antiguo CP y albergaban a los siguientes resultados lesivos: a) imbecilidad, impotencia o ceguera; b) pérdida de un ojo o de algún miembro principal o inutilización de él; c) invalidez permanente para el trabajo habitual; d) deformidad, pérdida de miembro no principal o inutilización de él; e) incapacidad para el trabajo por más de 90 días o enfermedad por igual tiempo y f) enfermedad o incapacidad por más de 30 días. Los medios comisivos en las lesiones graves, se encontraban circunscritos, en el caso del art. 420, a las conductas de golpear, herir o maltratar de obra a otro y en el caso del art. 421, a las conductas de administrar sustancias o bebidas nocivas o abusar de la credulidad o flaqueza de espíritu. La conducta de administrar sustancias o bebidas nocivas aludía al envenenamiento y la flaqueza de espíritu se refería a supersticiones, supercherías, filtros y brujerías.

Las lesiones menos graves estaban contenidas en el art. 422 y eran las que producían, en el lesionado, incapacidad para el trabajo por más de 15 días o necesidad de asistencia facultativa por igual tiempo.

⁹⁸ Parecida es la actual estructura de las lesiones en el CPch. Sin embargo, no existe un tipo penal general que sancione las simple vías de hecho que no provocan lesión alguna, salvo el delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico. Además, conforme a lo dispuesto en el art. 494 N° 5 del CPch, el deslinde entre las lesiones menos graves y leves no se establece en torno al desvalor del resultado sino de manera valorativa en base a elementos normativos del tipo que disminuyen el injusto o la reprochabilidad de la conducta, los cuales privilegian el delito de lesiones, desplazando la calificación jurídica desde el tipo básico contenido en el art. 399, hacia la falta de lesiones. Dichos elementos se encuentran constituidos por la *calidad de las personas* y por las *circunstancias del hecho*.

Las lesiones leves, por su parte, se reputaban faltas y se encontraban reguladas en el art. 582, como aquellas que incapacitaban para el trabajo o hacían precisa asistencia por menos de 15 días. El art. 583 contemplaba casos en los que simplemente se ocasionaban lesiones que no precisaban de asistencia médica ni impedían a la víctima para realizar su trabajo, mientras que en el art. 585 se regulaban aquellas situaciones en las que incluso sin causar lesión se hubiese golpeado o maltratado de obra o de palabra.

A ello se unía una serie de cualificaciones establecidas en atención a la entidad del resultado y a la intencionalidad del sujeto activo de la conducta en el caso de la castración y esterilización y en el de la mutilación de órganos o miembros⁹⁹. Así, el art. 418 regulaba el delito de castración -la cual no es sino una especie de mutilación y, por lo tanto, de lesión- y de esterilización, al castigar con la pena de reclusión menor “al que de propósito castrare o esterilizare a otro”. Dicho tipo penal se refería a la abolición de la capacidad de procreación y por lo tanto, el sujeto pasivo podía ser tanto el hombre como la mujer. Desde el punto de vista subjetivo, la expresión “de propósito” era interpretada como exigencia de dolo directo. En cuanto a la penalidad, llamaba la atención la asimilación de la pena a la del delito de homicidio, a pesar de la evidente diferencia en la entidad de los bienes jurídicos en juego. En cuanto a la esterilización de oligofrénicos, la redacción del párrafo 2º del art. 428, negaba expresamente la relevancia del consentimiento de menores o incapaces o de sus representantes legales.

Por su parte, el art. 419 tipificaba la mutilación de órganos o miembros, al castigar con la pena de reclusión menor “la mutilación de órgano o miembro principal, ejecutada de propósito” y con prisión menor “cualquier otra mutilación”. Este tipo penal sancionaba el corte o la amputación de un órgano o de un miembro del cuerpo humano. Dicho artículo distinguía para determinar la gravedad de la lesión, según si el órgano era o no principal, cuestión de naturaleza valorativa que hacía referencia, en el caso de un órgano o miembro principal, a algo esencial, pero no vital, por ejemplo, una pierna, un brazo, un pulmón, un ojo, un riñón¹⁰⁰. En cambio se consideraba como un miembro no principal por ejemplo, un dedo, el lóbulo de una oreja, etc.,¹⁰¹ Desde el punto de vista del tipo subjetivo, la expresión “de propósito” era interpretada como exigencia de dolo directo¹⁰². Respecto de la penalidad asignada en el párrafo primero del art. 419, era también llamativa la asimilación de la pena asignada a la establecida para el delito de homicidio¹⁰³.

También se establecían cualificaciones ligadas a la concurrencia de las circunstancias del parricidio o del asesinato en las lesiones graves, según lo prescribía el art. 420¹⁰⁴.

Del mismo modo, se instituían cualificaciones en base a la intención del agente y a las condiciones personales del ofendido en las lesiones menos graves, según lo normaban los arts. 422.2 y 423¹⁰⁵.

⁹⁹ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, en *LL*, 1992, p. 964; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 389 y ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, *LL*, 1990, p. 1023.

¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 102-104.

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 102-104.

¹⁰² MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 102-104.

¹⁰³ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 102-104.

¹⁰⁴ ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1023.

Finalmente, existían una serie de tipos especiales constituidos por los delitos de lesiones en riña tumultuaria, lesiones por infracción de las leyes de trabajo y por el tipo penal de mutilación o inutilización para eximirse del servicio militar o servicio público¹⁰⁶.

En efecto, en el art. 424 se regulaba el delito de lesiones en riña tumultuaria, al prescribir que: “cuando en la riña tumultuaria definida en el art. 408, resultaren lesiones graves y no constare quienes las hubieren causado, se impondrá la pena inmediatamente inferior a la correspondiente a las lesiones causadas a los que aparezcan haber ejercido cualquier violencia en la persona del ofendido”. Por su parte, el art. 583. 7, relativo a las faltas, castigaba a “los que en la riña definida en el art. 408 de este Código, constare que hubiesen ejercido cualquier violencia en la persona del ofendido, siempre que a éste no se le hubiera inferido más que lesiones menos graves y no fuere conocido del autor”. Como se aprecia, la diferencia entre el delito y la falta, consistía en que a consecuencia del hecho se produjeran lesiones graves o menos graves. Ambas normas se remitían al art. 408 el cual regulaba otra figura de sospecha, constituida por el delito de homicidio en riña tumultuaria¹⁰⁷.

En el art. 427 se regulaba el delito de lesiones por infracción de las leyes de trabajo, el cual fue introducido en el CP de 1944 y reformado en 1963 y en 1983 y que prescribía que: “Las penas señaladas en los arts. 420 a 422, en sus respectivos casos, serán aplicables a los que por infracciones graves de las leyes y reglamentos de seguridad e higiene y del trabajo ocasionaren quebranto apreciable en la salud o en la higiene física de los obreros”¹⁰⁸.

Por último, el art. 425 trataba el tipo privilegiado de mutilación o inutilización para eximirse del servicio militar o servicio público, al señalar que: “El que se mutilare o el que prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento, y fuere declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación, incurrirá en la pena de prisión menor. Igual pena se impondrá al que con la finalidad y resultado antes previstos, se causara a sí mismo cualquier otra inutilidad o se la produjera a persona distinta con su consentimiento”. Se trataba de un delito doloso con un elemento subjetivo especial del injusto, toda vez que la conducta debía realizarse con la intención de eximirse del servicio militar público¹⁰⁹. Dicha figura requería para su castigo que la autoridad competente declarase exento al sujeto del servicio respectivo, lo cual constituía una condición objetiva de punibilidad, por lo tanto, no eran posibles las formas imperfectas de ejecución¹¹⁰. Por su parte, el art. 426 preveía una cualificación (pena inmediatamente superior a la referida en el art. 425), si la conducta del art. 425 se hubiera realizado mediante precio; y una atenuación, si el reo de ese delito fuera el padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del mutilado (arresto mayor)¹¹¹.

¹⁰⁵ ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1023.

¹⁰⁶ ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1023.

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 108-109.

¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 109.

¹⁰⁹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 109-111.

¹¹⁰ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 109-111.

¹¹¹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 109-111.

5.4. Críticas a la regulación del delito de lesiones en el antiguo CPes, antes de la LO 3/1989 de 21 de junio

Dicha regulación fue objeto de intensa y generalizada crítica por parte de la doctrina y de modo especial, desde mediados del siglo XX hasta la reforma de 1989¹¹². Así por ejemplo, se reprochaba la dificultad para determinar el bien jurídico protegido¹¹³ derivada de la regulación vinculada al empleo de medios violentos y a la consiguiente producción de disminuciones apreciables en la sustancia corporal, en desmedro, por ejemplo, de la consideración de la salud psicológica del ser humano¹¹⁴.

Luego, a pesar del uso indiscriminado que la ley hacía del término¹¹⁵, se criticaba la ausencia de un tipo básico que contuviera un concepto de lesión¹¹⁶ que permitiera delimitar adecuadamente el ámbito de lo punible y a partir de él, estructurar un sistema de lesiones con otras modalidades agravadas o atenuadas, construidas en función de la peligrosidad de los medios empleados y de la gravedad de los resultados producidos¹¹⁷. La falta de un concepto de lesión, fue suplida recurriendo a la anacrónica técnica legislativa del casuismo^{118/119/120} heredada del antiguo Derecho germánico, la

¹¹² DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 14.

¹¹³ PÉREZ ALONSO, “El delito de Lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, en *ADPCP.*, 1990, p. 609 y ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1023 y TAMARIT SUMALLA, “*La reforma de los delitos de lesiones*”, op. cit., p. 14.

¹¹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 391.

¹¹⁵ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 611.

¹¹⁶ GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 22; BERISTAIN IPIÑA, *Observaciones acerca de las lesiones en el DP español y comparado*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1971, p. 10; QUINTERO OLIVARES, “Acto, resultado y proporcionalidad”, en *ADPCP*, 1982, p. 394 y QUINTERO OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, en *ADPCP*, 1989, p. 916; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 89 y en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 390; ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1023; ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 171 y TAMARIT SUMALLA, “*La reforma de los delitos de lesiones*”, op. cit., p. 14.

¹¹⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: Clasificación y modus operandi”, op. cit., p. 92.

¹¹⁸ QUINTEROS OLIVARES, “Acto, resultado y proporcionalidad”, op. cit., p. 394; ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 168-171; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 202; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 14; BERISTAIN IPIÑA, *Observaciones acerca de las lesiones en el DP español y comparado*, op. cit., p. 22; PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 609; QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 917 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 88 y en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 390; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, p. 57; RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, Editorial Dykinson, Madrid, 1993, p. 131; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 713; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 159; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: Clasificación y modus operandi”, op. cit., p. 91 y TAMARIT SUMALLA, “*La reforma de los delitos de lesiones*”, op. cit., p. 14.

¹¹⁹ Respecto de la técnica del casuismo, con razón Jescheck y Weigend afirman que: “sería un error creer que una Ley redactada casuísticamente garantizaría inmejorablemente la conformidad de la decisión judicial con el sentido de la Ley, al poder vincular al Juez del modo más fuerte posible. Y ello porque una redacción legal *casuística* que intente incorporar en detalle todos los presupuestos posibles de la punibilidad, debe permanecer necesariamente incompleta. Además, da lugar al nacimiento de lagunas que fuerzan al Juez al tratamiento materialmente desigualitario de problemas que poseen una identidad valorativa, en la medida en que se le impide la aplicación de la Ley más allá de su posible sentido literal (por medio de la analogía). Resulta por ello imprescindible que los tipos penales empleen también conceptos comunes (por ejemplo, “injuria” en el §185, “cosa” en el § 242, “documento” en el § 267) que

cual se vio exacerbada hasta límites intolerables por el legislador, con las modificaciones a la redacción original del texto de 1848 realizadas en razón de las circunstancias del día a día y no en base a una política criminal seria y racional¹²¹. No obstante lo anterior, y debido a que la antigua redacción reducía al máximo los medios de comisión¹²² en el caso de las lesiones graves, por tratarse de un delito de medios vinculados, la técnica del casuismo continuó paradójicamente siendo insuficiente. Así, solo con discutibles esfuerzos interpretativos que ponían en jaque el principio de legalidad, la doctrina definía la lesión como un menoscabo de la salud corporal o mental de una persona, para no ver reducido el ámbito de lo punible a los meros ataques a la integridad física, sosteniendo para ello que de las referencias legales a ciertos resultados lesivos tales como los de “imbécil” o a plazos de curación o incapacidad señalados en el anterior art. 420, se podía concluir que el concepto de lesión se extendía a los menoscabos en la salud de cualquier clase, aun cuando no supusieran alteraciones o pérdidas corporales, lo cual tropezaba con la casuística empleada por el legislador y con la determinación de los medios legales herir, golpear y maltratar, en el caso de las lesiones graves¹²³, sin embargo, era sumamente problemático sostener que en éste ámbito cupieran las enfermedades somáticas o psíquicas graves o incurables^{124/125}. El mismo problema se presentaba respecto de la comisión por omisión (por ejemplo, en los casos en los que la falta de cuidado debido produce una enfermedad o la agravación de la ya existente)¹²⁶ y de toda lesión que no fuera provocada por alguna conducta llevada

especifiquen las características típicas del comportamiento amenazado con pena. Cada vez con más frecuencia el legislador escoge un camino intermedio al utilizar un concepto general (por ejemplo, “supuesto de especial gravedad” en el § 243), y acto seguido aclara éste a través de una lista con ejemplos reglados” (JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 137.)

¹²⁰ En el mismo sentido Mir Puig refiere que: “Ello no significa que deba postularse el recurso al *casuismo*. Por el contrario, éste es un vicio que aqueja con demasiada frecuencia a nuestra legislación penal. Es criticable porque es difícil que la enumeración casuística sea exhaustiva, y a menudo supone el olvido injustificado -e injusto- de supuestos equivalentes a los mencionados por la ley, sin que ello fuese querido por el legislador (lagunas legales). Por esta razón es preferible la técnica legislativa *generalizadora*, consistente en la descripción de los factores típicos de un grupo de casos” (MIR PUIG, *Introducción a las bases del DP*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2003, p. 129.)

¹²¹ Así por ejemplo sucedió con las automutilaciones y mutilaciones consentidas y con el delito de lesiones laborales (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, Documentación jurídica, 1983, p. 390).

¹²² PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 609; ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1023; ANTÓN ONECA Y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *DP, PE*, op. cit., p. 252; BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, en BOIX, ORTS Y VIVES, *La reforma penal de 1989*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 94; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: Clasificación y modus operandi”, op. cit., p. 92; TAMARIT SUMALLA, “La reforma de los delitos de lesiones”, op. cit., p. 14 y DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, op. cit., p. 57.

¹²³ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 916-917.

¹²⁴ Los preceptos referidos a lesiones no graves no contenían exigencia alguna relativa a los medios comisivos (PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 619).

¹²⁵ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 922; ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., pp. 174-175; TAMARIT SUMALLA, “La reforma de los delitos de lesiones”, op. cit., p. 55 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, pp. 822-823.

¹²⁶ ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 168; BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., 93 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, pp. 724-728.

a cabo en alguna de las formas o a través de los medios señalados en la ley¹²⁷, como sucedía en el caso de lesiones producidas a través de medios morales o psicológicos (actos terroríficos, malas noticias, prácticas hipnóticas¹²⁸) o mediante el contagio de enfermedades infecciosas^{129/130} o transmitidas a través del contacto sexual, o del contagio nutricional¹³¹. Tampoco era pacífica la introducción en el tipo penal de la pérdida de sentidos como la vista o el oído intencionalmente producida¹³². La pérdida de la vista difícilmente podía subsumirse en el concepto de “mutilación de órgano”, ya que la vista o la audición pueden perderse sin necesidad de la extirpación de los ojos o del oído y la mutilación necesariamente ha de interpretarse como cercenamiento físico¹³³.

La castración y esterilización venían igualadas bajo la conminación de la pena de reclusión menor, valorándose así de la misma gravedad la *impotencia coeundi* y la *impotencia generandi*, a pesar de la diferencia que existe entre perder la capacidad de relación sexual, lo cual altera la personalidad profundamente y de manera permanente, y perder la capacidad de procrear, cuya importancia si bien no se quiere cuestionar, tampoco produce efectos tan grandes como la anterior y puede ser temporal¹³⁴. Por lo demás, la castración no es sino una forma de mutilación y, por tanto de lesión¹³⁵.

Además, se criticaba las distinciones del todo artificiosas que traían como consecuencia que dejase de ocuparse el término lesiones en casos en los que resultaba evidente la presencia de este tipo penal, como sucedía en el caso del delito de castración o en el de mutilación, conductas que implican una clara afectación del bien jurídico de la salud individual, razón por la cual su punición como figura independiente no era más que un anacronismo¹³⁶.

Del mismo modo, se advertía la ausencia de un tipo de lesiones peligrosas para la vida o para la salud individual, portadoras de un riesgo mucho mayor que el efectivamente provocado, peligro aceptado por el sujeto que, sin embargo, no tenía un dolo homicida¹³⁷.

¹²⁷ TAMARIT SUMALLA, “La reforma de los delitos de lesiones”, op. cit., p. 391 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 725.

¹²⁸ ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 168.

¹²⁹ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 619 y BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 93.

¹³⁰ A través de la expresión “flaqueza de espíritu” se intentaba sancionar el contagio de enfermedades sexuales, sin embargo, es evidente que no toda transmisión de una enfermedad sexual proviene de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima, como sucedería con la mujer que contrae la enfermedad de la práctica sexual habitual con su marido (ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 169).

¹³¹ FERRER SAMA, *Comentarios al CP*, op. cit., T. IV, pp. 346-349.

¹³² GARCÍA GARCÍA - CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., pp. 32-33.

¹³³ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 921-922.

¹³⁴ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 922 y ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 174.

¹³⁵ Así, Quintano Ripollés opinaba que la castración en sentido estricto era un arcaísmo que por su misma rareza no justificaba un tratamiento penal aparte de las mutilaciones (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 809).

¹³⁶ En contra de esta opinión se manifestaba Quintano Ripollés, quien criticaba que el hecho de que el Código de la época agrupara bajo el mismo capítulo, cuyo epígrafe único era el de *Lesiones* (IV del Título VIII, Libro II), a pesar de que en su opinión, mediaban entre las mutilaciones y las lesiones diferencias sustanciales (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 714).

¹³⁷ ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 170 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 818.

También se cuestionaba que las figuras se encontraran teñidas de una fuerte matriz objetivista en la graduación de la pena, en función de la gravedad de la lesión¹³⁸, con lo cual los tipos penales relativos al delito de lesión eran concebidos como delitos calificados por el resultado o, en palabras de Antón Oneca¹³⁹, determinados por el resultado^{140/141}, lo cual implicaba figuras centradas en el desvalor de resultado^{142/143} y, por lo tanto, una infracciones al principio de culpabilidad¹⁴⁴, toda vez que acreditado el dolo genérico de lesionar o “*animus laedendi*”, se imputaba a título de dolo cualquier resultado, doloso, imprudente o fortuito, derivado de la acción agresiva, dependiendo la sanción penal del resultado acaecido¹⁴⁵, favoreciéndose con ello la responsabilidad objetiva¹⁴⁶ derivada del tantas veces criticado *versari in re illicita*¹⁴⁷ y entraña una

¹³⁸ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 609; ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La Reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 960; QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 916; ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1023; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 713; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 159; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: Clasificación y modus operandi”, op. cit., p. 91 y TAMARIT SUMALLA, “La reforma de los delitos de lesiones”, op. cit., p. 13.

¹³⁹ ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 177.

¹⁴⁰ La diferencia consiste en que en los *delitos cualificados por el resultado* podía llegar a mediar “culpa” respecto del resultado más grave (a partir de la reforma del CPes de 1983, esa posibilidad era una exigencia de acuerdo con el párrafo segundo del art. 1 y con el art. 6 bis b) del antiguo CP, los cuales dejan fuera de duda la necesidad de que, cuando menos, aquello que deba fundamentar la pena o su agravación sea imputable a título de culpa), pero “nunca” dolo, pues ello daría lugar a un delito diferente y más grave; así, por ejemplo, si la muerte derivada de un delito contra salud pública hubiera sido buscada y deseada por el autor no se trataría de tal delito, sino de un asesinato. En cambio, en los *delitos determinados por el resultado*, como las lesiones, el que el autor deseara o no el concreto mal causado a la víctima resultaba “indiferente”, de manera que no se trataba de una “renuncia” a la cobertura del dolo, sino de un “desprecio” por esa eventual cobertura. La indicada y certera opinión de Antón Oneca pone de manifiesto algo de aun mayor gravedad que la supervivencia de estructuras de responsabilidad por el resultado, cual es dispensar el mismo tratamiento penal a sujetos que penalmente se comportan de manera radicalmente distinta, y así recibiría la misma pena el que le partiera un brazo a otro a consecuencia de un empujón y el que se lo partiera intencionadamente, pues ese plus subjetivo carecería de traducción jurídica (QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 917-918.).

¹⁴¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 89 y en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 391; BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 93; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 57; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 163; TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13 y DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, op. cit., p. 33.

¹⁴² GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 18.

¹⁴³ En tal sentido, el Proyecto de 1980 expresaba que la reforma obedecía a necesidades técnicas sentidas desde hace tiempo y que habían suscitado fundadas críticas, por la prolijidad de resultados que el texto legal tomaba en cuenta, con criterios que recordaban demasiado las “tarifas de sangre” germánicas de épocas ya ancestrales, y es por ello que, en la nueva configuración técnica que se proponía, el resultado no jugaba ya el papel que venía desempeñando. Por su parte, en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo CP de 1983, se proponía introducir en las lesiones nuevos criterios de punición (GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 24).

¹⁴⁴ TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13.

¹⁴⁵ QUINTEROS OLIVARES, “Acto, resultado y proporcionalidad”, op. cit., pp. 394-395; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 14-15 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 724.

¹⁴⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 90 y en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 391; RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO

presunción en contra del reo, toda vez que se supone que deseaba causar todo ese daño¹⁴⁸.

Por la misma razón, se hacía difícil apreciar las formas imperfectas de ejecución^{149/150} y la preterintencionalidad¹⁵¹ o la resolución de la concurrencia entre lesiones dolosas y homicidio imprudente¹⁵², todo lo cual hacía imposible dar cumplimiento a las exigencias de proporcionalidad y equilibrio del sistema¹⁵³.

Muy criticado era el criterio de delimitación entre las figuras de lesiones establecido en base al tiempo en que éstas tardaban en curar o al tiempo de incapacidad derivado de la lesión producida¹⁵⁴, toda vez que la gravedad de la lesión, y con ello, de la sanción penal, quedaba entregada a factores tan subjetivos y a veces azarosos como la mayor o menor envergadura física¹⁵⁵ o la mejor o peor salud de la víctima^{156/157}, o la mayor o menor proximidad de un hospital o la pericia o suerte del médico de turno¹⁵⁸, o bien al acierto del tratamiento y la solicitud de la víctima en recarlo o seguirlo¹⁵⁹. Además, lo determinante no debe ser tanto el tiempo de curación de la lesión, como los

GÓMEZ, DP, PE, op. cit., p. 131; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: Clasificación y modus operandi”, op. cit., p. 92 y TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13.

¹⁴⁷ BERISTAÍN IPIÑA, *Observaciones acerca de las lesiones en el DP español y comparado*, op. cit., pp. 27 y ss.

¹⁴⁸ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 917.

¹⁴⁹ GUALLART DE VIALA, op. cit., p. 23; ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, op. cit., p. 1023 y DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, op. cit., p. 67.

¹⁵⁰ La tentativa y la frustración son fácticamente posibles en las lesiones, pero el problema se presenta en la solución que dar en base a la estructura técnica empleada por el Código. Con carácter general ¿Cómo saber si la intención del autor era lesionar por diez, veinte o treinta días? (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 89 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 390; ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., pp. 171-172 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, pp. 725-727 y 820).

¹⁵¹ QUINTEROS OLIVARES, “Acto, resultado y proporcionalidad”, op. cit., p. 396 y PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 609; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 89; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 390; ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 172; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 223 y TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 13.

¹⁵² DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 15 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, pp. 724-728.

¹⁵³ TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 14.

¹⁵⁴ FERRER SAMA, “Comentarios al CP”, op. cit., T. IV, pp. 326-327; QUINTEROS OLIVARES, “Acto, resultado y proporcionalidad”, op. cit., pp. 394; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: Clasificación y modus operandi”, op. cit., p. 93 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, pp. 714-715 y 848.

¹⁵⁵ BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 159.

¹⁵⁶ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La Reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 960.

¹⁵⁷ Así, en la práctica se sancionaba como simple falta, con penas ridículas, dado el mayor desvalor de la conducta, supuestos en los que el agresor, empuñando un instrumento tan peligroso como un cuchillo de larga hoja y asestando un golpe sobre zonas vitales, producía una herida cuyo trayecto quedaba a un centímetro del corazón. La buena “encarnadura” de la víctima joven y una oportuna y eficaz asistencia conseguían la curación en breves días (al respecto ver ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La Reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 966).

¹⁵⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 89-90; ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 168 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit. T. I, V. I, pp. 713-848.

¹⁵⁹ CEREZO MIR, “Observaciones críticas al Proyecto de LO de CP”, en CEREZO MIR, *Obras completas*, Editorial Ara, Lima, 2006, T. II, p. 745.

modos y formas de ocasionarla¹⁶⁰. Dicha forma de delimitar los distintos tipos o clases de lesiones, dejaba en la práctica virtualmente entregada la calificación del hecho como delito o como falta, en manos de los médicos forenses¹⁶¹.

El límite entre la falta y el delito de lesiones era de hasta quince días para la falta; sin embargo, sin modificación alguna, por el progreso de la medicina y especialmente por el hallazgo de antibióticos, se estaban sancionando como falta conductas que antes eran calificadas como delitos¹⁶², lo cual desencadenaba en una indeseada y continuada ampliación del ámbito de las faltas¹⁶³.

Existía una clara falta de coherencia en las penas. En efecto, mientras las mutilaciones, la castración y la esterilización tenían asignada en abstracto, la misma pena que el delito de homicidio¹⁶⁴. De este modo, lesiones de gran peligrosidad, como las llevadas a cabo con armas de fuego, eran consideradas como faltas si su tiempo de duración no superaba los quince días¹⁶⁵. Por otro lado, se objetaba la equiparación de las penas impuestas a la castración y la esterilización, ya que la castración constituye una conducta más grave que la esterilización, en la medida en que no sólo elimina la capacidad generativa sino que también determina la ablación de los órganos genitales y, con ella, la pérdida de la capacidad *coeundi*, al menos en el varón, y otros efectos secundarios¹⁶⁶.

En España la doctrina del siglo XIX limitaba el concepto de lesión a la alteración de la integridad física, en tanto que la jurisprudencia, hasta la sentencia de 20 de diciembre de 1921, no había proporcionado un concepto de lesión¹⁶⁷. En la sentencia antes aludida, el TS definió el término lesión, como “todo daño o detrimento corporal causado violentamente y constitutivo, según sus distintas gradaciones de herida, contusión, equimosis o erosión”¹⁶⁸. Pronto la doctrina y más tarde la jurisprudencia evolucionaron para considerar como lesión una disminución de la integridad corporal o un daño a la salud (física o psíquica), siendo a partir de la sentencia de 1 de marzo de

¹⁶⁰ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 610.

¹⁶¹ FELIZ MARTÍNEZ, “*Tratamiento de las lesiones y los daños en el CP después de la reforma por LO 3/89 de 21 de Junio*”, LL, 1990, p. 1106; BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 93 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V, I, p. 714.

¹⁶² GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 24.

¹⁶³ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 15; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 91 y en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 391 y ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 173.

¹⁶⁴ Con razón refiere Silva Sánchez que: “parece evidente que la *vida* es un bien jurídico de más valor que la capacidad generativa. Y la comparación del ordenamiento español con otros de nuestro entorno - por ejemplo, el alemán occidental- pone claramente de relieve lo atinado de tal observación” (SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, Barcelona, 1988, p.17). En el mismo sentido, Tamarit Sumalla hace presente que en el caso de los delitos de castración y esterilización o mutilación contenidas en los arts. 418 y 419, la penalidad resultaba desmesurada (TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 14-15).

¹⁶⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 89 y en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 391 y ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 173.

¹⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, p.18.

¹⁶⁷ APARICIO CARRIL, “Estructura típica de los delitos y falta de lesiones”, en *Delitos contra la vida e integridad física*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 78.

¹⁶⁸ APARICIO CARRIL, “Estructura típica de los delitos y falta de lesiones”, en *Delitos contra la vida e integridad física*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 78.

1971 cuando la jurisprudencia aceptó este concepto¹⁶⁹. Sin perjuicio de ello, y como consecuencia de la tradición romanista, con anterioridad a la reforma introducida en el art. 420 por la LO 3/1989 de 21 junio, una postura doctrinal bastante generalizada, dados los términos del citado artículo (“El que hiriere, golpear o maltratare de obra a otro”), entendía que el concepto de lesión comprendía también las llamadas vías de hecho (golpes o malos tratos de obra sin menoscabo de la salud), puesto que así parecía desprenderse de la propia redacción del citado art. 420, hipótesis no contradicha por los artículos siguientes, todos los cuales presuponían el concepto legal de lesión a que hemos hecho referencia¹⁷⁰.

Existían figuras delictivas anacrónicas e innecesarias¹⁷¹, tales como el delito de lesiones menos graves contra personas respetables, contenido en el art. 423¹⁷² y tipos penales sumamente discutibles, como el de riña tumultuaria (art. 424), el cual constituía una figura basada en situaciones pasadas y un ejemplo de delito de sospecha¹⁷³, toda vez que contenía cuestionables presunciones de culpabilidad y condiciones objetivas de punibilidad¹⁷⁴.

Otro tipo que era sumamente criticado y apenas aplicado por la jurisprudencia, era el delito de lesiones por infracción de las leyes del trabajo, porque en realidad no era necesaria su mención expresa, ya que la mayoría de las veces se trataba de conductas imprudentes respecto de las cuales era aplicable el tipo abierto del art. 565 y, por ello, se recomendaba su desaparición¹⁷⁵.

Por su parte, el delito de mutilación o inutilización para eximirse del servicio militar o servicio público, nada tenía que hacer en dicha ubicación sistemática, toda vez que el bien jurídico afectado no era la salud individual, sino el interés del Estado por exigir el cumplimiento del servicio militar o cualquier otro servicio público de inexcusable cumplimiento¹⁷⁶. Además, se cuestionaba su falta de razón de ser en aquellos tiempos¹⁷⁷.

¹⁶⁹ APARICIO CARRIL, “Estructura típica de los delitos y falta de lesiones”, en *Delitos contra la vida e integridad física*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 78.

¹⁷⁰ ARROYO DE LAS HERAS Y MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 14.

¹⁷¹ ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 202.

¹⁷² TAMARIT SUMALLA, “La reforma de los delitos de lesiones”, op. cit., p. 15 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 389.

¹⁷³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 392; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 108-109; ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 179; BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 122; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 174 y TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 15 y 158-161.

¹⁷⁴ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 124-125 y BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 174.

¹⁷⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., p. 392; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 109; ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., p. 178; BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 93-94; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: Clasificación y modus operandi”, op. cit., pp. 92-93; TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 15 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V, I, pp. 731-733.

¹⁷⁶ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 110 y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V, I, p. 715.

¹⁷⁷ BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 93 y TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 15.

No exenta de crítica se encontraba la falta de un tratamiento adecuado del consentimiento en materia de lesiones¹⁷⁸. Por ahora basta decir que desde antiguo la discusión respecto de la eficacia del consentimiento dividía a la doctrina española entre aquellos como Ferrer Sama, que negaban efecto al consentimiento de la víctima en el delito de lesiones y aquellos que le otorgaban efecto eximente de responsabilidad, como Rodríguez Muñoz, Jaso Roldán¹⁷⁹ y Quintano Ripollés¹⁸⁰.

¹⁷⁸ ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, op. cit., pp. 177-189 y BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 94.

¹⁷⁹ FERRER SAMA, *Comentarios al CP*, op. cit. T. IV, pp. 334-338.

¹⁸⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, pp. 760-768.

5.5. El delito de lesiones en el antiguo CPes, luego de la LO 3/1989 de 21 de junio

Tipos dolosos

Delitos	Tipos agravados	Por resultados causados de propósito. Arts. 418 y 419.	
		Por la gravedad de la ejecución. Art. 421.1.	
		Por el resultado. Art. 421.2.	
		Por el empleo de tortura. Art. 421.3.	
	Tipo básico. Art. 420, párrafo 1°.		
	Tipo atenuado. Art. 420, párrafo 2°.		
	Mutilaciones para eximirse del servicio militar u otro servicio público	Agravadas. Art. 423, párrafo 1°.	
		Básicas. Art. 422.	
		Atenuadas. Art. 423, párrafo 2°.	
	Participación en riña tumultuaria. Art. 424.		
Violencias en el ámbito doméstico. Art. 425.			
Lesiones laborales. Art. 427.			
Faltas	Lesiones. Art: 582, párrafo 1°.		
	Malos tratos de obra. Art: 582, párrafo 2°.		

Tipos imprudentes

Art. 565.

Art. 586. Bis.

Uno de los reproches que la doctrina realizó a la reforma del CP llevada a cabo en 1983, fue no haber modificado la regulación en materia del delito de lesiones¹⁸¹.

Si bien la LO 3/1989 no tenía como objetivo central la modificación del contenido del Libro II del CP, sino despenalizar un buen número de conductas que

¹⁸¹ ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1022; BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 93; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 57; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 159 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., p. 92.

tenían el carácter penal de faltas¹⁸², a partir de la reformulación de la falta de lesiones en el art. 582 e inspirándose en el Proyecto de CP de 1980¹⁸³ y de manera especial, en la propuesta de Anteproyecto de CP de 1983, aunque con ciertos matices^{184/185}, intentó superar la mayor parte de los defectos de la obsoleta y deficiente legislación vigente hasta ese momento en materia de lesiones^{186/187} y se ha mantenido vigente hasta el día de hoy con algunas modificaciones incorporadas al CP de 1995, a través de la LO 11/2003 de 29 de septiembre, de la LO 15/2003 de 25 de noviembre y la LO 1/2004 de 28 de diciembre¹⁸⁸.

¹⁸² TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 12 y DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 15-16.

¹⁸³ En líneas generales, podemos señalar que el Proyecto de nuevo CPes adopta una sistemática más correcta que la vigente en ese momento en España. El proyecto implica una serie de mejoras técnicas, y por ejemplo, la construcción de un concepto general de lesiones, se esfuerza por excluir la responsabilidad objetiva, apunta a reducir, al menos en su intensidad, el ámbito de intervención del DP, ya que sólo castiga como delito las lesiones imprudentes en los casos graves. El proyecto sistematiza las lesiones dolosas en razón de dos criterios, constituidos por la peligrosidad del medio empleado y la gravedad del resultado producido. Sin embargo, mantenía el añejo criterio de delimitación entre el delito, y la falta de lesiones basado en el tiempo que las lesiones tardan en sanar, el que fija en ocho días (art. 166, párrafo 1º). Por último, mantiene la legislación vigente en materia de mutilaciones para eximirse del servicio militar y en las lesiones en riña tumultuaria, aporta nuevos criterios de solución en el caso de los resultados preterintencionales o de la trascendencia del consentimiento del lesionado (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, pp. 91-92 y DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, op. cit., p. 33).

¹⁸⁴ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 16; BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 95; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., p. 93 y TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 12.

¹⁸⁵ A grandes rasgos podemos señalar que la Propuesta de Anteproyecto de nuevo CP adoptaba una sistemática basada en la sostenida por el Proyecto de 1980. En efecto, formulaba un concepto de lesión, se esforzaba por excluir la responsabilidad objetiva, apuntaba a reducir, al menos en su intensidad, el ámbito de intervención del DP. La propuesta sistematizaba las lesiones dolosas en razón de dos criterios, constituidos por la peligrosidad del medio empleado y la gravedad del resultado producido. Por último, abordaba de manera individualizada las lesiones en riña tumultuaria, las lesiones laborales, las mutilaciones para eximirse del servicio militar, los supuestos de resultado preterintencionales y la trascendencia del consentimiento del lesionado (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, op. cit., pp. 392-393). Sin embargo, mantenía el añejo criterio de delimitación entre el delito y la falta de lesiones basado en el tiempo que las lesiones tardan en sanar el cual fijaba en ocho días (art. 149. 1). Además reintroducía el delito de mutilaciones para eximirse del servicio militar u otro servicio público y la distinta configuración del consentimiento del ofendido en esta clase de delitos.

El texto del Anteproyecto sufrió modificaciones en su ulterior tramitación. Así, en el Pleno del Congreso se incorporó el art. 427 (lesiones laborales), en tanto que el Senado introdujo el nuevo delito de violencias en el ámbito familiar en el art. 427. La reforma prevista en el Anteproyecto sobre el consentimiento en las lesiones, desapareció del texto del proyecto de ley. No obstante en el Senado se reformó el art. 428, únicamente por en lo que decía relación con los incapaces (BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 95-96).

¹⁸⁶ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 15-16 y QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 919.

¹⁸⁷ Así, el preámbulo refería que: “hasta ahora las infracciones contra la integridad física en nuestro derecho positivo venían tabuladas y penalizadas de acuerdo, esencialmente, con los criterios de resultado de menoscabo producido y duración del tiempo necesitado de atención médica, técnica que hace difícil la aplicación e integración del dolo cuya concurrencia viene impuesta por el artículo 1 de nuestro Código, amén de ofrecer todos los inconvenientes de las casuísticas penales basadas en datos aritméticos. Todo ello ha puesto de manifiesto la conveniencia de aprovechar la obligada modificación de la falta para proceder a una reestructuración completa de las infracciones penales atañentes a la integridad física” (Preámbulo de la LO 3/1989, de 21 de julio, de actualización del CP, BOE 22 de junio, disponible en internet en la página <http://www.boe.es> y en GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., pp. 24-25).

¹⁸⁸ GARCÍA GARCÍA - CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 17.

De manera general podemos señalar que la reforma del antiguo CP, llevada a cabo en 1989, estableció en los arts. 418 y 419 dos tipos agravados en virtud del resultado producido y necesitados para su concurrencia de dolo directo^{189/190}, al disponer en el primero de ellos que: “El que *de propósito* mutilare o inutilizare a otro de un órgano o miembro principal, o le privare de la vista o del oído, le causare la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, una grave enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable, será castigado con la pena de reclusión menor”. Por su parte, el art. 419, prescribía que: “El que *de propósito* causare a otro la mutilación o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, la esterilidad o deformidad, será castigado con la pena de prisión mayor”.

Luego se instituyó un tipo básico de lesiones en el art. 420 párrafo 1º del antiguo CP, el cual señalaba que: “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 con la pena de prisión menor, siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”¹⁹¹.

A continuación, se creó un tipo atenuado en el art. 420, el cual habilitaba un amplio margen de discrecionalidad para que el juez¹⁹², en función de la naturaleza de la lesión¹⁹³ y de las demás circunstancias del hecho¹⁹⁴. Dicha norma disponía que: “No obstante, el hecho descrito en el párrafo anterior podrá ser castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, atendidas la naturaleza de la lesión y demás circunstancias de aquél”.

Enseguida se estableció un tipo agravado en razón de los medios utilizados (desvalor de acto) en el art. 421.1 y 3 o del resultado producido en el art. 421.2. En efecto, el art. 421 prescribía que: “las lesiones del artículo anterior serán castigadas con las penas de prisión en sus grados medio a máximo: 1º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción; 2º Si como resultado de las lesiones el ofendido hubiere quedado impotente, estéril, deforme o con una enfermedad somática o psíquica incurable, hubiere sufrido la pérdida

¹⁸⁹ Se excluía, por lo tanto, la posibilidad de comisión imprudente, si bien la producción de idénticos resultados lesivos con carácter imprudente podía sancionarse en virtud de lo dispuesto en el art. 565 en relación con lo referido en los arts. 420 y 421 dependiendo del caso en cuestión (BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 119).

¹⁹⁰ BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 163.

¹⁹¹ Preámbulo de la LO 3/1989, de 21 de julio, de actualización del CP, BOE 22 de junio y en GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., pp. 24-25.

¹⁹² A juicio de Pérez Alonso, el amplio margen de discrecionalidad judicial derivado de la pena en abstracto, se estableció como medida para remediar el matiz objetivista del sistema anterior que hacía depender la sanción penal de factores aleatorios y exógenos a la voluntad del delincuente y a la realidad del delito (PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 616).

¹⁹³ La naturaleza de la lesión, es entendida por Arroyo Urieta y Cava Valenciano como la índole del menoscabo para la integridad corporal o de la salud física o mental, en cuya determinación juega un importante papel el dictamen médico pericial (ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 966).

¹⁹⁴ Respecto de las circunstancias del hecho, Arroyo Urieta y Cava Valenciano referían que había que tener en cuenta las relaciones entre el autor y la víctima, los antecedentes y las razones de la agresión, la existencia de provocaciones, el número de personas intervinientes, así como otros aspectos de carácter subjetivo, como motivaciones, finalidades, etc. (ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 966).

de un miembro, órgano o sentido, o quedado impedido de él y 3º Si se hubiera empleado tortura”.

Respecto de las automutilaciones, el art. 422 disponía que: “El que se mutilare o el que prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento y fuera declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación, incurrirá en la pena de prisión menor”, y en el párrafo 2º agregaba que: “Igual pena se impondrá al que con la finalidad y resultado antes previstos se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad o se la produjera a persona distinta con su consentimiento”. Por su parte, el art. 423 disponía que: “Si la conducta penada en el artículo anterior hubiere sido mediante precio, la pena será inmediatamente superior a la reseñada en dicho artículo. Si el reo de este delito fuere cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados del mutilado, la pena será de arresto mayor”. Por lo tanto, en este régimen las automutilaciones y las mutilaciones con consentimiento de la víctima eran impunes, salvo los supuestos previstos en el art. 422, en los que se castigaban estas conductas cuando eran realizadas para conseguir la exención del servicio militar o de otro servicio público de inexcusable cumplimiento^{195/196}. El bien jurídico afectado en el art. 422 no era la salud individual sino el interés del Estado en mantener los servicios públicos referidos en la norma o la defensa nacional¹⁹⁷. En cuanto a la atenuación de la pena en un grado, contenida en el párrafo 2º del art. 423, si el autor fuera padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del mutilado, se decía que ello tenía un fundamento histórico, derivado de ciertas épocas en las cuales la separación de un joven pariente cercano implicaba un grave trastorno económico en la organización familiar, especialmente en estructuras sociales de economía agrícola¹⁹⁸.

El art. 424 del antiguo CP, regulaba un tipo de peligro concreto¹⁹⁹ para la salud individual, derivado de la participación en riña utilizando instrumentos peligrosos, constituido por el delito de riña tumultuaria, el cual establecía que: “quienes riñan entre

¹⁹⁵ En tal sentido, Arroyo Urieta y Cava Valenciano, referían que la exención del servicio militar debía ser total, de manera que cualquier otra lesión causada con esa finalidad, pero que no llegara a tener la entidad suficiente como para declarar al sujeto inútil, no podía ser penalizada según ese artículo. Así, por ejemplo, ocurriría cuando tras una automutilación se declara al sujeto parcialmente útil para el servicio; por ejemplo, para los servicios auxiliares (ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p 969).

¹⁹⁶ La penalización de las automutilaciones y las mutilaciones consentidas, tienen su origen en el hecho de que a fines del siglo XIX, al ponerse en ejecución las leyes que ordenaban el servicio militar y el reemplazo del ejército, se observó que muchos mozos se presentaban alegando como excepción estar mutilados de una o más falanges de los dedos. La circunstancia de limitarse esas mutilaciones solo a la parte de los dedos necesaria para poder alegar la excepción, y la forma análoga en que aparecían las cicatrices de las heridas, no dio lugar a duda de que todas o la mayor parte de ellas se habían realizado intencionalmente con ánimo de eludir la obligación del servicio militar. En algunos pueblos de Andalucía el hecho fue de grandes proporciones, ya que la mayor parte de los sujetos que pertenecían a determinadas localidades, se presentaban al reconocimiento, ofreciendo al examen de los peritos mutilaciones hechas, no solo del mismo modo, sino que revelaban una mano diestra y acostumbrada a ejecutar con el menor daño y el menor sufrimiento posibles esta clase de operaciones. Ante el escándalo de semejantes hechos, la ley de reemplazo del ejército de 1856, erigió en delito las mutilaciones que tuvieran por objeto eximirse del servicio militar, castigándolo en la forma y con las penas señaladas en su art. 160 (GROIZARD, *El CP de 1870, concordado y comentado*, op. cit., pp. 574 y 575 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 88).

¹⁹⁷ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 969.

¹⁹⁸ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p 969.

¹⁹⁹ BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 120-122; RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p. 155 y BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., pp. 173-175.

sí, acometiéndose confusa y tumultuariamente y utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o la integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión mayor en su grado medio”.

En el art. 425 del antiguo CP, se estableció el delito de malos tratos en el grupo familiar. Se trataba de un tipo especial propio de violencia física sin resultado lesivo, pero necesitado para su concurrencia de habitualidad, relativo a la violencia doméstica. Dicha disposición establecía que: “El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, o menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”. Según la interpretación jurisprudencial, la habitualidad presuponía la realización de al menos tres conductas de violencia física²⁰⁰. Este delito era entendido como una figura agravada del tipo básico recogido en el párrafo segundo del art. 582, relativo al maltrato de obra, agravación que se fundaba en la relación existente entre la víctima y el agresor (matrimonio, filiación, etc.), en la habitualidad del maltrato²⁰¹, así como en la necesidad político criminal de proteger a los integrantes más débiles de la familia. Evidentemente, la circunstancia mixta del parentesco era inherente a esta figura penal²⁰².

El art. 427 contenía un tipo penal relativo a las infracciones de las leyes del trabajo de las cuales se derivaran resultados lesivos, al prescribir que: “las penas señaladas en los arts. 420 y 421, en sus respectivos casos, serán aplicables a los que por infracciones graves de las Leyes o de los Reglamentos de Seguridad e Higiene y de Trabajo ocasionen quebranto apreciable en la salud o en la integridad física de los trabajadores”.

En cuanto a las falta de lesiones, ésta se encontraba regulada en el art. 582, párrafo primero, el cual disponía que: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que no precisare tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa, será castigado con la pena de arresto menor, salvo que se tratare de alguna de las lesiones del art. 421”.

En el art. 582 párrafo segundo, se regulaban los malos tratos de obra, al disponer que: “El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será de arresto menor en toda su extensión”.

Por último, respecto del consentimiento en las lesiones, el art. 428, párrafo segundo, establecía que: “El consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, o mediante precio o recompensa o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos o por sus representantes legales. Sin embargo, no será

²⁰⁰ BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 122-124.

²⁰¹ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p 969 y BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 173.

²⁰² ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1022 y QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 937-938.

punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia física cuando aquella haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”. Añadía el párrafo segundo que: “El consentimiento a que se refiere el párrafo segundo de este artículo no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del art. 422 de este Código”.

Hasta 1963 el antiguo CP no decía nada acerca de la eficacia o ineficacia del consentimiento, pese a que en la doctrina se sostenía que en determinados casos era eficaz. A partir de 1963 se señaló en el art. 428 que el consentimiento era irrelevante en los delitos de lesiones, situación que se mantuvo hasta la reforma penal de 1983, que conservó en el art. 428 la declaración general de irrelevancia del consentimiento para esta clase de delitos, pero en el párrafo segundo se introdujo una cláusula por la que se exceptuaba de la regla de la irrelevancia, los casos en los que el consentimiento hubiera sido prestado para trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, entendiendo el legislador que no toda actuación médico-quirúrgica está amparada por la exigencia de ejercicio legítimo del oficio y no toda actuación médico-quirúrgica está necesariamente orientada a la curación de una enfermedad²⁰³. Además, incluso las intervenciones quirúrgicas curativas debían ser consentidas por el enfermo, si estaba en condiciones de hacerlo, pero el problema penal se planteaba, sobre todo, en aquellos casos en los que el consentimiento prestado al médico era irrelevante porque el objeto de la intervención se consideraba inaceptable (esterilización voluntaria, cirugía transexual) según criterios morales no dominantes, pero sí impuestos²⁰⁴. Ese obstáculo legal se resolvió con la reforma de 1983 que permitió que el consentimiento tuviera virtualidad en situaciones en las que sostener lo contrario iría directamente contra derechos constitucionales fundamentales, tales como las que se producían en el ámbito de la esterilización consentida, incorporada al art. 428 en 1983, se sostenía que la procreación debía ser voluntaria y querida, ya que a nadie se puede obligar a procrear si no lo desea, por lo cual cualquiera es dueño de anular su capacidad reproductora a fin de poder disfrutar de su sexualidad sin riesgos²⁰⁵. Ambas cosas se fundan en el derecho a la libertad e intimidad personales, pero cuando ese problema se traslada a personas incapaces psíquicamente de prestar un consentimiento válido el tema adquiere otros caracteres, ya que, por más que yacer con una mujer privada de razón pueda constituir una violación, es desgraciadamente cierto que con frecuencia mujeres afectadas por graves enfermedades mentales quedan embarazadas cuando a veces ni ellas mismas saben lo que eso significa; y el problema resulta más dramático cuando también el progenitor es un enfermo mental²⁰⁶. Por ello, una fuerte corriente de opinión impulsada especialmente por las personas responsables de la guarda y custodia de incapaces, reclamaba una actuación legislativa que facilite la intervención esterilizadora, para solucionar el problema del nacimiento de prole no deseada por incapacidad para querer

²⁰³ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 970 y QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 938-942.

²⁰⁴ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 970 y QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 938-942.

²⁰⁵ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 970 y QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 938-942.

²⁰⁶ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 970 y QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 938-942.

o no, evitando el recurso al aborto ético o eugenésico, solución cuyo traumatismo no puede ocultarse. De llevar a cabo la actividad médica prohibida, el médico se exponía a las graves penas que señalaba el antiguo art. 418²⁰⁷. Además, con esta solución, se lograba facilitar a las personas incapaces psíquicamente el acceso a la sexualidad sin riesgos o peligros para ellos, pues toda solución distinta de la de consentir su esterilización entrañaba una especie de control de castidad, tan inhumano como de difícil práctica, lo cual supone la privación de una de las manifestaciones de la libertad a la que no deja de tener derecho también el incapaz, cuya libertad solamente puede limitarse en la medida en que lo exija la seguridad de los demás²⁰⁸.

5.6. Aspectos favorables de la regulación del delito de lesiones en el antiguo CPes, luego de la LO 3/1989 de 21 de junio

Acudiendo al clamor de la doctrina española, la reforma de 1989 del CP tuvo muchos aspectos favorables. Así por ejemplo, tiene la virtud de esbozar una alusión al bien jurídico afectado, aun cuando no concuerdo con la redacción elegida, toda vez que, además de la salud individual física o mental, alude expresamente a la integridad corporal como bien jurídico protegido, pese a que resulta claro que la integridad no es sino un bien jurídico instrumental de la salud individual, el cual es el único bien afectado en el delito de lesiones^{209/210/211}. Sin embargo, debemos señalar que aun existen distintas posturas respecto a cuál es el bien genérico en esta clase de ilícitos, como veremos en el capítulo III²¹².

Luego, con la finalidad de paliar, en la medida de lo posible, el excesivo casuismo, la reforma de 1989 incorporó un concepto general de lesión en el tipo básico. Dicho concepto exigía un resultado consistente en un menoscabo para la salud individual como consecuencia de la conducta del sujeto activo, tanto para el delito (art. 420 párrafo primero) como para la falta de lesiones (art. 582, párrafo primero)²¹³.

La anterior estructura conformada por la distinción entre lesiones graves (arts. 420 y 421), menos graves (arts. 422 y 423) y leves (falta del art. 582), desaparece,

²⁰⁷ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 970 y QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 938-942.

²⁰⁸ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 970 y QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 938-942.

²⁰⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 15 y ss. y ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1023.

²¹⁰ La misma alusión se realizaba en el art. 166.1 del Proyecto de 1980 y el art. 149.1 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, al respecto ver GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 27.

²¹¹ De otra opinión, Arroyo Urieta y Cava Valenciano, quienes sostenían que los bienes jurídicos protegidos eran dos, es decir la integridad física y la salud individual y agregaban que se debía incluir dentro de la integridad corporal aquellos casos en que se produce la pérdida o inutilización de un miembro u órgano corporal, en tanto que la salud resultaría afectada cuando se provoca una enfermedad física o mental (ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 963). En el mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., p. 94.

²¹² Por ejemplo Boix Reig hablaba de integridad personal (BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 97-98)

²¹³ BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 96-97 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., p. 93.

quedando en su lugar un solo concepto de lesiones constitutivo de delito y una falta de lesiones²¹⁴.

El envejecido y defectuoso sistema técnico de incriminación y de delimitación, basado en la cuantificación del tiempo de curación o de necesidad de asistencia facultativa, que hasta ese momento venía siendo determinante para diferenciar entre el delito y la falta de lesiones y entre los distintos tipos de lesiones, acertadamente vino a desaparecer, tomando mayor relevancia los modos y formas a través de las cuales las lesiones eran producidas²¹⁵. Con ello se quería evitar que la pena estuviese condicionada al azar del resultado lesivo producido²¹⁶. De esta manera, el médico legalista vio reducida su intervención en cuanto a la determinación del tiempo necesario para la curación²¹⁷, pero tomó gran importancia su peritaje para determinar si el resultado lesivo producido exigía para su curación tratamiento médico o quirúrgico (en cuyo caso sería delito), o sólo una primera asistencia facultativa (en cuyo caso sería falta)^{218/219}.

La Reforma otorgó una notoria importancia a la conducta agresiva en sí misma, en función de la gravedad o potencialidad dañina de los medios utilizados para lesionar y la imputación subjetiva con la que se produjera el daño²²⁰, intentando equilibrar con ello el desvalor del acto con el desvalor de resultado²²¹.

Con la derogación de los antiguos arts. 408 y 424, se suprimió el delito de lesiones en riña tumultuaria y se sustituyó por un tipo penal de peligro concreto, constituido por el delito de participación en riña con medios o instrumentos peligrosos para la vida o la salud de las personas²²². El delito de lesiones en riña tumultuaria era sumamente criticado por constituir un caso de responsabilidad objetiva con la consiguiente infracción del principio de culpabilidad que de ello se deriva, toda vez que en ambos preceptos derogados, la pena venía conminada para alguien del que lo único que se sabía con certeza era que no había sido el autor del mal provocado, fuese muerte

²¹⁴ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 923-924.

²¹⁵ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 919; GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 26 y ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera Aproximación a la Reforma Penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de Actualización del CP”, op. cit., pp. 1022-1024.

²¹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 159.

²¹⁷ Por lo demás, desde el punto de vista médico forense, resultaba bastante difícil señalar con la contundencia que un tipo penal exige, cuál es el plazo de curación de lesiones (QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 919-920).

²¹⁸ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 971 y BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 104-105.

²¹⁹ Sin embargo, no toda la doctrina estuvo de acuerdo con el nuevo sistema de diferenciación. Así, Feliz Martínez opinaba que el nuevo sistema agravaría el problema, sobre todo en aquellos casos de lesiones ocultas y en los frecuentísimos supuestos de agravaciones imaginarias o síntomas subjetivos de los lesionados. Este autor proponía como válvula de escape, la posibilidad de que el juez aplicara el tipo atenuado del art. 420 párrafo 2º (FELIZ MARTÍNEZ, “Tratamiento de las lesiones y los daños en el CP después de la reforma por LO 3/89 de 21 de Junio”, op. cit., p. 1106).

²²⁰ ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1023; QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 919-921 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., pp. 94-95.

²²¹ BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 159.

²²² ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1025 y BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 66.

o lesión²²³. Por lo tanto, el “dolo” sólo abarcaba el hecho mismo de entrar o participar en la riña, y, en su caso, la violencia ejercida, pero no era posible probar, ni siquiera el vínculo causal entre su conducta y el resultado de muerte o lesión. Así las cosas, no se podía admitir que era un castigo fundado en la “sospecha” o en la “necesidad de que alguien responda”, como entendían los comentaristas decimonónicos²²⁴. En su lugar, siguiendo la pauta marcada por la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1989 y otras legislaciones, se introdujo la figura de participación en riña portando armas o instrumentos peligrosos, sin necesidad ni contemplación legal de resultado alguno²²⁵. De producirse éste, ignorándose su autor doloso, no podría ser imputado a nadie, ni afectar a la pena imponible, la cual se fundaba exclusivamente en el hecho de intervenir en la riña, cosa que perfectamente podía ser decidida dolosamente por el autor²²⁶. La pena se desvinculaba de cualquier resultado lesivo²²⁷. De esta manera, la reforma tuvo la virtud de eliminar la presunción de autoría antes existente²²⁸.

Además, con la expresión “por cualquier medio o procedimiento”, contenida en el concepto general de lesiones, pese a las críticas que provocó, abrió el tipo penal de lesiones graves a los demás medios de comisión, siendo posible realizarlo a través de la omisión, por medios morales o a través del contagio de enfermedades²²⁹. A consecuencia de lo anterior, se eliminaron las formas comisivas del anterior art. 421 consistentes en la administración de sustancias o bebidas tóxicas y en el abuso de la credibilidad o flaqueza de espíritu de la víctima. Dado que el art. 420 introducido por la reforma de 1989, al describir el tipo básico, señaló que la conducta podía ser llevada a cabo por cualquier medio o procedimiento, los modos de lesionar eran ilimitados, de manera que la lesión provocada administrando bebidas o sustancias se incluye sin problema alguno²³⁰. El abuso de la credibilidad o flaqueza de espíritu de la víctima, permitía abarcar tanto la hipótesis del sujeto que ingería una sustancia tóxica porque había sido engañado, como aquella en que el sujeto fuera directamente “envenenado”, pero sin dolo homicida y aquella en la que la ingestión de la sustancia tóxica se producía contando con o aprovechándose del poco criterio o de la inmadurez de la víctima. Si el autor del hecho controlaba el comportamiento de la víctima, a la que manejo libremente dominando su voluntad, se estaba en presencia de autoría mediata, en la que el instrumento había sido la propia víctima, situación que podía subsumirse en el art. 420, o en el art. 421. 2, según el caso.

²²³ GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 27.

²²⁴ GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 27.

²²⁵ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 935-936.

²²⁶ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 935-936.

²²⁷ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 935-936.

²²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 66.

²²⁹ ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1023; PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 620; GARCÍA GARCÍA - CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., pp. 33-34; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 57; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 160; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., pp. 93-94; TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 54-58.

²³⁰ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 933.

Se eliminaron las cualificaciones establecidas en el párrafo final del art. 420, en consideración del parentesco o por concurrir las circunstancias propias del asesinato, debido al aumento de las penas correspondientes a los delitos de lesiones, a la existencia de la circunstancia mixta de parentesco y de las circunstancias agravantes generales, todo lo cual se apreció como suficiente²³¹.

Se derogaron las lesiones injuriosas del anterior párrafo 2º del art. 422, el cual disponía que: “cuando la lesión menos grave se causare con intención manifiesta de injuriar o con circunstancias ignominiosas, se impondrá, además del arresto mayor, una multa de 20.000 a 100.000 pesetas”. Evidentemente se quería así valorar la posibilidad de que el ataque hubiese ofendido a la vez a dos bienes jurídicos consistentes en la salud individual y el honor, su aplicación impedía la teórica posibilidad de un concurso ideal entre lesiones menos graves e injurias, consecuencia claramente beneficiosa para el autor, pues la aplicación de las dos figuras de delito hubiera dado lugar a dos penas de arresto mayor, mientras que con la regla de ese segundo párrafo del art. 422 el componente injurioso se saldaba con una multa, o, visto desde la injuria, ese era el castigo por la dimensión lesiva del hecho, como dicho precepto no tenía sentido y era técnicamente censurable, desapareció, sin que por ello se haya de poner en duda la posibilidad formal de que se diera un concurso ideal entre lesiones e injurias, aunque sea poco imaginable, en cuyo caso se acudía a las reglas de concurso ordinarias²³².

Se derogó el antiguo art. 423 que contenía un tipo cualificado de lesiones menos graves cuando la víctima fuera o padre o ascendiente. La suficiente exasperación punitiva que permitía la circunstancia mixta de parentesco, justificaba la desaparición de la cualificación.

El párrafo segundo del mismo artículo extendía la cualificación del siguiente modo: “En la misma pena (prisión menor) incurrirá quien infiera dichas lesiones, o las comprendidas en el art. 420.4, a su tutor, maestro o persona constituida en dignidad o autoridad pública”. Además del defecto técnico de señalar la misma pena (prisión menor) para dos lesiones de diferente gravedad (la menos grave y la grave del art. 420.4), según los criterios de la legislación derogada, la cualificación carecía de sentido, el autor estaba ya en el ámbito del art. 11 por mantener una relación análoga a la paterno-filial; la mención al maestro formaba parte también de un fenecido concepto de las relaciones docentes y, por último, la referencia a autoridades o dignidades públicas resultaba innecesaria, existiendo en el art. 231 el delito de atentado, que en su caso entraba en concurso real con la lesión causada²³³.

La referencia expresa a la enfermedad somática o psíquica o a una incapacidad mental incurable, si bien era una reiteración tautológica, su incorporación se explicaba por las limitaciones interpretativas, que existían en una regulación que carecía de un concepto de lesión, y en el propósito de ofrecer una protección completa a la salud individual, prefiriendo, el legislador, mencionar expresamente todas las dimensiones del bien jurídico que se quería proteger²³⁴.

²³¹ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., pp. 932-933.

²³² QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 934.

²³³ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 935.

²³⁴ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 922.

El nuevo art. 418 trajo consigo la desaparición de la referencia expresa a la castración, la cual quedaba englobada en el concepto general de mutilación de órgano o miembro principal, además, con la nueva redacción del art. 419, la esterilización dejó de tener para el legislador, la misma gravedad que la castración y pasó a castigarse con la pena inferior en grado (prisión mayor)²³⁵.

Los supuestos de pérdida de la vista o de la audición dolosamente provocados quedaban expresamente recogidos en el art. 418 y desapareció la mención a la ceguera en las lesiones “básicas”. Se intentó eliminar la consideración del delito de lesiones como un delito determinado por el resultado, por lo que el “resultado de ceguera” debía poder ser imputado a su autor subjetivamente a título de dolo directo y si concurría dolo eventual, el hecho podía ser subsumido en el art. 421. 2, el cual recogía los mismos resultados que en el art. 418 que contenía la pena de reclusión menor si eran buscados con dolo directo, por lo que parecía obligado entender que el art. 421.2 partía de la ausencia de esa clase de dolo y operaba como norma subsidiaria respecto del 418²³⁶.

La reforma de 1989, redujo el amplio margen que el sistema anterior le otorgaba al régimen de las faltas, cuyo anterior art. 582, permitía tener como faltas a lesiones que produjeran hasta quince días de incapacidad laboral o asistencia médica por el mismo tiempo, en cambio, conforme a la redacción del art. 420, introducido por la reforma de 1989, muchas de las conductas calificadas como faltas, pasaron a ser consideradas como delitos, ello se debió a que muchas lesiones que hasta ese momento se sancionaban como faltas, recibían un tratamiento demasiado benigno, tanto por la importancia del bien jurídico afectado (salud individual), como por la dureza que el mismo CP otorgaba en la protección de otros bienes jurídicos de inferior importancia como la propiedad²³⁷.

5.7. Críticas a la regulación del delito de lesiones en el antiguo CPes, luego de la LO 3/1989 de 21 de junio

Sin perjuicio de que la reforma de 1989 fue bien recibida y valorada por la doctrina, por su notorio cambio en relación con la insatisfactoria regulación anterior, mantuvo ciertos defectos técnicos. Así, por ejemplo, respecto de la forma en que se estructuró el delito de lesiones, el concepto general de lesión, elaborado como tipo básico de lesiones, fue ubicado en el art. 420 del antiguo CP, a partir del cual se estructuraron varios tipos agravados, en función del resultado producido (arts. 418, 419 y 421.2) y de los medios utilizados (arts. 421.1 y 3)²³⁸. Además, se estableció un tipo privilegiado en el art. 582 del CP. Como se aprecia, a la usanza de los Códigos penales decimonónicos²³⁹, los tipos agravados fueron ubicados con antelación al tipo básico, en

²³⁵ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 923.

²³⁶ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 922.

²³⁷ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 922.

²³⁸ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 611.

²³⁹ Así por ejemplo el CPch de 1874, como todos los Códigos del siglo XIX no describe en cada párrafo, al caracterizar las distintas familias delictuosas, en primer término la forma básica de cada delito, según hacen los Códigos contemporáneos. Mientras estos últimos emplazan primero el tipo básico y a continuación los derivados de él, privilegiados o calificados, los textos legales anteriores comienzan siempre con los tipos calificados y sólo al final, o a veces en medio de la caracterización de los tipos calificados y antes de los privilegiados, estampan el tipo básico. De esto hay muchos ejemplos en el cuerpo punitivo chileno, como en la estafa, cuyo tipo básico luce en el art. 473, es decir, al final de todos los calificados de defraudación, o el homicidio, en que el tipo básico, en el art. 391 N° 2, aparece a

vez de partir por el concepto de lesión y continuar con la derivación de los tipos agravados en función de los medios peligrosos utilizados (desvalor de la conducta) y de los resultados producidos, hayan sido éstos dolosos o imprudentemente ocasionados (desvalor del resultado), para luego continuar con el tipo privilegiado, como metodológica y estructuralmente corresponde²⁴⁰.

En cuanto al concepto de lesión introducido por la mentada reforma, la redacción del art. 420²⁴¹, mejoró la del Proyecto de 1980 y la de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, cuyos textos establecían un límite temporal entre el delito y la falta de lesiones de 8 días (arts. 166 y 656.1; y 149 y 588.1, respectivamente), razón por la cual eran criticados por mantener solapadamente un posible caso de responsabilidad objetiva, ya que el cambio consistía simplemente en pasar de un límite de 15 días a otro de 8, pero el problema persistía²⁴². Sin embargo, a pesar de corregir este defecto técnico, el concepto de lesiones que prosperó fue objeto de críticas derivadas de los problemas interpretativos para determinar el contenido de los términos “menoscabo” y “tratamiento médico quirúrgico”²⁴³.

Del mismo modo, surgieron cuestionamientos a partir, una vez más, de los medios de comisión²⁴⁴. Así, hubo quienes señalaron que la nueva redacción dejaba fuera, nuevamente, la comisión por omisión, dadas las referencias al término “causar”²⁴⁵ y a la expresión “empleo de medios o procedimientos”, los cuales requerirían de un actuar positivo incompatible con la omisión, toda vez que, según esta opinión, sería difícil no actuar y a la vez causar o utilizar medios o procedimientos que causan lesión²⁴⁶. Además, se criticó el uso del término “sanidad” toda vez que hay lesiones que no sanan, de lo cual resulta que el término más adecuado sería el de “curación”²⁴⁷. Además, dicha redacción mantenía abierta la discusión acerca de cuál es el bien jurídico protegido. Así, mientras algunos autores referían que el bien jurídico protegido era la integridad corporal y la salud individual, la tendencia mayoritaria, a la cual adhiero, refería que el bien jurídico protegido es la salud individual²⁴⁸. El tema no es menor, toda vez dicha discusión se relaciona estrechamente con aquella que dice relación con la

continuación de los calificados de parricidio y asesinato y antes de los privilegiados de homicidio en riña y auxilio al suicidio. Sin embargo, es tarea capital, distinguir los tipos básicos al interior de cada grupo, puesto que los tipos básicos describen la actividad delictiva de que se trate en su forma más general, al paso que los calificados, sobre el esquema general añade una peculiaridad, algo nuevo que los torna especiales.

²⁴⁰ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 611.

²⁴¹ Preámbulo de la LO 3/1989, de 21 de julio, de actualización del CP, BOE 22 de junio y en GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., pp. 24-25.

²⁴² GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 26.

²⁴³ RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p. 148.

²⁴⁴ BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 160.

²⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 57 y BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 161. Sin embargo, aun cuando ambos criticaban la expresión que alude a la causalidad, reconocían que la frase “por cualquier medio o procedimiento” era suficiente como para entender que se trataba de un tipo penal abierto y, por lo tanto, aceptaban que en los delitos de lesiones, tenían cabida medios comisivos tales como la comisión por omisión, la transmisión de enfermedades de transmisión sexual, el contagio nutricional, los medios morales, etc.

²⁴⁶ BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 100-101; GARCÍA GARCÍA - CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., 33-34 y DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, op. cit., p. 57.

²⁴⁷ En este sentido, PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., pp. 612-613.

²⁴⁸ El tema del bien jurídico protegido se analizará en profundidad en el capítulo III de esta investigación.

determinación de si los malos tratos de obra son o no punibles a título de lesiones²⁴⁹. En una manifestación de asistemismo y de falta de coherencia interna en la normativa legal, el art. 582 tipificaba tanto la falta de lesiones (párrafo primero), como la de malos tratos (párrafo segundo), lo que parece dar a entender que ambas tenían el mismo bien jurídico²⁵⁰. Sin embargo, la falta de lesiones no era sino un tipo penal privilegiado del tipo básico del delito de lesiones y, por lo tanto, ambas figuras tenían el mismo bien jurídico protegido, constituido por la salud individual. En la falta de malos tratos de obra en cambio, se protegía otra clase de derechos, tales como la integridad moral como presupuesto básico para el ejercicio pleno del derecho a la libertad^{251/252}.

De otro lado y desde el punto de vista del tipo subjetivo, el autor no puede saber si la lesión que produce va a necesitar o no asistencia médica o facultativa o además de un tratamiento médico o quirúrgico, ya que ello depende de variadas circunstancias, entre las cuales pueden concurrir algunas que escapan al conocimiento del autor y que por ello podrían no ser captables ni controlables por el dolo, razón por la cual no podrán imputarse al autor. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que la necesidad de una asistencia médica más o menos duradera opera como un criterio definidor de la gravedad de la lesión, la cual puede, dentro de ciertos márgenes a veces imprecisos, ser prevista a partir de la gravedad de la conducta derivada del riesgo típicamente relevante generado para el bien jurídico de la salud individual, lo cual sí es aprehensible por el autor. Así por ejemplo, el sujeto podrá prever que un golpe en el pómulo con las manos, podría dar lugar a una contusión, lesión que no requiere tratamiento médico, pero evidentemente se podrá representar *ex ante*, una lesión de mayor gravedad, si con un

²⁴⁹ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., pp. 615-616.

²⁵⁰ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., pp. 615-616.

²⁵¹ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., pp. 615-616.

²⁵² En el mismo sentido, Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta expresan que: “Después de la reforma introducida en el CP por la LO 3/1989 el problema parece complicarse nuevamente, puesto que frente al anterior sistema de punición en artículos diferenciados, de una parte a los que “causaren lesiones” (art. 582) y de otra a “Los que golpearen o maltrataren a otro de obra o de palabra, sin causarle lesión” (art. 585.1), en la actualidad (año 1993) se sanciona en un único art., el 582, aunque en párrafos diferentes, primeramente al que “por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que no precisare tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa”, y más tarde, en su segundo párrafo, al que “golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión”. No obstante, a nuestro juicio, esta unidad de precepto no debe llevarnos a conclusiones precipitadas, entendiendo que el término lesión es comprensivo tanto de las lesiones propiamente dichas, como de las vías de hecho. En primer término, sigue manteniéndose la sustancial diferencia entre la causación de lesiones del párrafo 1º del art. 582 y los malos tratos o golpes que no causen lesión, de donde claramente parece deducirse que el propio legislador esta excluyendo del concepto propiamente dicho de lesión las vías de hecho. Pero aun hay más. El último inciso del párrafo 1º del art. 582 establece un reenvío del art. 421 en aquellos supuestos en los que las lesiones leves contempladas en dicho párrafo 1º se hubieren causado utilizando cualquiera de los medios o formas peligrosos, mediante tortura u originando una grave secuela, reenvió que no se produce en el caso de golpes o malos tratos que no causen lesión, aunque en ellos se hubieren utilizado los medios o procedimientos a que se alude en el art. 421, lo que quiere decir tanto como que el legislador únicamente parece considerar lesiones aquellas que producen un menoscabo constatable en la integridad corporal o en la salud física o mental del lesionado, quedando, por tanto, definitivamente fuera del concepto de lesión las vías de hecho. Frente a esta postura, aparentemente lógica, no cabe olvidar que es también el propio legislador quien, en el Capítulo IV y bajo la rúbrica “De las lesiones”, incluye dos preceptos, los arts. 424 y 425, criterio que sigue también el Proyecto de 1992, en sus arts. 162 y 161, respectivamente, en los que se halla ausente toda idea de resultado lesivo por mínimo que sea. Así, la denominada riña tumultuaria, nuevo delito de peligro en el que se sanciona la simple participación, en determinadas condiciones y con empleo de específicos medios, de un lado, y, de otro, el ejercicio habitual de violencia física, sin que se precise de resultado lesivo alguno, sobre el cónyuge, hijos u otras personas íntimamente ligadas al agresor” (ARROYO DE LAS HERAS Y MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 15).

cuchillo le realiza a la víctima un corte profundo en el brazo, el cual, obviamente, requerirá para su curación de sutura y control médico de una cierta prolongación^{253/254}. Así también se hacía presente que en muchos casos la superación de la primera asistencia facultativa y la necesidad, por lo tanto, de un tratamiento médico o quirúrgico, dependen de factores extraños a la propia conducta agresiva, tales como la habilidad del facultativo, la proximidad del hospital o las condiciones de la víctima²⁵⁵. Sin embargo, hay que considerar que se trata de elementos normativos del tipo que han de ser interpretados como expresión de una cierta gravedad del resultado ocasionado por el autor, resultado que en todo caso, debe dar cuenta del riesgo doloso o imprudente ocasionado por la conducta típicamente relevante, como centro del injusto.

Además, la reforma fue criticada por mantener un excesivo casuismo reflejado en la introducción en el delito de lesiones, junto al tipo básico, de tres tipos agravados en función principalmente del resultado producido²⁵⁶ -aun cuando también se contemplaba una disposición que aludía a los medios comisivos-, lo cual generaba problemas de redundancia e incongruencias punitivas²⁵⁷ además de conflictos con el principio de culpabilidad al no cerrar definitivamente la puerta a la responsabilidad objetiva, en aquellos tipos penales centrados en el desvalor de resultado²⁵⁸. En esta clase de tipos, en los cuales no se ha eliminado el casuismo y el objetivismo, se criticaba la persistente dificultad para apreciar las formas imperfectas de aparición del delito²⁵⁹.

No estuvo exenta de reparos la redacción del tipo atenuado del art. 420, toda vez que se entendió por parte de la doctrina, que la “naturaleza de la lesión” y “las circunstancias de aquel”, adolecían de falta de concreción^{260/261}. Además, la doctrina

²⁵³ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 920 y DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, op. cit., pp. 34-37.

²⁵⁴ Por lo tanto, cabe preguntarse si ¿pertenece la necesidad de tratamiento médico al resultado típico del delito o si por el contrario, nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad, la cual por ende estaría fuera de la propia estructura de la conducta?; ¿debe el dolo del sujeto abarcar la necesidad de tratamiento médico para la sanidad de la lesión? o ¿basta con que este abarque el menoscabo para la salud individual de su víctima? Del Rosal Blasco niega la posibilidad de encontrarnos ante una condición objetiva de punibilidad, toda vez que la necesidad de tratamiento médico quirúrgico no es más que un criterio de selección de ciertos resultados lesivos queridos por su autor, en virtud de un determinado grado de injusto penal y, por lo tanto, ha de estar barcada por el dolo (DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, op. cit., p. 47-52).

²⁵⁵ DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, op. cit., p. 34. Este autor menciona como crítica la ampliación del ámbito de las lesiones constitutivas de delitos en detrimento de aquellas que lo son de falta, sin embargo, cabe preguntarse si ¿acaso no era ese el objetivo principal que motivó la reforma de 1989, dada la importancia del bien jurídico en juego y la impensada ampliación del ámbito de las faltas en el sistema anterior, a raíz de los avances de la medicina?

²⁵⁶ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 620 y ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1025.

²⁵⁷ GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 27.

²⁵⁸ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 16 y BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 106-107.

²⁵⁹ DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, op. cit., p. 67.

²⁶⁰ Bustos Ramírez, criticando la indeterminación de estas expresiones, refería que a pesar de que se trataba de una atenuación y no de una agravación, podía implicar una afección del principio de proporcionalidad, porque frente a un mismo hecho podrían resultar penas diferentes, y favorecerse la arbitrariedad judicial. Además, con expresiones como aquellas, el principio de legalidad no aparecía respetado, pues no había claridad y precisión en la intensidad del injusto (BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 58).

²⁶¹ Quintero Olivares sostenía que la atenuación en virtud de la “naturaleza de la lesión”, decía relación con lesiones que aun requiriendo formalmente tratamiento médico, este sea de escasa entidad o

hacía presente los peligros que para la seguridad jurídica podían derivarse del establecimiento de un marco penal tan extenso (desde una pena de multa hasta seis años de privación de libertad), utilizando como únicos elementos de juicio parámetros tan imprecisos y que la práctica judicial utilizara como paliativo, la dinámica objetivista que tantos reproches había merecido el sistema objetivista anterior²⁶².

Existían ciertas descoordinaciones en la redacción que provocaban confusión. En efecto, mientras la agravación del art. 418 sólo consideraba la privación de la vista y de la audición como causa de agravación, el art. 421.2 se refería a la pérdida de un sentido²⁶³. Mientras la agravación del art. 418 sólo consideraba como causal de agravación, la causación de una grave enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable, el art. 421.2 se refería a una enfermedad somática o psíquica incurable²⁶⁴.

Parte de la doctrina sostenía que el art. 421.2 constituía un delito calificado por el resultado que planteaba muchas dificultades^{265/266/267}.

También se cuestionaba la falta de determinación del tipo penal del art. 418, ya que no señalaba cual debía ser el alcance de la expresión “grave limitación de su aptitud laboral”, razón por la cual se proponía interpretar el término “grave” de manera restrictiva, a fin de evitar problemas de proporcionalidad de las penas, toda vez que dicha circunstancia se encontraba junto a otras de considerable consideración, tales

duración, como por ejemplo: un simple control del proceso de cicatrización (QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 926-927), opinión bastante cercana a la manifestada por Tamarit Sumalla (TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 81-82). En cuanto al elemento “las circunstancias de aquel”, Arroyo Urieta y Cava Valenciano decían que ello obligaba a analizar en qué forma se produjo la lesión, a determinar si los medios empleados fueron en sí mismos poco o nada peligrosos para la integridad física, o bien revelaron acusada brutalidad en el autor, así como el posible carácter vejatorio de la marca lesiva (ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 966). En un sentido similar, Tamarit Sumalla expresaba que la expresión “circunstancias de aquel” se referían al hecho descrito en el párrafo anterior, sobre el cual recae la atenuación, en virtud de las circunstancias en las cuales se cometió (TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 80-81).

²⁶² TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 82.

²⁶³ ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera Aproximación a la Reforma Penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de Actualización del CP”, op. cit., p. 1025.

²⁶⁴ ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera Aproximación a la Reforma Penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de Actualización del CP”, op. cit., p. 1025.

²⁶⁵ CEREZO MIR, “El nuevo CPes de 1995”, en Cerezo Mir, *Obras completas*, Editorial Ara, Lima, 2006, T. II, p. 905 y TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 114-120.

²⁶⁶ En opinión de Bustos Ramírez, con este tipo penal, se volvía con más intensidad que antes, a la llamada determinación de la lesión por el resultado, con lo cual no sólo se reproducía el problema ya antiguo de que puede haber dolo de lesionar, pero no de causar una lesión de tanta gravedad, sino que se agregaba una cuestión de falta de proporcionalidad, ya que se imponía la misma pena a diferentes resultados lesivos al bien jurídico, que en el caso de las mutilaciones aparecen claramente diferenciados en su tratamiento punitivo en los arts. 418 y 419 (BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 59).

²⁶⁷ De otra opinión, Bajo Fernández, quien siguiendo a Berdugo sostenía que a diferencia de los tipos penales contenidos en los arts. 418 y 419, los cuales requerían dolo directo, el art. 421.2, exigía, a su juicio, la concurrencia de dolo eventual, para sostener el principio general reconocido en el art. 1º de la necesaria concurrencia del dolo y el respeto al principio de culpabilidad, entendiéndose que la pena está en función de que el dolo abarque todos los elementos típicos, incluido el resultado, porque en su opinión, no existía ninguna razón de carácter práctico o técnico que obligara a otra conclusión y porque, además, dicha interpretación permitía la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad (BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., pp. 163-165.).

como la mutilación de órgano principal^{268/269/270}. Igual crítica se formulaba respecto del término “grave” utilizado para aludir a la enfermedad e incapacidad mental incurable²⁷¹.

Del mismo modo, se criticó la cualificación por el medio empleado en la lesión, consistente en instrumentos, métodos o formas que sean “reveladoras de acusada brutalidad en la acción”, contenida en el art. 421.1, toda vez que tendría en consideración caracteres personales y formas de ser de los individuos para agravar la pena, aspecto característico de un DP de autor y no de un DP del acto^{272/273}. Otro sector de la doctrina señalaba que dicha agravación era innecesaria, ya que se encontraba abarcada por la del art. 421. 3²⁷⁴. Del mismo modo, la expresión “si en la agresión”, utilizada en el art. 421.1, para cualificar la conducta, tampoco era afortunada, toda vez que podía ser interpretada como una injustificada restricción de los medios comisivos a aquellos que supongan un comportamiento activo o la utilización de un medio violento, excluyéndose por tanto, medios objetivamente tan peligrosos como el veneno o los gases^{275/276}. Un sector de la doctrina postulaba la supresión de la prolija y repetitiva

²⁶⁸ ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1025 y TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 145-147.

²⁶⁹ Boix Reig se limitaba a criticar que la limitación de la aptitud laboral y la enfermedad somática o psíquica requirieran para constituir la agravación del art. 418 el elemento normativo señalado con la expresión “grave” y proponía realizar una interpretación restrictiva del mismo (BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 190).

²⁷⁰ Por su parte, Bajo Fernández opinaba que dicha expresión resultaba innecesaria porque si dicha anulación o limitación de la aptitud laboral constituía un menoscabo de la integridad, ya se encontraba tipificada en la mutilación, inutilización o privación a que se refiere también el precepto; y si, por el contrario, se refería a un menoscabo de la salud entonces quedaría incurso en la enfermedad somática o psíquica que también se encontraba en el art. 418. También consideraba innecesaria la referencia a la incapacidad mental incurable porque constituir un menoscabo de la salud mental abarcada por la expresión “enfermedad psíquica”. Por último, señalaba que el resto de los resultados referidos en el art. 418, también estaban referidos en el art. 421.2 y, que por lo tanto, la única diferencia decía relación con la índole del dolo requerido en ambos precepto, es decir, dolo directo respecto del art. 418 y eventual en el caso del art. 421.2 (BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., pp. 167-168).

²⁷¹ TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 147.

²⁷² PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 624.

²⁷³ Respecto de la expresión “acusada brutalidad en la acción”, debe recordarse que la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983 se refería a acusada brutalidad *del agresor*, del autor; lo que revelaba la presencia de un DP de autor. La reforma de 1989 mejora la redacción aludiendo a la acción y no al autor. No obstante, el empleo del término *brutalidad* seguía siendo caracterizador del autor si bien a través de sus conductas; indicador de la plasmación de cierta personalidad del mismo. Boix Reig sostenía que se trataba de un concepto próximo al de ensañamiento y en tal sentido, señalaba que los efectos penológicos hubieran sido los mismos sin esta previsión legal específica y por aplicación de la agravante genérica 5ª del art. 10 (BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 111-112). En sentido contrario se manifestaba FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., pp. 117-121.

²⁷⁴ TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 112-114.

²⁷⁵ ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1025. Fernández Rodríguez hacía presente la crítica pero la descartaba porque opinaba que este tipo toma como punto de partida las lesiones básicas del art. anterior y la interpretación que de dicho vocablo hacía debía ir referida a las mismas. Así las cosas, opinaba que con el término “agresión” se estaba aludiendo al menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental, menoscabo que podía ser debido tanto a un procedimiento activo como omisivo y, por supuesto, no necesariamente violento. Además, señalaba que por exigencias del tipo debía requerir para su sanidad no sólo una primera asistencia facultativa, sino también tratamiento médico o quirúrgico, (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., p. 212-213).

²⁷⁶ La misma crítica realizaba Berdugo Gómez de la Torre respecto de la Propuesta de Anteproyecto de CPes (al respecto ver BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, Documentación jurídica, 1983, p. 399.).

enumeración de medios comisivos del art. 421, así como la alusión genérica a que ellos sean susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado, ya que suscitaba dudas acerca de si la peligrosidad debía referirse a los medios en sí, prescindiendo de su efectiva relación con el caso concreto o a la dinámica comisiva de la acción y a cambio se proponía la creación de un delito de peligro concreto²⁷⁷.

También se criticó la presencia de la agravación por “tortura” entre los delitos de lesiones, ya que se trata de un delito especial propio contenido en el antiguo art. 204 bis, el cual solamente podía cometerse por funcionarios públicos, toda vez que la tortura es en esencia una de las manifestaciones más abominables del abuso de poder^{278/279}. Por lo tanto, si el legislador pretendió usar esta terminología en un sentido vulgar, introdujo con ello una confusión de carácter conceptual y terminológica, toda vez que dicho término no permitía conocer con exactitud cuál debía ser su alcance^{280/281/282}. Otra opinión sostenía que el término tortura se identificaba con el ensañamiento y, por lo tanto, carecía de justificación²⁸³.

De la misma manera, fue criticada la atenuación del párrafo 2º del art. 423, porque si bien podría tener un fundamento histórico, al menos en nuestros tiempos, es

²⁷⁷ TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 100-107.

²⁷⁸ QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, op. cit., p. 930-932.

²⁷⁹ En un sentido contrario, Box Reig señalaba que el legislador no empleó el concepto normativo de tortura, descrita en el art. 204 bis, ni siquiera atendiendo a la condición de abuso de poder que tradicionalmente se requiere al ser practicada la misma por quien ostenta tal situación o condición, sino que recurrió a un concepto amplio que incluía su realización por el particular. Por lo tanto, según este autor, el término tortura habría de entenderse, en este caso, como el empleo de cualquier medio, que menoscabando la integridad corporal o salud física o mental del sujeto pasivo, pretenda doblegar su voluntad en orden a conseguir una ulterior finalidad, sean las propias del art. 204 bis o cualquier otra. La agravación del art. 421.3, concurriría siendo sujeto activo el particular y produciéndose una lesión del art. 420 como consecuencia de los malos tratos, físicos o psíquicos, que se ocasionan al sujeto pasivo, con una finalidad concreta que se pretende conseguir a consecuencia de doblegar, mediante dichos tratos, su voluntad (BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 115-116).

²⁸⁰ BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 167 y TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp.126-138. En tal sentido, Arroyo Urieta y Cava Valenciano opinaban que debía considerarse tortura aquellos casos en los cuales se utiliza el dolor físico o mental con el fin de obtener una confesión, testimonio o información (ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 966).

²⁸¹ Arroyo Urieta y Cava Valenciano opinaban que debía considerarse tortura aquellos casos en los cuales se utiliza el dolor físico o mental con el fin de obtener una confesión, testimonio o información (ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 966). Por su parte, Bustos Ramírez refería que al parecer dicho término se refería al hecho de utilizar violencia (física o psíquica) sobre un sujeto para obtener una información o declaración o de doblegar la voluntad con cualquier fin por parte de un particular, o bien, simplemente, ya que se habla de “emplear” tortura, se trataba de la utilización de violencia (física o psíquica) extrema o innecesaria sobre el sujeto (lo que estaría, sin embargo, ya considerado en la circunstancia de “acusada brutalidad en la acción”). Por ello, pareciera que en definitiva se utilizaba tortura en un sentido vulgar, tal como en la primera alternativa mencionada y que en modo alguno debió emplearse así por el legislador, en razón de la confusión que ello implica, aunque ciertamente con ello se abarca hechos reales graves, pero que en todo caso estarían ya cubiertos también por el concepto de “brutalidad” (BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 59).

²⁸² Rodríguez Devesa y Serrano Gómez si bien opinaban que no estaba claro lo que ha de entenderse por tortura, sostenían que no debió haberse incluido esta agravación, ya que se trataba de un supuesto que tenía estrecho parentesco con el ensañamiento, pues cabía pensar que el legislador pretendía agravar el delito de lesiones cuando se aumentara deliberada e inhumanamente la violencia utilizada y decían que por lo tanto, habría que entender por tortura la violencia innecesaria para la ejecución del hecho (RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p. 153).

²⁸³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., pp. 121-125.

difícil imaginar que una madre mutila a su hijo para evitar que éste cumpla con determinados servicios públicos²⁸⁴.

Respecto de las mutilaciones y automutilaciones, que eran castigadas de acuerdo con lo referido en el art. 422, cuando eran realizadas para conseguir la exención del servicio militar o de otro servicio público de inexcusable cumplimiento, se criticaba la ubicación sistemática, toda vez que en dicha disposición el bien jurídico era diferente del tutelado en el delito de lesiones^{285/286}. Otro sector de la doctrina criticaba derechamente la no derogación de este tipo penal en ordenamiento positivo^{287/288}, por el carácter problemático de esta figura en relación con la cuestión del consentimiento en las lesiones y el nulo interés político-criminal que revestía en un momento de desarrollo legislativo de alternativas democráticas²⁸⁹.

El delito de malos tratos en el grupo familiar, contemplado en el art. 425, era entendido como una figura agravada del tipo básico recogido en el párrafo segundo, del art. 582, relativo al maltrato de obra. Se cuestionaba su ubicación sistemática, toda vez que el objeto de protección era distinto de la salud individual²⁹⁰. Otro sector de la doctrina cuestionaba su inclusión en el CP, toda vez que el problema de fondo decía relación con un encubrimiento cultural de determinados hechos delictivos producto del llamado “machismo” y “autoritarismo familiar”, lo cual no se salvaba mediante un tipo legal, como quedaba de manifiesto en el fracaso de este tipo de medidas frente a ese tipo de circunstancias sociales²⁹¹. Este sector de la doctrina sostenía que más efectivas eran otro tipo de soluciones de carácter educacional, establecer una policía especializada en tales hechos, control de los fiscales y jueces en relación a tales delitos y servicios especializados de asistencia a la víctima (a mujeres y niños maltratados sobre todo) o de ofrecimiento de ayuda asistencial familiar²⁹². Además, se criticaba la infracción que este tipo penal involucraba para el principio de igualdad y por referirse únicamente a la violencia física, olvidando que la violencia psíquica puede ser tanto o más grave^{293/294}.

En lo que dice relación con el tipo penal relativo a las infracciones de las leyes del trabajo de las cuales se derivaran resultados lesivos, contenido en el art. 427, parte

²⁸⁴ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 969 y BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 173.

²⁸⁵ En tal sentido, MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 110; DIEZ RIPOLLÉS, “*Los delitos de lesiones*”, op. cit., p. 16 y BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 68.

²⁸⁶ Por su parte, Rodríguez Devesa y Serrano Gómez se limitan a señalar la diferencia de bienes jurídicos entre ambas figuras penales RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., pp. 135-136.

²⁸⁷ ORAA GONZÁLEZ Y ORAA GONZÁLEZ, “*Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP*”, op. cit., pp. 1025-1026; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “*Lesiones: clasificación y modus operandi*”, op. cit., p. 95 y TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 155-158.

²⁸⁸ En efecto, si bien la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983, optaba por la derogación de esta figura penal, se siguió el criterio del Proyecto de 1980.

²⁸⁹ BOIX REIG, “*Delitos contra las personas. Las lesiones*”, op. cit., p. 120.

²⁹⁰ BOIX REIG, “*Delitos contra las personas. Las lesiones*”, op. cit., pp. 122-124 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “*Lesiones: clasificación y modus operandi*”, op. cit., p. 95.

²⁹¹ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., pp. 64-65.

²⁹² BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., pp. 64-65.

²⁹³ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., pp. 64-65.

²⁹⁴ En contra TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 173-175.

de la doctrina entendía que era innecesario y dada su nula aplicación, cuestionaron el hecho de que no hubiese sido suprimido en la reforma de 1989^{295/296}.

Respecto del delito de participación en riña, si bien parte de la doctrina proponía su eliminación, se optó por elaborar un nuevo sistema de punición de los supuestos de riña, atendiendo a modelos comparados y en la línea de lo que preveía el art. 154 de la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983. Ya incorporado el precepto al CP, fue criticada la sanción asignada al delito, la cual consistía en arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio, la que era tildada de excesiva atendida la estructura del tipo legal (delito de peligro concreto) y a que no era preciso que se produjera lesión alguna²⁹⁷. También se reprochaba su ubicación sistemática²⁹⁸.

En cuanto a las falta de lesiones, regulada en el párrafo primero del art. 582, los términos “precisare” y “exigiere” fueron criticados ya que aludían a un potencial, en circunstancias que la delimitación entre el delito y la falta de lesiones depende de si la lesión requiere o no efectivamente y en el caso concreto de un tratamiento médico o sólo la asistencia facultativa²⁹⁹. Además, se cuestionaba la referencia excepcional que señalaba “...será castigado con la pena de arresto menor, salvo que se tratase de alguna de las lesiones del art. 421”, la cual no se contenía ni en la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983, ni en el Anteproyecto de la Ley. Parte de la doctrina señalaba que de entenderse que se pretendía sancionar por el art. 421 aquellos resultados lesivos propios de falta en los que concurren las agravaciones de aquel precepto, que fundamentalmente habrían de ser las de sus números 1 y 3, debía cuestionarse por razones de justicia material, por cuanto se impondría la pena de lesiones agravadas a la producción de resultados lesivos constitutivos de falta³⁰⁰. Sin embargo, no resultaba atendible la supuesta injusticia material derivada del hecho de sancionar un resultado de falta como delito, toda vez que si bien el resultado lesivo para la salud individual puede ser nimio, el desvalor de la conducta puede ser enorme, como sucede, por ejemplo, cuando con un arma se provoca un simple rasguño producto de las circunstancias del caso³⁰¹. Más atendible resultaba la crítica consistente en que la referencia no podría estar referida al art. 421.1, ya que éste sólo aludía a las formas de llevar a cabo las lesiones y también resultaría discutible la aplicación del art. 421.3, ya que éste también se refiere a las formas de llevar a cabo las lesiones y no a las lesiones mismas³⁰². Es cierto que en estos casos la lesión puede ser mínima, pero siempre se requeriría tratamiento médico conforme al art. 420.1, luego en caso alguno sería una lesión falta³⁰³. Queda por tanto

²⁹⁵ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 969; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 68; RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p. 159 Y BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 175.

²⁹⁶ El art. 427 fue reintroducido por la enmienda presentada en el Congreso de los Diputados (Enmienda 68 presentada por Izquierda Unida), ya que los proyectos de reforma y el Anteproyecto y Proyecto de la presente Ley dejaban sin contenido el art. 427, toda vez que dicho precepto en nada protegía que no se hiciera ya por los preceptos comunes de lesiones y por los que regulaban las conductas de peligro en el ámbito laboral, a través del art. 348 bis a). Así, Boix Reig señalaba que tras la desaparición operada ahora de límite alguno a los medios comisivos en los delitos de lesiones este delito cumplía una mera función de llamada, de carácter simbólico y, por lo tanto proponía su supresión por carecer de razón (BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 124).

²⁹⁷ BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 120-122.

²⁹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., p. 95.

²⁹⁹ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 970 y BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 125.

³⁰⁰ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 61.

³⁰¹ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 61.

³⁰² BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 61.

³⁰³ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 61.

aplicar esta referencia al art. 421.2, que es el único que especifica diferentes resultados lesivos, pero en modo alguno se trata de lesiones residuales, esto es, que sólo exigiesen primera asistencia facultativa (si así fuese, resultaría muy extraño que fuesen estimadas como agravaciones respecto del art. 420, no tendría sentido)³⁰⁴, ya que son de tal entidad que en todo caso precisaban, sin excepción, de tratamiento médico o quirúrgico³⁰⁵. Por lo tanto, se trataría de un error legislativo incluido por el legislador que no tendría explicación y que provocaba confusión³⁰⁶. Además, partiendo de los resultados del art. 582, párrafo 1º, no cabía hablar de alguna de las lesiones del art. 421, por más que se utilicen instrumentos peligrosos o se empleen torturas, pues este precepto expresamente se configuraba como un tipo agravado del art. 420 al referir “las lesiones del artículo anterior...” y por lo tanto, se aplicaba sólo respecto de lesiones que requerían de tratamiento médico o quirúrgico³⁰⁷. Así las cosas, si concurrían los resultados del art. 582, párrafo primero, no cabía aplicar las penas del art. 421^{308/309}.

También se mantuvo la equiparación de pena entre las lesiones agravadas del antiguo art. 418 y el homicidio³¹⁰ cuestión que afectaba directamente a la coherencia de penas entre ambas figuras penales dada la distinta entidad de los bienes jurídicos en juego³¹¹. Esta equiparación en la penalidad producía serios problemas interpretativos. En efecto, si en un homicidio frustrado quedaba como secuela una mutilación de miembro importante, parte de la doctrina sostenía que había que aplicar la pena del homicidio frustrado, por tratarse del bien jurídico vida, con lo cual resultaba que la pena sería menor que la de la mutilación³¹². Para otros en cambio, debía aplicarse el art. 68 del CP, conforme al principio de la consunción, sin embargo esta solución era cuestionada porque la pena de la mutilación, dejaba impune la actividad dirigida a afectar la vida, de manera que había un *plus* en el hecho realizado que la mutilación no incluía³¹³. Un tercer sector de la doctrina sostenía que el concurso ideal era la solución más adecuada para este problema³¹⁴.

Respecto del consentimiento en las lesiones, pese a que tanto el Proyecto de CP de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983, así como el Anteproyecto de la Ley de 1989, partían de la base de otorgar relevancia al consentimiento del ofendido en el

³⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 61

³⁰⁵ BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 161.

³⁰⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 61.

³⁰⁷ BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 125-126 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., pp. 108-111.

³⁰⁸ BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 125-126 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., pp. 108-111.

³⁰⁹ En contra de esta interpretación de manifiesta Tamarit Sumalla siguiendo en este punto a Berdugo y a pesar de la perturbadora frase del art. 421 (según el mismo señala), que refiere: “las lesiones contenidas en el art. anterior” (TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 47-48).

³¹⁰ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 16; RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., pp. 142-147 y BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 168.

³¹¹ En tal sentido, Boix Reig criticaba la sanción contenida en las figuras agravadas al referir que la desproporción punitiva que se daba en la redacción anterior de los arts. 418 y 419 se exasperaba con la nueva redacción, la cual a su juicio, constituía un quiebre del principio de proporcionalidad, toda vez que sancionaba con la pena prevista al delito de homicidio (reclusión menor) los supuestos del art. 418, cuyo ámbito se había ampliado con la reforma, incluyendo elementos valorativos en la configuración típica de algunos de los resultados lesivos en el previstos (BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., p. 119).

³¹² BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 61.

³¹³ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 61.

³¹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 61.

delito de lesiones, la Ley de 21 de junio de 1989 no recogió ninguna de estas soluciones. En efecto, el art. 177 del Proyecto de CP de 1980, inspirado en el párrafo 126 a) del Código de la República Federal Alemana, preveía que salvo en los supuestos en que expresamente se estableciera otra cosa, las lesiones producidas con el consentimiento del ofendido sólo se sancionarían cuando se estimaran “socialmente reprobables”. En el mismo sentido, pero a través de una fórmula distinta, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 refería, en su art. 157, que: “en los delitos de lesiones, el consentimiento del ofendido, libre, espontáneo y expresamente emitido eximirá de responsabilidad criminal, salvo que se haya obtenido viciadamente, o mediante precio, promesa o recompensa o el otorgante fuere menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales”. Con ello, se imponía un criterio radicalmente diferente del tradicional en España y de menor dificultad interpretativa que la ofrecida por el art. 177 del Proyecto de 1980³¹⁵. Incluso, el Anteproyecto de la Ley de 1989, partía en el art. 428 del principio general de relevancia del consentimiento con las garantías necesarias en orden a cautelar su validez, excepto en los casos de los arts. 422 y 423, pues en ellos se sancionan expresamente supuestos de mutilaciones consentidas, dada la ofensa que se produciría a un interés jurídico público distinto a la salud individual y las lesiones comprendidas en los arts. 418 y 419³¹⁶. Con independencia de las deficiencias técnicas y de las restricciones referidas a los arts. 418 y 419, el Anteproyecto suponía un avance en el tema del consentimiento del ofendido, clarificando expresamente su relevancia y eficacia general eximente de responsabilidad penal. No obstante, el Proyecto de Ley no recogió modificación alguna en el art. 428 y sólo el Senado introdujo con posterioridad, la adición al párrafo 2º, relativa a la esterilización de incapaces³¹⁷.

Sin embargo, a pesar de las críticas, debe reconocerse que esta reforma mejoró la consideración del desvalor de acto, al introducir consideraciones tales como la peligrosidad de los medios empleados para llevar a cabo la conducta lesiva³¹⁸.

³¹⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., pp. 95-96.

³¹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, op. cit., pp. 95-96.

³¹⁷ BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 127-133.

³¹⁸ ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 960.

5.8. El CP de 1995

Tipos dolosos

Delitos	Tipos cualificados Art. 148, 149 y 150	Por el medio empleado. Art. 148.1.	
		Por el empleo de ensañamiento o alevosía. Art. 148.2.	
		Por la especial vulnerabilidad de la víctima. Art. 148.3.	
		Violencia contra la mujer. Art. 148.4.	
		Por la especial gravedad del resultado. Art. 149-150	Pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad o una grave enfermedad somática o psíquica. 149.1.
	Mutilación genital. Art. 149.2.		
	Pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal o deformidad. Art 150.		
	Tipo básico. Art. 147.1, párrafo 1.		
	Reiteración de faltas. Art. 147.1, párrafo 2º.		
	Tipo Atenuado. Art. 147. 2.		
	Violencias en el ámbito doméstico. Art. 153.		
	Participación en riña tumultuaria. Art. 154.		
	Lesiones al feto. Art. 157 y 158		Lesiones dolosas al feto. Art. 157.
		Lesiones imprudentes al feto. Art. 158.	
Faltas	Lesiones. Art. 617.1.		
	Malos tratos de obra. Art. 617.2.		

Tipos imprudentes

Delitos	Imprudencia grave. Art. 152.1.
Faltas	Imprudencia leve. Art. 621.3.

El CP de 1995, profundizó las orientaciones político-criminales de la reforma de 1989 y mejoró en varios aspectos. Se excluye figuras delictivas cuya existencia o localización en este lugar era de difícil justificación, como sucedía en el caso de las

lesiones laborales o aquellas que se ocasionaban para eximirse del servicio militar. Además, se suprimió el tipo agravado basado en el resultado del art. 421.2, debido a los problemas dogmáticos que presentaba en relación a las otras figuras de lesiones, sobre todo desde el punto de vista subjetivo. También se eliminaron las restricciones subjetivas en los tipos agravados de los arts. 149 y 150 (antiguos 418 y 419), y la relación entre la falta de lesiones y el delito de lesiones agravadas del desaparecido antiguo art. 421.2.

Sin embargo, aún subsiste la discusión en torno a cuál es el bien jurídico afectado en el delito de lesiones y, aunque de manera excepcional, todavía existen voces que apuntan que la redacción del tipo base hace discutible que en el delito de lesiones quepa la omisión³¹⁹. Además, persiste un excesivo casuismo³²⁰ y un inadecuado tratamiento de la relevancia del consentimiento, el cual, pese al avance realizado, sigue teniendo falencias que han dado lugar a un constante debate sobre el punto³²¹. Si bien la forma de delimitar los tipos penales en base a la primera asistencia facultativa y a la necesidad de tratamiento médico es bastante mejor que la añeja fórmula objetivista basada en los días de incapacidad o días que las lesiones tardan en curar, no están exentas de problemas interpretativos de relevancia, ya que, pese a que aquellos son elementos valorativos fundamentales para determinar si una conducta debe ser sancionada como delito y no como falta de lesiones, al no entregar el legislador criterios que orienten la labor jurisdiccional, la doctrina y la jurisprudencia han definido de diversas maneras el concepto de tratamiento médico quirúrgico^{322/323}.

6. Conclusiones

1. El análisis de la historia del delito de lesiones nos da cuenta, de la evolución dogmática que ha tenido, en donde el modelo impuesto por la regulación del CPes de 1948 se mantuvo por largos años con ciertas modificaciones, pese a las constantes críticas de la doctrina, las cuales se vieron plasmadas en las sustanciales modificaciones introducidas al antiguo CPes en 1989, las cuales fueron mantenidas, en términos generales, por el CPes de 1995.
2. Desde la consideración de la integridad física como único objeto jurídico de protección se ha evolucionado hacia la cada vez más consolidada opinión de la salud individual tanto física como psíquica, como bien jurídico penalmente tutelado en el delito de lesiones, relevando a la integridad corporal a la categoría de bien instrumental del primero. Dicha teoría unitaria puede ser perfectamente sostenida, a pesar de que la ley se refiere tanto a la integridad corporal como a la salud física o mental.
3. En España se ha pasado desde la no conceptualización del término lesión -carencia suplida con un magro casuismo de origen germánico-, hacia el establecimiento de una

³¹⁹ BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, op. cit., pp. 100-101.

³²⁰ RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., pp. 131-133 y DIEZ RIPOLLÉS, *Los Delitos de Lesiones*, op. cit., pp. 16-17.

³²¹ DIEZ RIPOLLÉS, *Los Delitos de Lesiones*, op. cit., pp. 16-17 y BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 141-155.

³²² GARCÍA GARCÍA - CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., pp. 17-18 y BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 58.

³²³ Interesante resulta la opinión de Tamarit Sumalla en cuanto al concepto de tratamiento médico o quirúrgico, toda vez que señala que se trata de una cuestión que debe situarse en el plano valorativo, obligando al juez a emitir un juicio sobre la necesidad del tratamiento, a la vista de los informes periciales (TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 50).

definición de dicho término, situación más condigna con el principio de tipicidad y que ayuda a la delimitación del ámbito de lo punible.

4. La fuerte matriz objetivista, la alta consideración del resultado y la concepción de los delitos de lesiones como delitos calificados por el resultado, con los problemas que para el principio de culpabilidad se derivan (responsabilidad objetiva, dificultad para apreciar la tentativa, así como las combinaciones entre dolo e imprudencia, proporcionalidad de la pena, etc.), se ha intentado equilibrar con eliminación del criterio de delimitación entre las figuras de lesiones establecido en base al tiempo en que las lesiones tardaban en curar o al tiempo de incapacidad derivado de la lesión producida y la incorporación de normas que operan como válvulas de escape y que permiten atenuar o agravar la responsabilidad penal en base a criterios que apuntan al desvalor del acto, así sucede con la consideración de la menor o mayor gravedad, atendido el medio empleado contenidas respectivamente en los arts. 147.2 y 148.1, los cuales tienen por finalidad otorgar mayor importancia a la forma como la lesión se produce, más que al resultado acaecido. Pese a todo, es innegable que subsiste en el CPes, una cierta tendencia al casuismo reflejada, sobre todo, en la redacción de los tipos agravados de los arts. 149 y 150 del CPes.

5. También, se nota una profunda evolución que va desde la consideración del delito de lesiones como un delito de forma vinculada, con las consiguientes discusiones sobre la tipicidad de las lesiones llevadas a cabo por medios morales, lesiones psíquicas, comisión por omisión, contagio de enfermedades, pérdida de sentidos, etc., que de aquella redacción se derivan, hacia la concepción del delito de lesiones como un tipo penal de medios abiertos.

6. Se eliminaron del CPes, distinciones anacrónicas y artificiosas como la que se hacía entre el delito de lesiones y las figuras de castración y la mutilación, las cuales no son sino especies de lesiones.

7. Si bien ha mejorado el tratamiento del consentimiento, la actual redacción del CPes es insuficiente, toda vez que le atribuye en los delitos de lesiones, solamente un efecto atenuante de la responsabilidad penal, situación que a mi juicio, en el futuro, debería evolucionar hacia un efecto eximente en razón de su carácter disponible.

8. Además, se cambió el tipo de riña tumultuaria, delito de sospecha, que contenía criticables presunciones de culpabilidad y condiciones objetivas de punibilidad, por el de participación en riña utilizando instrumentos peligrosos, configurado como delito de peligro concreto.

9. Las variadas y profundas transformaciones que se observan en la evolución de la regulación del delito de lesiones, deberían tender a aquilatarse y profundizarse, sobre todo en materias tales como bien jurídico, medios de comisión, consentimiento, consideración del desvalor de acto, etc.

Capítulo III

Bien jurídico protegido

Sumario: 1. Introducción.— 2. Bien jurídico protegido.— 3. Bienes jurídicos individuales, universales y principio de lesividad.— 4. El bien jurídico penalmente tutelado en el delito de lesiones.— 5. Posturas mantenidas por la doctrina y la jurisprudencia 5.1. La incolumidad personal, la salud y la integridad física como bienes jurídicos tutelados por el delito de lesiones.— 5.2. La salud individual y la integridad corporal como bienes jurídicos protegidos en el delito de lesiones.— 5.3. La salud individual como único bien jurídico penalmente protegido en el delito de lesiones.— 6. Concepto de salud individual.— 6.1. Concepto subjetivo de salud individual.— 6.1.1. Críticas al concepto de salud individual de la OMS.— 6.2. Concepto objetivo de salud individual.— 7. Implicaciones del bien jurídico protegido en el ámbito del consentimiento y de la responsabilidad penal médica.— 7.1. La integridad corporal.— 7.2. Concepto subjetivo de salud individual.— 7.3. Concepto objetivo de salud individual.— 8. Panorama en el APCPCH.— 9. Conclusiones.

1. Introducción

La importancia de determinar el bien jurídico penalmente tutelado, en cada tipo penal y en el delito de lesiones en particular, resulta ser una tarea fundamental, en virtud de las funciones dogmáticas que esta categoría conceptual representa. Así por ejemplo, en virtud de la *función sistemática*, los delitos de lesiones deben agruparse entorno al bien jurídico protegido en esta clase de tipo penales³²⁴. Luego, de acuerdo con la *función interpretativa*, una vez determinado el bien jurídico protegido en el delito de lesiones, la interpretación (*teleológica*) podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico³²⁵. Así, por ejemplo, si los delitos de lesiones atacan al bien jurídico de la salud individual de una persona, la intervención quirúrgica *curativa* realizada con éxito, por regla general, no puede dar lugar al tipo de lesiones, porque no agrede en aquel sentido a la salud, sino todo lo contrario. Falta, por ello, la antijuridicidad material de la conducta. Por último, conforme a la *función de criterio de medición de la pena*, la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la antijuridicidad material del hecho, y, por lo tanto, constituye un factor a considerar, dentro del margen de arbitrio judicial que la ley concede al juez en la concreta determinación de la pena³²⁶.

Por ello será tarea fundamental de este capítulo el analizar las distintas opciones dogmáticas relativas al bien jurídico protegido en el delito de lesiones, las consecuencias que de ellas se derivan y optar por aquella que aparezca como correcta y que dé cuenta en mejor medida del objeto de protección en el delito de lesiones en el marco de un DP en un Estado social y democrático de Derecho.

Sin perjuicio de lo anterior y dados los cuestionamientos que en la actualidad se han realizado respecto de la categoría conceptual de bien jurídico, deberemos partir por

³²⁴ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 164.

³²⁵ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 164.

³²⁶ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 164.

hacernos cargo de dichas críticas, toda vez que se trata de uno de los pilares que orientará el desarrollo de esta investigación.

2. El bien jurídico protegido

Con toda razón, la dogmática ha dicho que el DP sólo resulta legítimo si persigue la protección de bienes jurídicos^{327/328}; ésta ha de ser su función, no la protección de ideologías políticas, religiosas, éticas o culturales³²⁹. Evidentemente, la reciente afirmación, implica desde ya adoptar una postura dogmática clara y decidida, descartando la tesis minoritaria del normativismo extremo sustentada por Jakobs, en atención a la cual la función del DP consistiría en reafirmar la vigencia de la norma³³⁰. A mi juicio, dicha postura confunde uno de los fines de la pena con la función del DP y por ello debe ser rechazada.

En un Estado social y democrático de Derecho, el DP tiene por función primera la protección de la convivencia humana pacífica, a través de la prevención limitada de delitos, por tratarse de hechos dañosos para intereses directos o indirectos de los ciudadanos³³¹. Por lo tanto, la función del DP pretende influir en la realidad existente más allá del propio DP y de sus normas y, en consecuencia, no se agota en el mero mantenimiento de sus propias normas, sino que se trata de un sistema puesto al servicio de las necesidades o intereses reales de los seres humanos, en donde los bienes jurídico-penales no son sino concreciones de dichos intereses, que merecen por su importancia fundamental, la máxima protección que supone el DP³³². De esta manera, la importancia del DP no radica en la mera firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, como pretende Jakobs³³³, toda vez que con dicha concepción tendríamos que renunciar, al menos desde un punto de vista metodológico, al fin de protección de bienes jurídico-penales, cuestión que resulta difícil de aceptar.

Si se asume que el DP es un medio jurídico altamente formalizado de control social, que se encuentra destinado a la protección de bienes jurídicos penalmente tutelados³³⁴, la norma penal debe tener por finalidad motivar al ciudadano a abstenerse de realizar conductas lesivas o peligrosas para estos intereses, de manera que la protección de la vigencia de la norma aunque valorativamente útil, es meramente

³²⁷ NESTLER, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, en *La insostenible situación del DP*, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 63; y MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, op. cit., p. 59.

³²⁸ El concepto de bien jurídico, que se atribuye a Birnbaum (a mediados del s. XIX) nace con un sentido dogmático, es decir, como objeto de protección elegido por la ley (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 120). En efecto, Birnbaum, tuvo el acierto de distinguir entre el concepto clásico de *derecho* por uno más preciso y más adecuados a los fines que convocan al DP, es decir, al concepto de *bien* (al respecto ver BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Editorial Edeval, Estudio preliminar y trad. por Guzmán Dalbora, Valparaíso, 2010)

³²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009, T. III, p. 15.

³³⁰ JAKOBS, *DP, PG. Fundamentos y teoría de la imputación*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p.13

³³¹ OSSANDON WIDOW, *La formulación de tipos penales, valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 23.

³³² MIR PUIG, *DP, PG*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2009, pp. 103-104 y MIR PUIG, *Límites al normativismo en DP*, en *Dogmática y criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, Editorial Legis, Bogotá, 2005, pp. 369-397.

³³³ JAKOBS, *DP, PG*, op. cit., p. 45.

³³⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 39.

instrumental, al otorgar al ciudadano, un determinado grado de seguridad cognitiva en torno a la indemnidad de los bienes penalmente tutelados³³⁵. Por lo tanto, no se trata de descartar la finalidad de protección de la vigencia de la norma, sino de rechazar que ésta sea la única, ni mucho menos, la primordial función de la pena, en desmedro de la protección de bienes jurídicos como función material del DP³³⁶. Así, es posible afirmar, que los bienes jurídico-penales son los que en verdad otorgan contenido y legitimidad a la intervención penal, resultando la protección de la vigencia de la norma un fin axiológicamente auxiliar y meramente instrumental a la protección penal material de los bienes jurídicos³³⁷.

3. Bienes jurídicos individuales, universales y principio de lesividad

La postura dogmática aquí sostenida concuerda plenamente con uno de los pilares de los límites al *ius puniendi*, consistente en el *principio de lesividad*. En efecto, de acuerdo con este principio, la dañosidad social de la lesión, es requisito de *toda protección jurídica*, del objeto lesionado, ya que todo bien, para ser “jurídico” requiere que los ataques que le afectan, sean trascendentes en la esfera social, en un sentido dañoso, toda vez que si al Derecho en su conjunto, le compete la función de proteger la sociedad, lógico es concluir que sólo podrá intervenir, cuando concurra la referida dañosidad social³³⁸. Por lo tanto, la reacción penal solo puede activarse cuando se ha traspasado o puesto en peligro un bien jurídico, quedando excluidas del ámbito del DP, las meras inmoralidades o las simples contravenciones, ya que mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, debe quedar liberada de la amenaza penal, por cuanto el delito es ante todo lesión del bien jurídico y no una mera violación del deber³³⁹.

El delito y el injusto y, por tanto, la determinación material de los tipos legales, sólo pueden constituirse sobre la base de bienes jurídicos³⁴⁰ y, más precisamente, de *bienes jurídico-penales*, concepto más preciso y restringido, toda vez que de acuerdo con los principios de subsidiariedad y de fragmentariedad, el DP, sólo protege aquellas condiciones de la vida social, que afectan de manera fundamental, las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social y, tratándose de algunos bienes jurídicos, la reacción penal opera únicamente respecto de determinadas formas de ataque, consideradas en extremo como lesivas o peligrosas para el bien jurídico penal³⁴¹. Por lo tanto, cuando se dice que el DP sólo puede proteger “bienes jurídicos”, se utiliza dicha expresión en su “sentido político-criminal”, es decir, como objeto que puede

³³⁵ En un sentido similar, pero entendiendo a la protección de la vigencia de la norma como una función del DP, OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales, valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, op. cit., pp. 23-24).

³³⁶ En un sentido similar, pero entendiendo a la protección de la vigencia de la norma como una función del DP, OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales, valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, op. cit., pp. 23-24).

³³⁷ En un sentido similar, pero entendiendo a la protección de la vigencia de la norma como una función del DP, OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales, valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, op. cit., pp. 23-24).

³³⁸ (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al DP contemporáneo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, p. 276).

³³⁹ (ROXIN, *DP, PG. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pp. 52-53 y POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *DP, PG*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 66).

³⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, p. 15.

³⁴¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 119-121.

reclamar protección jurídico-penal, en contraposición a su “sentido dogmático”, que alude a los objetos que efectivamente protege el DP vigente³⁴².

Lo anterior no admite discusión sobre todo tratándose del *DP nuclear*, en el cual queda fuera de duda el carácter legítimo de la protección de bienes jurídicos fundamentales altamente personales o individuales³⁴³ a través de *delitos de resultado*, como ocurre en el delito de homicidio respecto del bien jurídico de la vida, y en los delitos de lesiones respecto del bien jurídico de la salud individual de las personas^{344/345}. Sin embargo, la sociedad post-industrial, altamente tecnificada, industrializada y globalizada, supone nuevos riesgos derivados del avance de la ciencia en sectores tales como la seguridad de los trabajadores, seguridad del consumo, medio ambiente, genética, informática, energía nuclear, etc. y por lo tanto, surgen nuevos bienes protegidos. Al respecto no existe consenso en la doctrina. Principalmente luego de la obra publicada por el sociólogo alemán Ulrich Beck, “*La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*”, ha surgido una ardua discusión en torno a las características del DP actual³⁴⁶. En efecto, Hefendehl sostiene que nuestro estado actual no puede concebirse sin bienes jurídicos colectivos tales como la adecuada y garantizada asistencia jurídica, la seguridad monetaria y sin unos órganos estatales operantes y afirma que ni siquiera quienes sostienen las llamadas *teorías personalistas del bien jurídico* en Alemania, se limitan a reconocer como tales sólo aquellos bienes jurídicos colectivos que se deriven de forma indirecta de bienes jurídicos individuales³⁴⁷.

En cambio, Silva Sánchez, en una evaluación negativa sostiene que la llamada *sociedad del riesgo* supone la existencia de un DP de dos velocidades, en el cual existen delitos de lesión, propios del DP nuclear protector de bienes jurídicos individuales, en donde prima la pena privativa de la libertad y, por lo tanto, se mantienen la garantías, pero además, existen los llamados delitos de peligro, propios del DP accesorio protector de bienes jurídicos universales, en donde no prima la pena privativa de la libertad y, por ende, podrían relajarse las garantías propias del DP nuclear, primando el carácter simbólico³⁴⁸. A estas categorías, Silva agrega una tercera, constituida por el DP del enemigo, en la cual desaparecen las garantías al entender que no se está en presencia de ciudadanos sino de enemigos³⁴⁹.

En contra de esta opinión, Schünemann, afirma que el DP moderno es un DP *simbólico* toda vez que se basa en funciones latentes tales como la necesidad de actuar, de mostrarse como un estado fuerte, funciones moralizantes, etc., por lo que se trataría

³⁴² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 119-121.

³⁴³ Son bienes jurídicos individuales, aquellos que sirven a los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas (HEFENDEHL, “¿Debe ocuparse el DP de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *RECPC*, p. 3, documento disponible en internet, página: <http://criminnet.ugr.es/recpc>).

³⁴⁴ En el mismo sentido, NESTLER, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, op. cit., p. 63.

³⁴⁵ Si el ataque en contra de la salud fuera supraindividual, el bien jurídico protegido sería la salud pública (PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 615), bien jurídico de naturaleza universal o supraindividual, tutelado en delitos tales como el tráfico ilícito de drogas.

³⁴⁶ BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Editorial Paidós, Barcelona, 1998.

³⁴⁷ HEFENDEHL, “¿Debe ocuparse el DP de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, op. cit., pp. 6-7).

³⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del DP, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pp. 159 y ss.

³⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del DP, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pp. 159 y ss.

de un Derecho orientado a las consecuencias, visto como un medio para la solución de conflictos que no se percibe distinto, por su aptitud y peligrosidad, de otros medios de solución de conflictos³⁵⁰.

Críticamente Hassemer³⁵¹, afirma que ello trae como consecuencia, mayores demandas de criminalización y el cambio de un ordenamiento *última ratio*, por el de un Derecho orientado a la prevención de riesgos futuros, mediante la creación de tipos penales de peligro abstracto, en los que se renuncia, en buena medida, a las garantías procesales y materiales propias del DP clásico, tales como el principio de taxatividad, dada la imprecisión con que son redactados los tipos penales en ámbitos tales como el medio ambiente, el DP económico, la protección de datos, la droga, los impuestos y el comercio exterior y afirma que se trata de una legislación que se ejecuta de manera ineficiente que debiera reducirse hacia el núcleo mínimo del DP, pero asumiendo que, en tanto que el DP no puede hoy renunciar a los bienes jurídicos universales, debe operarse una funcionalización en atención a bienes jurídicos individuales y describir éstos del modo más preciso posible³⁵². En la misma línea crítica se manifiestan Prittwitz³⁵³, Kargl³⁵⁴ y Herzog³⁵⁵.

La postura antes referida pareciera ver un conflicto entre seguridad y libertad, de manera que la intervención del DP constituiría una intervención en la esfera de la libertad. En un sentido distinto, Corcoy Bidasolo afirma que la libertad de los ciudadanos sólo puede ser asegurada mediante la protección de los nuevos riesgos, toda vez que el DP persigue proteger la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del sistema y a partir de ello asegurar el libre desarrollo de la personalidad³⁵⁶. Plantea que la evolución científica, tecnológica, socioeconómica y política, ha llevado al legislador a proteger penalmente nuevos bienes jurídicos y a la doctrina y jurisprudencia a reinterpretar los bienes jurídico-penales tradicionales, así como a sancionar los delitos de peligro y sostiene que el DP simbólico, denota el reconocimiento de la importancia de los nuevos bienes protegidos, lo cual implica proveer de medios a la investigación penal y la posibilidad de crear tribunales especializados en materias complejas como las relativas al medio ambiente, al Derecho societario, etc., señala que el legislador debe establecer tipos penales lo suficientemente determinados, pudiendo para ello recurrir de manera adecuada a la técnica de la ley en blanco en ámbitos en los cuales ello fuere necesario y justificado en razón del bien jurídico protegido, luego, critica la tesis de Silva Sánchez, por considerar que el reconocimiento de tres velocidades de DP,

³⁵⁰ SCHÜNEMANN, "Presentación", en GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del DP y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, p. 14.

³⁵¹ Es uno de los principales exponentes de la llamada Escuela de Frankfurt, aun cuando se critica que se trate de una escuela, dadas las diferencias metodológicas e ideológicas que existen entre sus miembros como refiere SILVA SÁNCHEZ, en el prólogo de la obra *"La insostenible situación del DP"* (La insostenible situación del DP, Editorial Comares, Granada, 2000, p. XII)

³⁵² HASSEMER, "Rasgos y crisis del DP moderno", en *ADPCP*, 1992, pp. 235 y ss.; Hassemer, "DP simbólico y protección de bienes jurídicos", *Nuevo foro penal*, Bogotá, 1991 y en HASSEMER, "La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana", en *ADPCP*, 1993, pp. 35 y ss.

³⁵³ PRITTWITZ, "El DP alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del DP" en *La insostenible situación del DP*, Granada, 2000, pp. 427 y ss.

³⁵⁴ KARGL, "Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena", en *La insostenible situación del DP*, Granada, 2000, pp. 49 y ss.

³⁵⁵ HERZOG, "Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el DP en peligro", en *ADPCP*, 1993, pp. 317 y ss.

³⁵⁶ CORCOY BIDASOLO, "Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos", en *Política criminal y reforma penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, pp. 33 y ss.

conlleva la aceptación de la existencia de tres clases de ciudadanos, de primera, de segunda y de tercera clase y, en una posición cercana a la planteada en Alemania por Stratenwerth, propone la creación de una tercera vía destinada a proteger jurídicopenalmente normas de conductas referidas al futuro, sin olvidar los principios garantistas y sin establecer una relación entre los bienes supraindividuales y los individuales como propone Hassemer, En cuanto a los delitos de peligro abstracto, propone considerar penalmente relevantes al concepto normativo de riesgo, entendido como un peligro *ex ante* conocible y controlable por parte del autor³⁵⁷. El peligro normativo, señala Corcoy, consiste en la probabilidad de lesión de un bien jurídico penal, debiendo suponer dicha probabilidad una entidad rayana en la seguridad de lesión y debiendo tener en cuenta para la legitimidad de la incriminación la entidad del bien jurídico o la ponderación de la utilidad social de la actividad en cuestión, también debe considerarse, nos dice la autora, el consentimiento del afectado en la asunción voluntaria del riesgo, como ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, luego, desde el punto de vista subjetivo, afirma que la idea de exigibilidad y el principio de responsabilidad subjetiva, implican que sólo son relevantes penalmente aquellos peligros que *ex ante* debían ser conocidos a un nivel en la esfera del profano y controlados por el sujeto en cuyo ámbito de dominio se encuentran³⁵⁸. A fin de evitar la doble incriminación, propone la derogación o no creación de tipos que castiguen conductas imprudentes en estos ámbitos, en cuanto a la determinación de la autoría y participación, señala que la persona a quien se atribuye responsabilidad penal, debe tener el dominio funcional del riesgo penalmente relevante, de acuerdo con las competencias que materialmente había asumido³⁵⁹. La responsabilidad dolosa sólo podrá atribuirse a quien conocía el riesgo y la imprudente a quien en su concreta situación, tenía el deber jurídico-penal de haberlos conocido y controlado y, por último, conforme al principio de lesividad, *ex post* debe haberse afectado de manera normativa el bien jurídico penal protegido³⁶⁰.

En una línea parecida a la sostenida por Corcoy Bidasolo, Schünemann critica la teoría monista individualista de bien jurídico sostenida por la llamada escuela de Frankfurt, toda vez que la idea de contrato social creada por Rousseau sólo resulta válida si se concibe como parte del contrato a toda la humanidad incluyendo a las generaciones futuras, lo cual es relevante tratándose de los delitos ambientales, cuyo valor universal estriba en la supervivencia de la especie humana³⁶¹. Lo anterior, dice Schünemann, sumado al consumo abusivo y desaforado de los recursos naturales y a la superpoblación del planeta justifican la existencia de bienes jurídicos ecológicos, razón por la cual critica la idea de considerarlos como meras infracciones administrativas³⁶². En cambio propone trabajar por la elaboración de un DP medioambiental más eficiente

³⁵⁷ CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos”, op. cit., p. 43.

³⁵⁸ CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos”, op. cit., pp. 44-47.

³⁵⁹ CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos”, op. cit., pp. 48-49.

³⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos”, op. cit., pp. 50-51.

³⁶¹ SCHÜNEMANN, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, en *Obras*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, T. I, pp. 225-226.

³⁶² SCHÜNEMANN, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, op. cit., pp. 227-228.

e igualitario³⁶³. En cuanto a los delitos de peligro abstracto, sostiene que la modernidad y su densa red de industrialización, supone un incremento de las interconexiones causales, la existencia de relaciones causales múltiples y la presencia de contextos de acción colectivos que hacen, a su juicio, necesaria la sustitución de los delitos de resultado clásico hacia los delitos de peligro abstracto³⁶⁴. Sostiene, que ello implica identificar los puntos de conexión colectivos en los que debe intervenir una protección eficaz de los bienes jurídicos, no afectar el legítimo ámbito de la libertad del individuo, respetar el principio de determinación y el de proporcionalidad³⁶⁵. Por último, respecto del proceso penal, refiere que las modernas formas de criminalidad organizada implican la necesidad de revisar las reglas tradicionales en virtud de los cambios que en las relaciones sociales dicha criminalidad produce, sin perjuicio de que se establezca un control efectivo para evitar abusos³⁶⁶.

A favor de la modernización del DP, pero sin renunciar a los principios del Estado de Derecho, como lo hace el concepto de DP del enemigo, se pronuncia Gracia Martín³⁶⁷.

De otro lado, parece indudable que la evolución social y cultural implica reinterpretar los bienes jurídicos tradicionales, lo cual supone nuevos desafíos para el legislador en la construcción de los tipos penales basados en la peligrosidad de la conducta, esto es, en el *desvalor del acto*³⁶⁸. También los tribunales, así como los órganos encargados de la persecución penal, deben interpretar los tipos penales y contar con los medios materiales y con los conocimientos especiales a fin de lograr que no se queden únicamente en el carácter simbólico del DP³⁶⁹. Sin embargo, lo anterior no significa renunciar a los límites del *ius puniendi*³⁷⁰. Para que la intervención penal sea legítima, el bien jurídico debe ser objetivamente importante o útil para la estabilidad y desarrollo de la sociedad -utilidad social-³⁷¹ y conforme al ya citado *principio de lesividad u ofensividad, ex ante*, la situación de riesgo o peligro potencial en abstracto para el bien jurídico protegido, debe ser sentida como intolerable por el colectivo social de que se trate³⁷². Sólo en la medida que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa, en abstracto, se respetarán los postulados del Estado de

³⁶³ SCHÜNEMANN, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, op. cit., p. 230.

³⁶⁴ SCHÜNEMANN, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, op. cit., p. 234.

³⁶⁵ SCHÜNEMANN, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, op. cit., pp. 237-238.

³⁶⁶ SCHÜNEMANN, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, op. cit., pp. 239-240.

³⁶⁷ GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del DP y para la crítica del discurso de resistencia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 17 y ss.

³⁶⁸ CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos”, op. cit., p. 51.

³⁶⁹ CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos”, op. cit., p. 51.

³⁷⁰ HASSEMER, “Rasgos y crisis del DP moderno”, en *ADPCP*, 1992, pp. 235 y ss.; Hassemer, “DP simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Nuevo foro penal*, Bogotá, 1991 y en HASSEMER, “La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana”, en *ADPCP*, 1993, pp. 35 y ss.)³⁷⁰ CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos”, op. cit., p. 33-54.

³⁷¹ La utilidad social es esencial a la hora de establecer los límites entre los riesgos permitidos y los jurídico-penalmente relevantes (CORCOY BIDASOLO, *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*, op. cit., pp. 43-44).

³⁷² CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al CP, PE*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, T. II, p. 1555.

Derecho, en particular el *principio de intervención mínima y última ratio* del DP (gravedad del riesgo)³⁷³.

Esta segunda clase de bienes jurídicos son los llamados *bienes jurídicos universales o supraindividuales*³⁷⁴, los cuales generalmente son tutelados en base a tipos penales construidos en torno a la cada vez más usual técnica legislativa de los llamados *delitos de peligro abstracto*³⁷⁵, en los cuales el legislador suele establecer tipos con un

³⁷³ CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos”, op. cit., p. 43.

³⁷⁴ Según Hefendehl, son los que sirven a los intereses de muchas personas, de la generalidad. Un bien será supraindividual cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo. Todo bien jurídico supraindividual se caracteriza, según este autor, por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, por ello no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de la misma (HEFENDEHL, “¿Debe ocuparse el DP de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, op. cit., pp. 3-4).

³⁷⁵ Los delitos de peligro pueden ser *delitos de peligro concreto*, en los que la ley requiere expresamente la creación de una efectiva situación de peligro constatable *ex post* o resultado de peligro (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 229-231). Es decir, la efectiva sensibilización o conmoción del bien jurídico, se juzga sobre la base de la experiencia común y permite concluir (*ex post*) que existió un curso probable que conducía al resultado temido el cual fue impedido por un factor con el cual no era seguro contar. De esta forma, si de acuerdo con la experiencia, era razonable y normal confiar con el factor que impediría el resultado, quiere decir que no hubo un peligro concreto (POLITOFF, *DP, PG*, Editorial ConoSur LexisNexis, Santiago, 2001, T. I, p. 181). Todas estas hipótesis llevan implícita o explícitamente incorporada la *efectividad del peligro* en la descripción legal, razón por la cual es posible sostener que en esta clase de delitos el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo; de modo que el delito queda sólo consumado cuando *ex post* se ha producido realmente el peligro para el objeto de tutela (JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 283). Por su parte, los *delitos de peligro abstracto* son aquellos en los que el legislador prohíbe ciertas conductas que considera *portadoras de un peligro potencial*, sin que sea necesaria la verificación, en sede procesal, del riesgo que se pretende evitar. El *merecimiento de pena* descansa en la *peligrosidad general* de la conducta típica para determinados bienes jurídicos (JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 283). La peligrosidad potencial *ex ante* de una conducta es la *ratio legis* (CEREZO MIR, *Obras completas*, op. cit., T. I, p. 495), sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real y verificable *ex post* de un peligro para el bien jurídico (ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 336). Parte de la doctrina sostiene que en los delitos de peligro abstracto la ley presume de derecho que la realización de la conducta típica pone en peligro el bien jurídico. Por ello se señala que se trata de delitos formales o de mera desobediencia o de *lesión de un deber*, los cuales serían un desliz del legislador (VON HIPPEL, citado por POLITOFF Y MATUS, *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, Editorial LexisNexis, Santiago, 1999, p. 18), por cuanto implicarían una presunción *juris et de iure* de la peligrosidad del comportamiento. Con ellos, un número considerable de hechos no delictivos terminaría incluido en el ámbito de lo delictivo, ya que se limitarían a castigar una conducta, aunque ella, en concreto, carezca de toda *probabilidad de lesión de un bien jurídico*, sancionándose, de este modo, la *mera desobediencia* e infringiéndose con ello el principio *nulla poena sine iniuria* y la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal. Ello es refutado por Beristain, quien sostiene que en estos delitos, si bien no se necesita que se verifique el peligro para que el delito se entienda consumado, se requiere que se acredite la *idoneidad de la conducta* para provocar el peligro, aunque en concreto no lo provoque (HERNÁNDEZ BASUALTO, *Las drogas Ilegales en el DP chileno, análisis crítico de dogmática y política criminal*, memoria de prueba, PUC., 1992, p. 133.). Las acciones u omisiones que se describen en la figura, concretadas a veces en un resultado, son típicamente adecuadas para crear una situación peligrosa (BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en *ADPCP*, 1973, p. 489). Como la ley prohíbe la ejecución de una *conducta peligrosa*, faltaría, por lo tanto, la tipicidad, cuando la que se realiza ha perdido ese significado porque fue orientada con cuidado, esto es, orientando una expresión de voluntad de evitación manifestada exteriormente. Para calificar una conducta como peligrosa, desde una perspectiva penal, habrá que verificar la probabilidad de lesión en el caso concreto, esto es, habrá que realizar una evaluación del riesgo potencial. La cuestión radicaría en determinar la concurrencia de la peligrosidad normativa e intrínseca de la conducta y, por lo tanto, sí es admisible prueba de descargo en el sentido de establecer con seguridad que, en ese caso concreto, la conducta del sujeto activo *no hubo ni pudo haber peligro alguno* para el bien jurídico (POLITOFF, *DP, PG*, op. cit., p. 182). Si se admite la prueba de que en el caso concreto no se presenta el peligro de un bien jurídico, entonces, no se infringe el principio de legalidad; de no ser así, comprendería

alto nivel de indeterminación y de amplitud en desmedro del principio *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, en los que se renuncia a la necesidad de probar el resultado material para el bien jurídico y a la prueba de la relación de causalidad entre la conducta y dicho resultado material³⁷⁶.

4. El bien jurídico penalmente tutelado en el delito de lesiones

Es materia capital determinar cuál es el bien jurídico que tutelan los tipos penales, a fin de interpretar de manera teleológica los preceptos y determinar de manera coherente el ámbito de lo punible, máxime si se considera que en España la estructura diseñada por el legislador al tipificar esta clase de conductas, mantiene viva la polémica de si son punibles a título de lesiones, las llamadas vías de hecho (golpes o malos tratos de obra) que no producen un menoscabo objetivo para la salud de las personas^{377/378}.

En Chile, la necesidad de determinar con claridad el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones es aún mayor, toda vez que, además de la polémica de si son o no punibles a título de lesiones las simples vías de hecho que no producen lesión alguna, debe considerarse que el CPch mantiene en buena parte de sus normas, la misma estructura y defectos que tenía el CPes de 1848, del cual fueron tomadas la mayoría de sus normas y, por lo tanto, el lenguaje utilizado por el legislador al tipificar esta clase de

en el tipo conductas que no son materialmente antijurídicas, se infringiría el principio de legalidad o se produciría un menoscabo de la seguridad jurídica (CEREZO MIR, citado por VILLAMOR LUCÍA, *Delitos de peligro abstracto, una aproximación al DP del enemigo*, p. 2, documento disponible en internet, página: www.cienciaspenales.net). A ello Roxin contra argumenta señalando que ello transformaría los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto; sin embargo, ello no es así, por cuanto en los *delitos de peligro concreto* el peligro dice relación con un resultado separado de la conducta, el cual, por lo tanto, debe ser apreciado *ex post*, en cambio, en los *delitos de peligro abstracto* el concepto de *peligro* dice relación con un juicio de *previsibilidad objetiva* apreciada *ex ante* conforme al criterio normativo del *hombre medio* puesto en el lugar del autor, en el momento del comienzo de la conducta y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente, más las conocidas por él y la experiencia común de la época sobre los cursos causales o saber nomológico (CEREZO MIR, *Obras completas*, op. cit., T. I, pp. 497-498). El principio *nulla poena sine iniuria* o *de lesividad*, exige acreditar que la conducta desplegada por el sujeto activo constituye *ex ante*, un riesgo normativo conocido y controlable, típicamente relevante para el objeto de tutela penal, para que concurra el *desvalor del acto*, conforme a la teoría de la imputación objetiva (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 250; TORIO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en ADPCP, 1986, pp. 33-48 y LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 387). Así, hay que desplazar el análisis desde el desvalor del resultado, propio de los delitos de lesión o de daño, hacia el desvalor de la conducta, exigible tanto en los delitos de mera actividad como en los delitos de resultado. Por lo tanto, en aquellos casos en que no concurra el requisito normativo de la creación de un determinado grado de riesgo para el bien tutelado decae la tipicidad de la conducta y en consecuencia, no puede sostenerse que los delitos de mera actividad sean tipos formales o de mera desobediencia. De esta forma, la situación de peligro *ex ante* opera como límite a la actuación incriminadora del legislador, ya que sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa, en abstracto, se respetarán los postulados del Estado de Derecho, en particular el principio de mínima intervención y *ultima ratio* del DP (Corcoy Bidasolo, *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*, op. cit., p. 43).

³⁷⁶ Ello me parece indesmentible en los delitos de emprendimiento tales como el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, donde se sanciona la cadena productiva de la droga en su totalidad como delito consumado, aun cuando en la práctica en buena medida se trata de actos preparatorios.

³⁷⁷ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. II, p. 1554.

³⁷⁸ En tal sentido, se dice que el bien jurídico protegido es criterio rector en toda labor interpretativa, cualquier interpretación penalmente sostenible, debe partir de una precisa acotación del mismo (CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. II, p. 1554).

conductas es, en muchos casos, ambiguo, razón por la cual, un análisis meramente gramatical conduciría a soluciones insatisfactorias y disímiles.

5. Posturas mantenidas por la doctrina y la jurisprudencia

Adentrándonos en los delitos en contra la salud individual, podemos señalar que mucho han discutido las doctrinas española y chilena acerca de cuál es el objeto de tutela en el delito de lesiones.

Como lo pusimos de manifiesto en el capítulo primero de esta investigación, la doctrina decimonónica sustentó el criterio de la *integridad corporal* o *física* como bien jurídico protegido en los delitos de lesiones³⁷⁹. Si bien, salvo algunas excepciones³⁸⁰, a nivel doctrinal dicho criterio había sido superado hace mucho tiempo por ser excesivamente mecanicista y estrecho, perduró en la jurisprudencia española a lo largo de casi todo el siglo XX³⁸¹. En su sustitución, porque como decía Groizard “el hombre es a la vez cuerpo y espíritu” y “como se hiere a un miembro se puede herir a la mente”, aparece en la Ciencia penal española la idea de que la *integridad corporal* no bastaba para comprender un concepto más amplio constituido por la *salud individual*, como objeto de tutela en esta clase de delitos, idea que, aunque con cierto retraso, también fue aceptada por la jurisprudencia del TS³⁸².

Sin embargo, la discusión sobre el bien jurídico en los delitos de lesiones sigue vigente, coexistiendo en la actualidad tres corrientes de opinión³⁸³. La tesis minoritaria entiende que el bien jurídico protegido en el delito de lesiones es triple, es decir comprende tanto la incolumidad personal, la salud individual y la integridad física. Una parte no despreciable de la doctrina postula, en cambio, que en esta figura penal se

³⁷⁹ Así, por ejemplo, PACHECO, *El CP concordado y comentado*, op. cit., T. III, p. 43.

³⁸⁰ Sin embargo, en Argentina aún existen opiniones que sostienen que en los delitos de lesiones el bien jurídico protegido es la integridad física de las personas. En efecto, afirma Zaffaroni, al referirse al art. 89 del CP argentino: “El bien jurídico es la integridad física de las personas, y ello lo derivamos del resultado descrito, a saber “daño en el cuerpo o en la salud” (ZAFFARONI, “Responsabilidad médica. Aspectos penales”, en BUERES Y ZAFFARONI, *Responsabilidad médica. Aspectos civiles y penales*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 152).

En España aun existen voces que adhieren a esta postura. Así por ejemplo se señala que: “El bien jurídico protegido es la integridad física, constitucionalmente consagrada como derecho fundamental en el art. 15 CE. Con mayor amplitud se ha hablado de la integridad corporal. Se trata de un bien jurídico eminentemente individual (RODRÍGUEZ RAMOS (COORD.) Y OTROS, *CP, concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, Editorial LL, Madrid, 2007, pp. 363-364).

³⁸¹ Ello se aprecia incluso en sentencias de no muy larga data, en las cuales se señala que: “Que la integridad física -bien jurídico protegido por los ilícitos de lesiones- ha sido afectada en este caso, no tiene dudas, y que golpear con un palo- “para imponer respeto”, según autojustificación del procesado- supone una clara intencionalidad de agredir o vulnerar, tampoco es discutible” (SAP de Las Palmas, de fecha 8 de junio de 1998). El mismo bien jurídico refiere otra sentencia al sostener que: “En cuanto a las lesiones hemos de decir que, examinada el acta de la votación (folio 364 del rollo) se aprecia que el Jurado declaró la culpabilidad por las lesiones de los dos perjudicados lo que sin duda es correcto pues “sabido es que al tratarse de delitos contra la integridad física de las personas, el bien jurídico protegido es eminentemente individual, de ahí que cada resultado lesivo dolosamente causado constituye una infracción penal separada” (STS de fecha 16 de febrero de 1999). (Al respecto ver además, GARBÉRÍ LLOBREGAT (Dir.) Y OTROS, *Práctica Jurisprudencial del CP. Análisis temático y sistemático de jurisprudencia penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2006, T. II, pp. 1023-1024).

³⁸² DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, en *CPC*, N° 46, 1992, p. 38-39 y TAMARIT SUMALLA, “La reforma de los delitos de lesiones”, op. cit., pp. 15-16.

³⁸³ GARCÍA GARCÍA - CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 23 y CARDONA LLORENS, *Estudio médico penal del delito de lesiones*, Publicación del Instituto de criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial Edersa, Madrid, 1988, pp. 25-31.

protegen dos bienes jurídicos, constituidos por la salud individual y la integridad corporal. Finalmente, en la actualidad la tendencia mayoritaria sostiene que en esta clase de delitos sólo se defiende un solo bien jurídico, representado por la salud individual.

5.1. La incolumidad personal, la salud y la integridad física como bienes jurídicos tutelados en el delito de lesiones

En España y Argentina la opinión minoritaria sostiene que la incolumidad de la persona es el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones³⁸⁴. Esta parte de la doctrina postula una noción amplia de lesión comprensiva de toda perturbación de la *incolumidad personal*, entendida como el mantenimiento del conjunto del cuerpo humano intacto³⁸⁵. En razón de su extensión, dicho valor serviría de fundamento a las lesiones propiamente tales, a los malos tratos que no representan un menoscabo objetivo para la salud^{386/387} y a cualquier conducta que produzca una perturbación de la salud en sentido amplio (que incluye desde las enfermedades físicas hasta las psíquicas), una disminución en la capacidad laboral de la víctima o un menoscabo de su integridad corporal^{388/389}.

³⁸⁴ Creus señala que en los delitos de lesiones el resultado es un daño que sufre la víctima en su integridad física o psíquica y afirma que la incolumidad de la persona en esos aspectos es, pues, el bien jurídico protegido (CREUS, *DP, PE*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, T.I, p. 73).

³⁸⁵ BERISTAIN IPIÑA, “Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho español y comparado”, op. cit., T. LXII, p. 16 y ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 155.

³⁸⁶ BERISTAIN IPIÑA, “Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho español y comparado”, op. cit., p. 14.

³⁸⁷ Siguiendo a la doctrina alemana de la época, Beristain Ipiña entendía por *maltrato de obra*, una acción u omisión que perturba el bienestar corporal. A su juicio, no basta una perturbación insignificante, pero tampoco se requiere siempre la causación de un dolor o un daño. En su opinión, tampoco exigiría el Código de entonces un contacto físico, un golpe; sino que el texto punitivo hablaría, en gradación de más a menos, de herir, golpear o maltratar de obra. Señalaba además, que pueden considerarse malos tratos, por ejemplo: una bofetada que no deje moretón ni cardenal, un salivazo en la cara, la administración de una bebida de muy mal sabor, un susto que perturba el ritmo fisiológico (para producir este susto bastará, según expresa, un bocinazo de un vehículo próximo, por la espalda), el cortar la barba o el cabello (a veces sería injuria; a veces sería simple maltrato, según la intención del agente), un ruido constante e intenso que llegara a perturbar, brevemente el sistema nervioso. Para este autor, estos y otros muchos casos semejantes quedaban incriminados en el viejo art. 585.1. Además, Beristain Ipiña diferencia los *malos tratos* de la simple *vis física* en que ésta violaría únicamente la libertad de la víctima, mientras que los malos tratos violarían su incolumidad corporal. En ambos casos se trataría de violencia física, pero las circunstancias fácticas, el resultado o la intención (disyuntiva o conjuntamente) diferenciarían unas infracciones de otras. De esta forma, sería *vis física*, pero no malos tratos, la violencia empleada para encerrar o detener a un joven en una habitación confortable (detenciones ilegales del art. 480), pero si la habitación carece de las condiciones elementales de higiene, esas mismas violencias constituirían, en su opinión, un delito de malos tratos -verdaderas lesiones- en concurso ideal con la detención ilegal (BERISTAIN IPIÑA, “Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho español y comparado”, op. cit., p. 15). Al respecto vale la pena hacer presente la cercanía que existe entre este planteamiento y la idea romana de la *iniuria*, en la cual se confundían los ataques en contra de la integridad corporal con los ataques al honor, aun cuando en la actualidad dichos bienes jurídicos difieren notoriamente en importancia, dada la trascendencia que nuestra cultura occidental le otorga a la salud individual en la actualidad y la gran trascendencia que desde el punto de vista práctico tienen los delitos de lesiones (Sobre la importancia práctica que en la actualidad tiene el delito de lesiones ver introducción).

³⁸⁸ GARCÍA GARCÍA - CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 28.

³⁸⁹ Esta tendencia contó en España con cierto apoyo jurisprudencial a partir de la STS de fecha 21 de diciembre de 1978, que afirma expresamente que constituyen lesiones “toda acción u omisión que genera una pérdida o disminución de la integridad corporal humana, o de la capacidad laboral o que causa una perturbación de la incolumidad o bienestar corporal sin menoscabo sobre la salud misma, o que, por

Sin embargo, aquella noción es demasiado compleja, por cuanto involucra una pluralidad de derechos, tales como, el *derecho a la integridad física*, es decir, a no ser privado de ningún miembro u órgano corporal; el *derecho a la salud física y mental*, esto es, a que la persona no sea sometida a procesos de enfermedad que dañen la salud; el *derecho al bienestar corporal y psíquico* o a que no se haga sentir a la persona sensaciones de dolor o sufrimiento, aun cuando ello no implique menoscabo alguno para la salud individual de las personas, como ocurre en el caso de los malos tratos, y el *derecho a la propia apariencia personal* o a que la persona no sea desfigurada en su imagen externa)³⁹⁰.

De lo dicho, podemos concluir que la incolumidad o bienestar personal es un bien jurídico más extenso que la salud individual y, por lo tanto, sólo sería adecuado recurrir a él si se pretendiera sostener que los delitos de lesiones comprenden la falta de malos tratos. Sin embargo, dicha interpretación trae como inmediata consecuencia una no deseable falta de concreción en los delitos de lesiones, que podría llevar, de *lege ferenda*, a una excesiva ampliación del ámbito de intervención del DP en este delito, difícilmente compatible con las exigencias derivadas de los límites al *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho³⁹¹.

La mayor abstracción del objeto jurídico incolumidad o bienestar personal, se corresponde normalmente con ordenamientos que contienen una regulación conjunta de las lesiones y de las agresiones físicas sin resultados lesivos³⁹². Así por ejemplo, en Italia, el CP menciona expresamente el concepto de incolumidad personal como bien jurídico tutelado, y el Título II, Capítulo I de ese texto normativo se denomina: “*Los delitos contra la vida y la incolumidad individual*” y la noción de *incolumidad individual* es entendida por la doctrina italiana como una condición fisiológica del hombre, inmune de enfermedad en el cuerpo y en la mente^{393/394}.

Si bien los malos tratos de obra o violencia que no dejan una huella física se encuentran tipificados como delito tanto en España (arts. 153 y 173.2) como en Chile (art. 14 de la mal llamada Ley de Violencia Intrafamiliar), es bastante discutible que en

último, origine cualquier clase de perturbación de la salud en el aspecto o sentido más laxo”. Dicho concepto coincide con el esbozado por Beristain Ipiña en su obra “Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho español y comparado”, op. cit., pp. 15-16 (al respecto ver BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El Delito de Lesiones*, op. cit., pp. 17-18).

³⁹⁰ GARCÍA GARCÍA - CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 28.

³⁹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 21- 22.

³⁹² TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, en Quintero Olivares, (Dir.), *Comentarios a la PE del DP*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005, p.103.

³⁹³ GARCÍA GARCÍA - CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., pp. 28-29.

³⁹⁴ En Alemania, Feuerbach al definir el concepto de lesión corporal, expresaba una posición bastante semejante a la aquí referida. En efecto, Feuerbach señalaba que: “Lesión corporal es toda agresión antijurídica sobre el cuerpo de otro, llevada a cabo sin intención letal, que no tenga resultado mortal y que perturbe su bienestar, salvo que la acción, por su objeto, finalidad o característica, constituya un crimen diferente” y agrega que: “No es necesaria la perturbación de la salud como en las heridas y semejantes. También se cuentan aquí las violencias externas, incluso aunque no causen ningún dolor. También corresponde a ello el caso de provocación de una enfermedad mental por un medio interno” (FEUERBACH, *Tratado de DP*, op. cit., p. 156). En una posición similar, Mezger definía lesión corporal como: “*el maltrato corporal causado a otro o el daño causado a su salud*”. Sin embargo, a diferencia de Feuerbach, Mezger exigía que la conducta del sujeto activo provocara un dolor de cierta intensidad y sostenía, por lo tanto, que un dolor simplemente psíquico no era suficiente, aún cuando la consecuencia corporal pudiera estar provocada por una actuación psíquica. Con ello, Mezger diferencia claramente el medio empleado y la consecuencia o resultado derivado de la conducta (MEZGER, *DP, PE*, op. cit., T.II, pp. 71-72).

ellas se proteja el mismo bien jurídico que en el delito de lesiones, pareciendo más bien, que en estos casos se protege la integridad moral³⁹⁵.

5.2. La salud individual y la integridad corporal como bienes jurídicos protegidos en el delito de lesiones

Para un sector de la doctrina³⁹⁶ y de la jurisprudencia chilena³⁹⁷, los bienes jurídicos protegidos por el delito de lesiones, son la *salud individual* y la *integridad corporal*, entendiendo por *salud* el bienestar físico, es decir, el buen funcionamiento de los órganos del cuerpo y de la mente, y por *integridad corporal*, el derecho a no ser privado de ningún miembro u órgano. De esta forma, para esta postura, lo protegido es el derecho a no ser privado de ningún miembro u órgano (integridad física), a no sufrir enfermedad (salud corporal y mental), a no padecer dolor o sufrimiento (bienestar físico y psíquico) y a no sufrir deformación corporal (apariencia personal)³⁹⁸.

En Argentina, el art. 89 del CP dispone que: “*se impondrá prisión de un mes a dos años, al que causare a otro en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código*”. Tomando como base el concepto de lesión que proporciona la citada disposición, parte de la doctrina postula que en esta clase de delitos los bienes jurídicos protegidos son dos, a saber, la integridad corporal y la salud de la persona humana, la cual se refiere tanto al aspecto físico como al mental³⁹⁹.

En España, un sector importante de la doctrina^{400/401} y de la jurisprudencia⁴⁰², postula que los bienes jurídicos protegidos en los delitos de lesiones son la *integridad*

³⁹⁵ Al respecto ver Excurso: El problema de la delimitación entre el tipo base y el tipo privilegiado.

³⁹⁶ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2002, T. III, pp. 149-150; LABATUT GLENA, *DP, PE*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2005, T. II, p. 158; ETCHEBERRY, *DP, PE*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1998, T. III, p. 112; COUSIÑO MAC IVER, *Manual de medicina legal*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1962, p.157.

³⁹⁷ En este sentido, se pronunció la SCA de San Miguel, al acoger el recurso de apelación, en causa Rol N° 1265 del año 1996, refiriendo que el comportamiento del sujeto activo ocasionó una consecuencia lesiva en la salud o integridad corporal del sujeto pasivo.

³⁹⁸ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 149-150.

³⁹⁹ En tal sentido se pronuncian DONNA, *DP, PE*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, T. I, p. 259; SOLER, *DP argentino*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 116 y ss.; SOTO LAMADRID, *Lesiones que ponen en peligro la vida*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 24 y TERRAGNI, “Lesiones”, en *CP y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, T. III, pp. 783 y ss.

⁴⁰⁰ Así por ejemplo, Díez Ripollés, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 19; SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p.101; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 160, MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 104; CUADRADO RUÍZ, “Las lesiones”, en ZUGALDÍA ESPINAR Y MARÍN DE ESPINOZA CEBALLO (Dir.), *DP, PE. Delitos contra las personas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, T. I, p. 89; ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La Reforma de las lesiones de 1989”, op. cit., p. 963 y RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, “Delitos contra la salud y la integridad corporal”, op. cit., p. 132.

⁴⁰¹ Si bien no lo dice expresamente, al definir el concepto de lesión, Luzón Peña pareciera adherir a esta postura al referir que: “A la vista de la regulación legal, resulta insuficiente el concepto que de lesión ofrece el Diccionario de la RAE, como “daño corporal causado por golpe, enfermedad o herida”, pudiendo considerar como tal cualquier perturbación de la salud física o psíquica de una persona, transitoria o permanente, o de su integridad corporal, ocasionada por cualquier medio, sin ánimo de producir su muerte” (LUZÓN PEÑA (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 883).

⁴⁰² Así por ejemplo, la sentencia dictada por el TS, de 26 de febrero de 2001, señala que: “En este sentido debemos reiterar que el art. 420 CP de 1.973 -como el art. 147 actualmente vigente- no sólo protege el derecho a la salud física o mental de las personas, sino también, y de manera autónoma, el

corporal y la *salud individual*. En apoyo de dicha opinión, sostienen que la redacción del tipo básico del art. 147. 1. del CP, al definir la lesión como un menoscabo a la integridad corporal o a la salud física o mental del sujeto, refuerza la idea de que los bienes jurídicos protegidos por el delito de lesiones, serían la integridad corporal y la salud individual de las personas, siendo el ataque a la salud la enfermedad, mientras que la agresión a la integridad corporal, se encontraría constituido por la mutilación o inutilización de un órgano o miembro corporal⁴⁰³.

Sin embargo, la tendencia antes referida ha sido criticada, por cuanto la integridad corporal corresponde a un bien instrumental que forma parte de la salud individual⁴⁰⁴. Así, la integridad corporal sólo será objeto de protección en aquellos casos en los cuales conjuntamente resulte afectada la salud individual⁴⁰⁵. Lo anterior no ocurre, por ejemplo, en las operaciones quirúrgicas, para extirpar las amígdalas, un tumor canceroso o una pierna con gangrena, en las cuales la conducta de extirpar atenta contra la integridad corporal, pero no debe ser considerada típica, ya que no redundaría en un perjuicio, sino en un beneficio para la salud⁴⁰⁶. Si bien la doctrina tradicional y la jurisprudencia en España creen necesario justificar estos tipos acudiendo a la eximente del art. 20. 7, la doctrina alemana y un sector de la española excluye de los tipos de lesiones las intervenciones curativas practicadas con arreglo a la *lex artis* y con resultado positivo, toda vez que en estos casos la consideración global de la salud del paciente impide afirmar que se le ha menoscabado (*lesionado*), porque, al contrario, ha resultado *mejorado*⁴⁰⁷. En el CPes ello puede fundamentarse tanto mediante una interpretación atenta al bien jurídico protegido, que no resulta dañado sino beneficiado, como a través de la interpretación del término “lesiones”, que emplea la ley para designar estos delitos, en referencia al estado global del paciente y no tomando sólo en consideración los menoscabos particulares que produce toda intervención⁴⁰⁸. Cabe, asimismo, la vía de negar la imputación objetiva del resultado en sí mismo lesivo de una intervención en definitiva positiva, si ésta supone una “*disminución del riesgo*”, para quienes creen en este criterio, es posible sostener que se produce aquí un supuesto parecido al de quien desvía un golpe dirigido a un órgano vital de otro, hacia otra parte menos importante de su cuerpo, caso en el que se podría negar la imputación objetiva del resultado pese a su indudable causación⁴⁰⁹.

Por lo tanto, si la actividad médica ha sido llevada a cabo de acuerdo con las reglas de la *lex artis*, visto desde el punto de vista de la salud, no puede constituir el tipo

derecho a la integridad corporal de las mismas, según se constata por la utilización de la conjunción disyuntiva “o” en la descripción de la figura delictiva. Quiere ello decir que el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física “... no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca de consentimiento del titular” (STC de fecha 16 de diciembre de 1996), y esta diferenciación tiene también su reflejo en el tipo penal (al respecto ver además, GIMBERNAT ORDEIG Y OTROS, *CP con concordancias y jurisprudencia*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 375).

⁴⁰³ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 104.

⁴⁰⁴ CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, en Vives Antón y otros, *DP, PE*, Editorial Tirant, lo Blanch, Valencia, 2010, p. 131.

⁴⁰⁵ CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 131.

⁴⁰⁶ CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 149.

⁴⁰⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 494.

⁴⁰⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 495.

⁴⁰⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 495 y CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: Eficacia del Consentimiento del Paciente en el Tratamiento Médico Quirúrgico”, en *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos*, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 268.

objetivo de un delito de lesiones, pues, para que la conducta causante del resultado típico pueda considerarse realizadora de la parte objetiva del tipo de lesiones, es necesario que *ex ante* aparezca como creadora de un riesgo típicamente relevante (presupuesto de imputación) y, tratándose de un delito de resultado material, dicho riesgo debe materializarse en un resultado lesivo para el bien jurídico de la salud individual (relación de riesgos), resultado lesivo, que en estos casos claramente no concurre. Sólo cuando el tratamiento médico tiene un resultado negativo para la salud y se ha llevado a cabo al margen de las normas de la *lex artis*⁴¹⁰ puede plantearse el problema de tipicidad por delito de lesiones⁴¹¹. En cambio, si el tratamiento médico es llevado a cabo conforme a las normas de la *lex artis* e incluso mejora la salud individual del paciente, tanto de su consideración física como psíquica, pero se efectúa de manera coactiva o arbitraria⁴¹², la conducta puede ser sancionada no por el delito de lesiones pero sí por el delito de coacciones, en razón de la afectación de la libertad del paciente.

Por otro lado, si el bien jurídico fuera doble, esto es, si en el delito de lesiones, además de la salud individual, se protegiera la integridad corporal, el legislador debería haber acudido a la técnica del delito complejo, mientras que con arreglo a la actual sistemática de las lesiones, basta con lesionar la salud individual (por ejemplo, la salud psicológica) para que se produzca la consumación del delito⁴¹³.

Además, de seguirse hasta las últimas consecuencias el planteamiento dualista, muchos supuestos deberían ser resueltos conforme a las reglas de los concursos de delitos, por haberse vulnerado dos bienes jurídicos distintos, solución que a todas luces parece inaceptable, pues elevaría las penas de manera injustificada, afectándose con esto el principio de proporcionalidad^{414/415}. En tal sentido, los partidarios de la tesis dualista no han obrado en consecuencia, por cuanto tampoco proponen acudir al concurso de delitos, en casos de doble afectación a la salud y a la integridad corporal, no sugiriendo una agravación punitiva⁴¹⁶.

En Chile, la idea de que en el delito de lesiones se protegen dos bienes jurídicos constituidos por la integridad corporal y por la salud individual, también ha sido criticada. Así, Guzmán Dalbora opina que dicha distinción es injustificada, porque no se

⁴¹⁰ Según Jorge Barreiro debe entenderse por *lex artis* “Una serie de reglas técnicas aceptadas generalmente por la ciencia médica para casos similares, pero se ha de ajustar necesariamente a las circunstancias especiales del caso concreto” (JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médica quirúrgica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 25).

⁴¹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 33 y ss.

⁴¹² GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 384.

⁴¹³ TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 17 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 24.

⁴¹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 20; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 87.

⁴¹⁵ Al respecto vale la pena recordar que para afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva, la gravedad de la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho cometido, representada por el grado de nocividad social del ataque al bien jurídico. Por lo tanto, deben rechazarse tanto el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con el hecho, contemplado en la totalidad de sus aspectos. Sin perjuicio de que la relación entre el hecho y la pena que éste merece depende del momento histórico y de factores socioculturales, puede señalarse que el principio de proporcionalidad apunta a la relación entre el merecimiento de pena y el daño social causado y su daño (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 127-129; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al DP contemporáneo*, op. cit., p.260.

⁴¹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 19-20 y TAMARIT SUMALLA, “De las Lesiones”, op. cit., p. 103.

condice con el sentido pluridimensional, pero unitario, de la salud y se ha establecido al abrigo de una diferenciación alambicada, sutil e injustificada entre las mutilaciones y las lesiones en sentido estricto⁴¹⁷.

Es probable que en Chile la tendencia antes esbozada sea una consecuencia del hecho que el legislador en los arts. 395 y siguientes del CP, haya distinguido entre mutilaciones y lesiones cuando en verdad no son sino manifestaciones de un bien jurídico más amplio y de naturaleza pluridimensional, constituido por la salud individual⁴¹⁸.

5.3. La salud individual como único bien jurídico penalmente protegido en el delito de lesiones

A partir de los trabajos publicados por Berdugo Gómez de la Torre, el sector mayoritario de la doctrina española sostiene que la *salud física y mental* es el único bien jurídico protegido en las diversas hipótesis delictivas de lesiones^{419/420}. La integridad

⁴¹⁷ GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, en *Gaceta Jurídica*, 1995, N° 180, p.7.

⁴¹⁸ En tal sentido Zapata Cuéllar expresa que: “De la lectura de los arts. 395 y siguientes se desprende indudablemente que para el CPch el objeto de tutela en el delito de lesiones es doble: la integridad corporal y la salud individual. En efecto, al discriminar él entre las mutilaciones y las lesiones *sensu stricto*, obliga a tal separación. Mas tal distinción carece de base en cuanto “la integridad corporal, a la que se refiere un sector doctrinal y, en parte la literalidad de algún art., no puede constituir el objeto de tutela en la medida que se trata de un bien instrumental, que forma parte de la salud, pero que en determinados supuestos, puede resultar contraria a ésta”. Así pues, la simple extirpación de un órgano gangrenado, constituiría el título delictuoso en estudio, lo cual palmariamente es contrario a toda lógica jurídica. Por nuestra parte propugnamos un concepto amplio, pero unitario de la salud; esto es, el bien jurídico en las lesiones radica en la salud individual o personal, la cual abarca una dimensión física y otra psíquica” (ZAPATA CUÉLLAR, “El Delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal” en *Gaceta Jurídica*, N° 283, 2004, p. 8).

⁴¹⁹ Así por ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 692; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 24; PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones”, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.) Y OTROS, *Compendio de DP, PE*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, V. I, p. 342; BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, pp. 85-86; SUAREZ GONZÁLEZ, “De las lesiones”, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP, Editorial Civitas*, Madrid, 1997, p. 428-429; CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., pp. 132-133 y en VIVES ANTÓN (Dir.), “De las Lesiones”, en *Comentarios al CP de 1995*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, V. I, pp. 788-790; CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 123; GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, en COBO DEL ROSAL (Coord.), *DP español, PE*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pp. 142-143; CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado, Editorial Ediciones Deusto*, Barcelona, 2005, p. 278; DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, op. cit., pp. 39-40; TAMARIT SUMALLA, “De las Lesiones”, op. cit., p. 103; FELIP I SABORIT, “Las Lesiones”, en SILVA SÁNCHEZ, (Dir.), *Lecciones de DP, PE*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, pp. 63-64; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.) y otros, “Las lesiones”, op. cit., T. II, pp. 84-85 y ARROYO ZAPATEROS Y OTROS (Dir.), *Comentarios al CP*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, p. 372.

⁴²⁰ En una posición similar aunque con una nomenclatura diferente, Romeo Casabona sostiene que el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones corporales es la *integridad personal*, entendida en sus proyecciones de *integridad física o corporal* y de *salud física y mental*. Agrega que existe coincidencia en la doctrina sobre su identificación como un sólo bien jurídico, reconociendo su integración a partir de ambas proyecciones. No obstante, reconoce que persisten todavía disparidades acerca de su denominación, utilizándose términos tales como bienestar, salud en sentido amplio, integridad corporal y salud física y mental, integridad y salud personales, etc. (ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad corporal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 204-205). Por su parte, Queralt Jiménez utiliza el término integridad física y mental de las personas para referirse al bien jurídico

corporal no es sino un aspecto o dimensión de la salud individual de las personas, concepto más amplio que no se circunscribe a la mera ausencia de enfermedad^{421/422}. Esta postura dogmática permite superar los inconvenientes que genera la admisión de un bien jurídico doble, al relegar a la integridad corporal a una posición subordinada o instrumental de la salud individual⁴²³. La integridad corporal no constituye un objeto de protección autónomo, sino que sólo pasa a ser un bien jurídico instrumental de la salud, en aquellos casos en que la conducta típica perjudica su mantenimiento o recuperación⁴²⁴. Por lo tanto, no basta con comprobar una disminución de la integridad corporal para afirmar la existencia de una lesión al bien jurídico protegido de la salud individual, sino se requiere que tal disminución suponga una alteración temporal o permanente en el normal funcionamiento del cuerpo humano, ya que existen casos en los cuales una conducta que provoca un menoscabo en el sustrato corporal, supone objetivamente una mejora en la salud de las personas⁴²⁵. Sólo así puede explicarse de forma satisfactoria el carácter atípico de aquellas intervenciones quirúrgicas estéticas llevadas a cabo con apego a la *lex artis*, las cuales, pese a que pueden incidir negativamente en la integridad corporal y que, incluso no tienen una finalidad curativa (extirpación de un lunar benigno, corrección del labio leporino, cirugía estética de nariz, implantes de mama, etc.)⁴²⁶, no deben ser consideradas típicas, toda vez que constituyen una mejora de la salud global, concepto que incluye, por supuesto, a la salud psíquica del paciente, lo cual es de suma importancia si se considera que en la redacción definitiva del CPes ha sido rechazada la eficacia eximente del consentimiento del sujeto pasivo y sólo se le asignó un efecto atenuante de la responsabilidad penal en los delitos

protegido en los delitos de lesiones (QUERALT JIMÉNEZ, *DP español, PE*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010, p. 101).

⁴²¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 21 y 24.

⁴²² En una visión médico legal más o menos coincidente con el concepto de salud individual formulado por la ONU, Cardona Llorens refería que en el delito de lesiones el único bien jurídico protegido es la *integridad biológica*, la cual se encontraría comprendida por el cuerpo y sus funciones, por el cuerpo y su normal funcionamiento. Además, entendía por lesión, toda alteración anatómica o funcional ocasionada por un agente externo o interno. Dicho autor sostenía que el CP de la época consideraba los resultados del delito de lesiones desde cuatro perspectivas que coincidían con los cuatro sistemas biológicos de la referida definición: aquellos que suponían una pérdida de la *estructura corporal* como la castración (art. 418), la mutilación de un órgano o miembro principal (art. 419), la ceguera (art. 420.1), la pérdida de un ojo o de algún miembro principal o haber quedado impedido de él (art. 420.2) y la deformidad o pérdida de un miembro no principal o haber quedado inutilizado de él (art. 420.3); los que inciden sobre las *funciones que sustentan la vida* como los casos de enfermedad (arts. 420.3 y 420.4); sobre la *función reproductiva* como la esterilización (art. 418) y la impotencia (art. 420.1) y, finalmente, los que repercuten sobre la *función de relación*, ya sea consigo mismo, como la imbecilidad (art. 420.1) o con el sistema social, como la inutilidad para el trabajo (art. 420.2) o la incapacidad para el trabajo (arts. 420.3 y 420.4) y, en general, todos los resultados que tipifica el Código, ya que todos condicionan o disminuyen las posibilidades de participación del lesionado en el sistema social (CARDONA LLORENS, *Estudio médico penal del delito de lesiones*, op. cit., pp. 33 - 37).

⁴²³ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 609; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 87 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 24-25.

⁴²⁴ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 609; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 87 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 24-25.

⁴²⁵ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 609; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 87 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 24-25.

⁴²⁶ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 609; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 87 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 24-25.

de lesiones⁴²⁷. Avala esta interpretación, el hecho de que la cirugía transexual, que no tiene efecto alguno en la salud física, encuentra reconocimiento expreso en el art. 156, toda vez que ello redundaría en la salud psicológica del paciente.

Si bien se estima que el art. 147 del CPes parece optar por una posición dualista, al definir la lesión como menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental, nada impide seguir manteniendo la tesis monista dominante en la doctrina, que considera que en realidad nos hallamos ante manifestaciones de un bien jurídico único⁴²⁸.

En Chile, pese a que el Párrafo Tercero del título VIII, del Libro segundo del CP, se titula “*Lesiones corporales*”, un amplio sector de la doctrina, al que adhiero, sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de lesiones es la salud individual, ya que el cuerpo humano debe entenderse en un sentido amplio, comprensivo tanto de la salud física como psíquica, con lo cual la salud es concebida como un concepto amplio, una entidad compleja y plurifacética⁴²⁹. Dicho planteamiento también ha encontrado acogida en la jurisprudencia chilena⁴³⁰.

6. Concepto de salud individual

Una vez determinado el bien jurídico penalmente tutelado en los delitos de lesiones, ha de clarificarse el concepto de salud individual que se va a sostener, para delimitar en mejor medida el ámbito de lo punible. En atención a quién es el llamado a determinar qué ha de entenderse por salud individual, la doctrina ha barajado dos tendencias o conceptos de salud individual. Uno de carácter objetivo, al que suscribo, y otro de orden subjetivo. Partamos por este último.

6.1. Concepto subjetivo de salud individual

Un sector de la doctrina española sostiene un concepto subjetivo de salud individual, el cual parte de la base de que la salud individual es un bien jurídico

⁴²⁷ TAMARIT SUMALLA, “De las Lesiones”, en Quintero Olivares (Dir.), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, op. cit., p. 103.

⁴²⁸ TAMARIT SUMALLA, “De las Lesiones”, op. cit., p. 103.

⁴²⁹ POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 179 y ss.; POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 105-106; y BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005, T. III, p. 40; GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., pp. 7-8; ZAPATA CUÉLLAR, “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., p. 7 y RETTIG ESPINOZA, “Distinción entre lesiones menos graves y leves”, en RODRÍGUEZ COLLAO (Coord.), *Delito, pena y proceso*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 321-323.

⁴³⁰ Así, en sentencia dictada por el 2º TOP de Santiago, con fecha martes siete de abril de dos mil nueve, en causa RIT N° 25-2009, sobre el delito de lesiones graves, se señala que: “**QUINTO:** *Faz objetiva del tipo penal y bien jurídico protegido.* Que en cuanto al hecho contenido en la acusación fiscal debe tenerse en cuenta que para que se configure el tipo penal del delito de lesiones graves previsto y sancionado en el art. 397 N° 2 del CP, por el cual el Ministerio Público acusó, deben concurrir los siguientes elementos: a) un comportamiento, consistente en herir, golpear o maltratar de obra a otro; b) un resultado material consistente en lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días y c) que las lesiones sean objetivamente imputables a la conducta desplegada por el agente, lo cual, obviamente supone, un vínculo previo de causalidad entre la conducta del sujeto activo y las lesiones.

No debe perderse de vista, como criterio interpretativo que el bien jurídico protegido en este delito es la salud individual”.

personalísimo y disponible por parte de su titular, quien es el único que tiene la capacidad de disposición y de decisión de cómo y en qué forma quiere ejercer tal derecho⁴³¹. De esta manera, es el titular del derecho el llamado a definir individualmente cuál es su propio concepto de salud, por tratarse de la forma más evidente de ejercicio del libre desarrollo de su personalidad⁴³². Postula que no existe un único concepto objetivo de salud, como ausencia de enfermedad, sino un concepto subjetivo entendido como bienestar físico, psíquico y social⁴³³.

El derecho a la salud es apreciado como una expresión del ejercicio del derecho a la libertad y a la dignidad, es una expresión fáctica del derecho al libre ejercicio de la personalidad, refiere que el respeto por la dignidad humana y por el derecho a la libertad sólo es efectivo cuando su titular puede ejercerlo disponiendo de todos los bienes jurídicos de los que es titular y, en concreto, de su derecho a la vida y a la salud, por lo tanto cualquier intervención ajena requiere del consentimiento informado del titular del derecho, lo cual evidentemente tiene implicaciones directas en el ámbito de la responsabilidad penal del médico⁴³⁴.

Se sostiene que el Estado tiene sólo el deber de proteger los derechos que la Constitución ampara, pero no el derecho a hacerlo, por lo tanto, no existe tal deber cuando el titular del mismo no quiere ejercer ese derecho, sino, por el contrario, renuncia a él, de esta forma, no se protege la salud individual en sí misma, sino el interés por la salud individual que tiene su titular y por lo tanto, si dicho interés no existe, decae el deber del Estado de protegerlo⁴³⁵.

Esta postura critica aquella tendencia que relativiza la eficacia del consentimiento en la disposición del bien de la salud individual, acorde con la cual existe en dicho bien jurídico un componente supraindividual que determina la concurrencia de la obligación del Estado de protegerlo en contra incluso de la voluntad de su titular, en cambio, afirma que si se prescinde de valoraciones religiosas o éticas en base a las cuales se concluye la existencia de un componente supraindividual de la salud, se debe extraer que estos bienes jurídicos, como todos los demás bienes jurídicos personales, son disponibles por su titular⁴³⁶.

⁴³¹ CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, op. cit., p. 265

⁴³² CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, op. cit., p. 265. En el mismo sentido, Gómez Rivero afirma que: “El planteamiento anterior (relativo a la defensa del libre desarrollo de la personalidad), en la medida en que descansa en la relativización del concepto de salud en términos estrictamente físicos, supone, a su vez, partir de una concepción distinta de aquella, en la que el baremo con el que mensurarla pasa ante todo, por el reconocimiento de un concepto de bienestar psíquico que se manifiesta en la idea más amplia de *bienestar personal*. De hecho, este concepto de salud, lejos de ser una mera elaboración doctrinal o teórica, encuentra acomodo en distintos textos y declaraciones, siendo, sin duda, la que de forma paradigmática refleja esta idea el concepto de salud que ofreciera la OMS en 1947, como “el Estado completo de bienestar físico, psíquico y social” (GÓMEZ RIVERO, *La Responsabilidad Penal del Médico*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 41).

⁴³³ CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, op. cit., p. 282.

⁴³⁴ CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, op. cit., p. 264.

⁴³⁵ CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, op. cit., p. 261.

⁴³⁶ CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, op. cit., p. 282.

Así las cosas, podemos sostener que el concepto subjetivo de salud entendida como bienestar físico, psíquico y social⁴³⁷, es el de la OMS, pero la diferencia se marca en el sujeto que determina su contenido. Este planteamiento es seguido en España y en Chile por parte de la doctrina⁴³⁸.

Precisando el contenido del bien jurídico protegido de la salud individual, según la concepción de la OMS, Córdoba Roda y García Arán sostiene que éste requiere que las condiciones de salubridad se refieran al normal funcionamiento del cuerpo humano y aclaran que la salud personal no se reduce a la mera ausencia de enfermedad en sentido médico estricto, puesto que muchas de las agresiones producidas sobre el cuerpo humano no se traducen en enfermedades, como cuando se provocan heridas que alteran temporal o definitivamente el estado físico del sujeto, entendido en su sentido más amplio⁴³⁹. Por último, sostienen que el concepto de salud involucra un inevitable relativismo, por su referencia a las condiciones en que la víctima desarrollaba su vida o mantenía una determinada calidad de la misma, relativismo impuesto, además, por la evidencia de que también una persona no sana en términos médicos, puede ser víctima de un atentado contra su concreto, aunque disminuido, estado de salubridad⁴⁴⁰.

En cuanto al grado de inseguridad que dicho concepto de salud individual podría generar, se replica aludiendo a las exigencias típicas de la regulación del delito de lesiones en el CPes, las cuales acotan el ámbito de protección penal, proporcionando un límite mínimo a las lesiones, a partir del cual la afectación a la salud resulta penalmente relevante⁴⁴¹. Dicho límite legal mínimo viene representado por la exigencia de que la lesión necesite, al menos, una *primera asistencia facultativa*, en la que puede incluirse hasta la exploración preventiva prediagnóstica⁴⁴². Tal exigencia mínima, se desprende de la interpretación armónica y conjunta de los delitos y las faltas de lesiones (arts. 147 y 617.1 del CPes), cuestión que supone optar por la presencia de un bien jurídico distinto de la salud en la falta del art. 617.2 del CPes, constitutiva del maltrato sin lesión⁴⁴³. Así, la exigencia de un límite mínimo constituido por la necesidad de una *primera asistencia facultativa* resulta imprescindible para obtener un concepto de salud más reducido que el de bienestar personal genérico y para evitar la incriminación como lesión de cualquier situación de incomodidad social, económica o psicológica (a lo que podría conducir el concepto de la OMS), dicha necesidad objetiva debería, según esta opinión, jugar como límite mínimo de la protección penal de la salud y, por tanto, del concepto de lesión⁴⁴⁴.

⁴³⁷ En un concepto similar, con referencia a lo social, Berdugo Gómez de la Torre, afirma que la salud individual debe entenderse como una de las condiciones previas, que posibilitan la participación del individuo en el sistema social, cuyo contenido debe comprender tanto el cuerpo humano y su normal funcionamiento, como la capacidad de disposición sobre el mismo.

⁴³⁸ POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, *DP chileno*, op. cit., pp. 179 y ss.; POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno*, op. cit., pp. 105-106; BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP*, op. cit., p. 40; CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, "Lesiones", op. cit., pp. 131-132; CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., p. 123.

⁴³⁹ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 88.

⁴⁴⁰ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 88.

⁴⁴¹ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 88.

⁴⁴² CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 88.

⁴⁴³ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 88.

⁴⁴⁴ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 88.

6.1.1. Críticas al concepto de salud individual de la OMS

Si bien concuerdo con que nos encontramos ante un bien jurídico personalísimo y disponible, me parece que el respeto por la dignidad del hombre y por el derecho a la libertad no son incompatibles con un concepto objetivo de salud individual, tal y como lo sostendremos a propósito de las implicaciones del bien jurídico protegido por el delito de lesiones, en el ámbito del consentimiento y de la responsabilidad penal del médico.

De otro lado, me parece que si el titular del derecho es el llamado a definir individualmente cuál es su propio concepto de salud, habría tantos conceptos como sujetos existan, sin embargo, la relativización que ello supone para el concepto de salud individual, dificulta la delimitación del ámbito de lo punible y se encuentra en clara tensión con el principio de certeza o seguridad jurídica.

También cabe preguntarse: ¿qué sucede en el caso de aquellas personas menores de edad o con los incapaces?, ¿quién determina el concepto subjetivo de salud individual que ha de regir para ellos?

En otro sentido, la utilización de dicho concepto como única guía interpretativa, llevaría a considerar todo menoscabo del bienestar físico, mental o social como un resultado típico de lesiones, lo cual resulta excesivamente amplio⁴⁴⁵. Además, dicho concepto resulta del todo vago, en lo que dice relación con la idea de *bienestar social*, por cuanto sin mayores concreciones obligaría a considerar típicamente relevante a título de lesiones cualquier molestia personal, lo que se aleja del objeto de protección de los delitos de lesiones⁴⁴⁶, con el consiguiente grado de inseguridad jurídica que de ello se deriva⁴⁴⁷. También, debe tenerse en cuenta que tal definición emana de un organismo internacional de carácter político, que no la construyó con propósitos normativos, ni mucho menos referidos al ámbito del DP. Al respecto hay que tomar en consideración que si bien en el CPes el concepto de lesión juega un papel delimitador de las conductas constitutivas del delito de lesiones, a través de las exigencias de asistencia médica y necesidad de tratamiento médico, en ordenamientos como el chileno no existe tal definición, razón por la cual la asunción de un concepto subjetivo de lesión dejaría prácticamente entregada la determinación del tipo penal a las características y sensibilidades de la víctima, pudiendo incluso llegar a sostenerse la tipificación a título de lesiones, de las simples vías de hecho, pese a que desde un punto de vista objetivo no traen consecuencia alguna para la salud individual del sujeto pasivo.

La referencia a lo “social” es criticable, toda vez que genera un concepto vago e impreciso que introduce un margen de inseguridad jurídica que no se condice con el principio de certeza. Además, la vida, incluso antes que la salud, también posibilita la participación del individuo en el sistema social y, sin embargo, ninguno de los autores que incluye el factor social en la definición de salud individual lo considera, luego en el concepto de vida humana independiente, en el delito de homicidio. Ello demuestra, a mi juicio, que los delitos de lesiones dicen relación con un concepto de salud individual mucho más preciso, delimitado y objetivable, como lo demuestra, por lo demás, la propia redacción del art. 147.1 del CPes.

⁴⁴⁵ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 24.

⁴⁴⁶ En el mismo sentido, Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 24. En Chile, Romo Pizarro, critica esta definición por su vaguedad y señala que en la actualidad se entiende por salud la ausencia de enfermedades, (ROMO PIZARRO, *Medicina legal. Elementos de ciencias forenses*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 240).

⁴⁴⁷ Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 24.

Además, la referencia a lo social lleva a confusión, sobre todo si se tiene en consideración que nos encontramos ante un bien jurídico de naturaleza individual y no supraindividual o universal⁴⁴⁸, como sucede en el caso de los delitos en contra de la salud pública, como el tráfico ilícito de drogas, tipo penal construido en torno a la técnica legislativa de los llamados *delitos de peligro abstracto*, los cuales suelen padecer de un alto nivel de indeterminación y de amplitud en desmedro del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* y en los se renuncia a la necesidad de probar el resultado lesivo para el bien jurídico y a la prueba de la relación típica entre la conducta y el resultado lesivo, reduciéndose considerablemente los presupuestos de la punición y adelantándose las barreras punitivas, con lo cual se pasa por delante de institutos penales de larga data, como el *iter criminis* y la distinción entre *autoría y participación*. Nada de ello ocurre con el delito de lesiones, el cual, además de proteger un bien jurídico de naturaleza individual, constituye un delito de resultado material, en donde es perfectamente posible distinguir tanto la tentativa de la consumación, como la autoría de la participación.

También resulta criticable la referencia a lo social, si se considera que es posible que un sujeto esté en tan mal estado de salud, que antes del ataque sus posibilidades de participar en la sociedad sean prácticamente nulas, ¿Acaso no puede el moribundo ser lesionado? Todo ser humano tiene derecho a la salud por el hecho de ser persona, y como tal, con dignidad humana. Por lo tanto, la salud individual es un derecho humano, individual y personalísimo, pero no absoluto, toda vez que en ciertas circunstancias debe ceder, por ejemplo en casos de legítima defensa, o decisiones médicas de extrema urgencia ante la escasez de recursos. Por ejemplo, si el médico tiene solo un respirador artificial y dos pacientes esperando por él ¿a qué paciente debe proporcionarle el respirador artificial?

Por último, en España, la concurrencia del tipo penal de lesiones no depende de la determinación que de la salud individual realice la víctima, sino de si concurren o no en el caso en cuestión los elementos del tipo y en particular, los de naturaleza normativa contenidos en el concepto de lesión prescrito en el art. 147.1 del CPes, consistente en la *necesidad de asistencia médica o facultativa* en el caso de la falta de lesiones (art. 617.1) y además de un *tratamiento médico o quirúrgico* en el caso de la figura constitutiva de delito.

6.2. Concepto objetivo de salud individual

El concepto objetivo de salud individual, en sentido amplio, comprende el buen funcionamiento del cuerpo humano tanto desde un punto de vista físico como desde el prisma de la salud mental. A partir de este concepto, pueden considerarse lesiones tanto las situaciones de funcionamiento anormal del organismo (enfermedad), como las alteraciones de la configuración del cuerpo humano que supongan una merma funcional en su sentido más amplio (desde una cicatriz hasta la mutilación de un miembro)⁴⁴⁹.

No obstante lo anterior, conviene tener en cuenta que nos encontramos en presencia de un bien jurídico de carácter relativo, toda vez que presenta características peculiares en cada persona y, más aún, en relación a un mismo individuo no siempre presentará el mismo contenido. Así por ejemplo, el contenido concreto de la salud es

⁴⁴⁸ HEFENDEHL, “¿Debe ocuparse el DP de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, op. cit., pp. 3-4.

⁴⁴⁹ FELIP I SABORIT, “Las Lesiones”, op. cit., pp. 63-64.

distinto en un joven que en un anciano, en una persona que sufre una enfermedad o una tara física o mental, que en aquella que no las padece. Sin embargo, como veremos en el capítulo V, la referencia legal a que se lesione a “otro”, es decir a un ser con vida humana independiente, no debe llevarnos a exigir una determinada condición de vitalidad en el producto del parto para ser sujeto pasivo idóneo de homicidio o de lesiones. La ley sólo exige que se trate de una persona viva. Dar muerte o lesionar al recién nacido que, por la conformación de sus órganos u otras circunstancias, está destinado irremediablemente a morir dentro de poco tiempo, es homicidio o lesiones; igualmente, así como también es homicidio o lesiones dar muerte o lesionar al moribundo, al agonizante, al hombre de avanzada edad o al condenado a muerte, en vísperas de su ejecución⁴⁵⁰. Cualquier ser vivo de la especie humana, con existencia independiente, es titular del derecho a la salud individual, independientemente de su condición física y de la edad que tuviere⁴⁵¹.

Así las cosas, creo que la salud individual debe ser entendida como el buen funcionamiento del cuerpo humano tanto desde el punto de vista físico como desde un prisma psíquico. Lo anterior, debe en todo caso, ser complementado con el establecimiento de un concepto claro y nítido de *lesión* como lo exige, por lo demás, el respeto por el principio *nullum crimen nulla poena sine lege certa*.

Así entendida la salud individual, como único bien jurídico protegido en el delito de lesiones, los tipos penales deben ser interpretados conforme a la intensidad o amplitud de la afectación de aquella⁴⁵² (o de la puesta en riesgo de la misma, como sucede en el caso de la tentativa) y por lo tanto, no constituye delito de lesiones la disminución de la integridad corporal que no supone menoscabo de la salud, como un corte de pelo o de la barba, o bien, como los daños a las prótesis artificiales en donde los hechos pueden dar lugar a un delito de daños^{453/454}.

⁴⁵⁰ En este sentido, pero refiriéndose al delito de homicidio, se pronuncia ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 34.

⁴⁵¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 24.

⁴⁵² BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP*, op. cit., p. 57.

⁴⁵³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 25.

⁴⁵⁴ En contra de esta posición, en Argentina, Edgardo Donna sostiene que: “Para que el hecho constituya lesión no es necesario que el sujeto pasivo sienta dolor. Por ejemplo el corte del cabello o de las uñas pueden ser constitutivos del delito, pues se afecta la anatomía del sujeto. Tampoco se exige que exista emanación de sangre, en muchos casos habrá lesiones sin que esto suceda e incluso sin que se note exteriormente. Tal es el caso de fractura de huesos, afectación de músculos, ligamentos, hemorragias internas, etcétera” (DONNA, *DP*, op. cit., p. 136). Coincidiendo con Donna, Creus expone que: “Se discute, sin embargo, si el daño, entendido en el sentido recién expuesto [como toda alteración en la estructura interna o externa del sujeto pasivo, producida por una extirpación de parte de esa estructura (quitar una uña), destrucción de tejidos (cortar la piel), cambio de conformaciones (anudamiento de músculos) o de pigmentaciones (manchas en el cuerpo sin destrucción de tejidos). No es necesario que redunde en un perjuicio estructural o funcional de la víctima; hasta puede producir beneficios en esos aspectos (extirpación de una verruga que afea el rostro, corrección de un desvío del tabique nasal a raíz del golpe aplicado por el agente), sin que desaparezca la tipicidad de la lesión; los autores hablan del derecho de cada persona a conservar su estructura corporal, por defectuosa que sea, como objeto de la protección], para constituir la lesión del art. 89, tiene que recaer sobre partes de la estructura corporal “susceptibles de afectar la eficacia de la actividad vital”, aunque no haya llegado efectivamente a afectarla; para quienes consideran que ése es un requisito necesario del concepto jurídico de daño en el cuerpo, no lo constituyen el corte de las partes que están “naturalmente destinadas a ser cortadas” (pelos, uñas), salvo que se trate de una extirpación o modificación que afecte a la esencia normal de esas partes (p.ej., extirpación del pelo por un procedimiento químico, arrancamiento de uñas) (Núñez). Pero otros no requieren tal calidad en las partes afectadas, de manera que cualquier modificación de ellas (p.ej., el corte del pelo), constituye lesión. En realidad, la discusión parece ociosa, porque cualquier parte del cuerpo desempeña una actividad vital (el pelo cubre y protege, las uñas facilitan la aprehensión), con lo cual el

Sin perjuicio de que a lo largo de esta tesis, el tema será objeto de un profundo análisis, conviene desde ya aclarar que el concepto objetivo de salud individual no implica la posibilidad de que las intervenciones médicas llevadas a cabo sin el consentimiento del paciente, queden impunes cuando ello suponga una mejora objetiva de la salud, muy por el contrario, si bien dicha conducta no afecta el bien jurídico de la salud individual, no es menos cierto que el paciente es, ante todo, un ser humano autónomo, con dignidad y derechos y, por lo tanto, el no respeto de su voluntad a través de un acto médico llevado a cabo sobre un bien tanpreciado como lo es el cuerpo humano en todas sus facetas, conlleva la lesión de otro bien jurídico, consistente en la libertad del paciente para decidir, con toda la información pertinente, si debe o no realizarse el acto médico, razón por la cual, dicha conducta deberá ser sancionada a título de coacciones. Dicha interpretación me parece plenamente acorde con la actual Ley de derechos del paciente española.

7. Implicaciones del bien jurídico protegido en el ámbito del consentimiento y de la responsabilidad penal médica

Sin perjuicio de que el tema del consentimiento será analizado con más detalle en los capítulos venideros, conviene por ahora dejar en claro, la noción que del bien jurídico se adopte en el delito de lesiones, tendrá posteriores consecuencias en el ámbito del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico. Al respecto podemos asociar determinadas consecuencias a cada una de las posturas dogmáticas posibles, como veremos a continuación.

7.1. La integridad corporal

Aquella postura dogmática y jurisprudencial que sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de lesiones es la *integridad física*, necesariamente ve en la actividad médico-quirúrgica una conducta típica de lesiones y por lo tanto, debe recurrir a una causal de justificación, consistente en la de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, basada en este caso, en la práctica de una profesión, para explicar la evidente falta de responsabilidad del médico que realiza la actividad acorde con las reglas de la *lex artis* y con el consentimiento previo e informado de su titular^{455/456/457}. La necesidad de justificar la intervención quirúrgica

corte de esos elementos, aunque su corrección temporal sea conveniente, constituye lesión, sin perjuicio de que la acción pueda integrar otros delitos y hasta ser consumida por ellos (p. ej., las vejaciones en los delitos contra la libertad), (CREUS, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 71).

⁴⁵⁵ Así por ejemplo, en Chile Etcheberry refiere al tratar la causal de justificación de *ejercicio legítimo de un oficio o profesión*, que: “El caso más importante que aquí se sitúa es el de las lesiones resultantes de un tratamiento médico-quirúrgico. Ello, siempre que el tratamiento en cuestión haya tenido por objeto, precisamente, causar una lesión (amputación de miembro, herida, etc.)” y agrega que: “Entre nosotros, no puede haber duda de que las lesiones provocadas deliberadamente en un tratamiento médico-quirúrgico resultan justificadas por el ejercicio legítimo de una profesión, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: 1) El consentimiento del paciente, que es un prerrequisito, y no la fuente de la justificación, ya que si se tratara del simple consentimiento, éste podría también darse para que operara un lego, y en tal caso, indudablemente, ya no habría justificación. Nuestra ley reserva a los médicos el ejercicio de estas actividades (art. 313 a) del CP y art. 112 del Código Sanitario). Si el paciente no puede consentir válidamente (niño, demente), habrá que obtener el de sus padres o guardadores. Si no se puede solicitar el consentimiento (caso del herido en accidente que llega sin conocimiento y para ser operado al momento), debe existir al menos presuntivamente, esto es, cabe darlo por concedido cuando la intervención no puede evitarse ni retrasarse sin grave riesgo para la vida de la persona; 2) Que se obre de acuerdo a las reglas del arte. Si se causa mal por negligencia o imprudencia, o si la intervención no era razonablemente necesaria

parte de la base de que la operación es una agresión a la integridad corporal y, por la tanto, una lesión^{458/459}. Esta postura sostiene la indisponibilidad del propio cuerpo y, por lo tanto, la irrelevancia de la voluntad del paciente, en relación con su salud y, por ende, del consentimiento para justificar la intervención médica, además de la obligación de someterse a la terapia elegida por el médico.

Sin embargo, esta posición es criticable, ya que como ya se dijo más arriba, no constituye el tipo penal de lesiones, la acción que supone una mejora para la salud, aunque incida negativamente en la integridad corporal, como ocurre en la actividad médico-quirúrgica⁴⁶⁰, en la que por ejemplo, no es típica la mutilación de una extremidad afectada con gangrena siempre y cuando dicha actividad médica sea llevada a cabo con apego a las reglas de la *lex artis* y con el consentimiento libre, expreso, válido e informado del paciente. Por ello no es necesario recurrir a causal de justificación alguna para explicar la ausencia de responsabilidad penal del médico que se desempeña de la manera antes indicada, toda vez que el paciente respecto del cual se realiza la actividad médica ya tiene su salud quebrantada y, en consecuencia, la actividad del médico tiene por finalidad curar una lesión preexistente para la salud, por

o conveniente, habrá lugar a responsabilidad penal (art. 491)", (ETCHEBERRY, *DP, PG*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1998, T. I, pp. 247-248).

⁴⁵⁶ En España, en 1964, al comentar el Código de la época, Cobo del Rosal negaba toda relevancia al consentimiento en las lesiones, pero sostenía que la justificación del médico quedaba enmarcada en el ejercicio legítimo de un oficio, eximente contemplada en el art. 8.11 del CPes de entonces, pero señalaba que esta eximente no amparaba totalmente y siempre al médico, sino que sólo le legitimaba en general para el ejercicio de su profesión; en el caso concreto esto no era suficiente, ya que sería precisa la voluntad concorde del paciente, para dar legitimidad al médico para realizar la intervención (COBO DEL ROSAL, "Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el CP", en *ADPCP*, 1964, p. 263 y ss. y en ROMEO CASABONA, *El médico y el DP*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 48).

⁴⁵⁷ En Argentina Fontán Balestra sostenía esta postura al referir que: "En el ordenamiento jurídico argentino es dentro del *legítimo ejercicio de un derecho* donde deben ser incluidas las lesiones y la muerte causadas por los profesionales del arte de curar en el ejercicio de su profesión, aun cuando, como veredas, puede importar algunas veces cumplimiento de la ley y, en general, la justificante debe ser completada con el *consentimiento del interesado*. Es preciso, además, que los actos de quien ejerce alguna rama del arte de curar, *tengan por objeto el mejoramiento de la salud del que consiente o de un tercero*. Esa finalidad es esencial a la licitud del hecho, con independencia de que el fin perseguido se logre o no. También comprendemos en el fin de la justificante el mejoramiento de la salud de un tercero, aunque se empeore la del que consiente, pues ello es lo que ocurre cuando se dona sangre, un ojo, un riñón, etcétera. De otro modo, ni el consentimiento es válido, puesto que no se trata de un bien disponible, ni el que actúa está ejerciendo su derecho legítimo, por razón del fin distinto, lo que transforma el acto quirúrgico en una lesión de las previstas en el CP. Reunidos los derechos señalados por parte del profesional, en los casos en que el interesado no está obligado a tratarse, es necesario su consentimiento. Aquí el consentimiento completa la justificante. Es el supuesto más frecuente (FONTÁN BALESTRA, *DP. Introducción y PG*, Editorial Abeledo-Perrot Buenos Aires, 1998, pp. 277-278).

⁴⁵⁸ CORCOY BIDASOLO, "Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico", op. cit., p. 267.

⁴⁵⁹ Así, al tratar el delito de lesiones en la actividad médica, una sentencia española refiere que: "La agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal. Por ello mismo, la antijuridicidad de tal acción quedará excluida como elemento consustancial de todo hecho delictivo siempre que tal agresión a la incolumidad corporal protegida constitucional y penalmente, haya tenido lugar con observancia de las normas que configuran la *lex artis* que debe regir la actuación del sujeto activo, de suerte que, cuando la intervención traumática y agresiva que sufre el ser humano se produce no sólo de espaldas a la *lex artis*, sino en oposición frontal a la misma, la antijuridicidad de la acción aparece patente y, consecuentemente, el reproche penal si en el hecho concurren los demás requisitos que configuran el tipo" (STS de 26 de febrero de 2001. Al respecto ver GIMBERNAT ORDEIG Y OTROS, "De las lesiones", en *CP con concordancias y jurisprudencia*, op. cit., p. 382).

⁴⁶⁰ En el mismo sentido, Muñoz Conde, apoyándose en Berdugo Gómez de la Torre, en MUÑOZ CONDE *DP, PE*, op. cit., p. 109.

lo que su conducta no crea un riesgo típicamente relevante que determine la relevancia penal de su conducta⁴⁶¹.

De otro lado, dicha postura no resuelve de manera adecuada el caso de actuaciones médicas correctamente realizadas por alguien que carece de la condición legal de médico, ya que de seguir este planteamiento hasta las últimas consecuencias, como el sujeto no obra en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, habría que sancionarlo por el delito de lesiones o de homicidio según sea el caso, siendo que en las mismas circunstancias habríamos negado el castigo para el médico⁴⁶². Afirmar la responsabilidad penal en estos casos, resulta del todo insatisfactorio, sobre todo si se tiene en cuenta que un intruso sólo podrá realizar una operación correcta cuando tenga suficientes conocimientos de Medicina y ello tendrá lugar normalmente en personas que se hallan en posesión de un título no reconocido en el país en donde se practica la actividad médica, estudiantes de últimos cursos que practican pequeñas intervenciones o, en todo caso, curanderos con experiencia⁴⁶³. Por lo tanto, debe negarse la tipicidad a título de lesiones en las operaciones curativas realizadas por el intruso de manera correcta, con éxito y con el consentimiento del paciente⁴⁶⁴. Sin embargo realizar actos propios de una profesión careciendo de las condiciones legalmente requeridas constituye un delito de intrusismo sancionado en el art. 403 del CPes⁴⁶⁵.

7.2. Concepto subjetivo de salud individual

Para esta postura, el nuevo contenido del bien jurídico protegido en el delito de lesiones obliga a afirmar que la actividad médica llevada a cabo con el consentimiento del paciente no es, en sí misma, típica, por lo que no es necesario justificarla⁴⁶⁶.

La intervención médica sólo será atípica cuando sea consentida libre e informadamente por el paciente. En consecuencia, el consentimiento informado del paciente pasa a ser un requisito indispensable para que la intervención médica no sea directamente calificada de lesiones o, en su caso de coacciones⁴⁶⁷. Por lo tanto, salvo algunas excepciones (por ejemplo una intervención de urgencia), cualquier actividad médica realizada sin el consentimiento del paciente o, en su caso, de los familiares, tiene relevancia penal aun cuando mejore su salud física desde un punto de vista objetivo o disminuya el riesgo de muerte⁴⁶⁸.

⁴⁶¹ CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, op. cit., p. 268; ANTÓN ONECA, op. cit., pp. 31 y ss.; MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 494 y ss.; JORGE BARREIRO, “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente”, en *CPC*, número 16, 1982, pp. 5 y ss.

⁴⁶² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 497.

⁴⁶³ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 497.

⁴⁶⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 497.

⁴⁶⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 497.

⁴⁶⁶ CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia versus consentimiento”, en CASADO (Dir.) *Bioética, Derecho y sociedad*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 111.

⁴⁶⁷ Así, se sostiene que la calificación de la intervención médica sin consentimiento como lesiones por imprudencia debería fundamentarse en una concepción subjetiva de la salud, porque, aun cuando la intervención no consentida mejore la salud objetiva (pronóstico de vida), al no ser querida por el titular lesiona su salud subjetiva, desde el punto de vista del bienestar físico-psíquico de la persona afectada (CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., p. 124 y en CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia versus consentimiento”, op. cit., pp. 112-113).

⁴⁶⁸ CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales”, op. cit., p. 269. Así por ejemplo tendría relevancia jurídico penal atacar un tumor cancerígeno extirpando por completo las cuerdas bucales, aun cuando ésta fuera la medida más adecuada para disminuir el riesgo de

En tal sentido, Corcoy Bidasolo opina que el respeto por la dignidad de la persona y por la libertad, determinan que cualquier intervención médica ajena que pretenda mejorar la salud, entendida ésta como algo puramente objetivo, es decir, como tradicionalmente se ha definido la salud en el sentido de “alargamiento de la vida”, deba contar con el consentimiento informado del paciente, se sostiene que el Estado tiene sólo el deber de proteger los derechos que la Constitución ampara, pero no el derecho a hacerlo, por lo tanto, no existe tal deber cuando el titular del mismo no quiere ejercer ese derecho, sino que por el contrario, renuncia a él, por lo tanto, no se protege la salud individual en sí misma, sino el interés por la salud individual que tiene su titular, por lo tanto, en el supuesto de que ese interés por la salud individual no exista, automáticamente, decae el deber de protegerlo que incumbe al Estado⁴⁶⁹.

De otro lado, este planteamiento permitiría considerar atípicas intervenciones médicas que disminuyan las posibilidades de vida, es decir, que creen un riesgo para la vida, cuando esa intervención haya sido elegida por el paciente por considerarla la medida más adecuada para mejorar su bienestar físico y psíquico, como sucede en muchas de las operaciones de cirugía estética, por lo tanto, el consentimiento es necesario para excluir la relevancia penal de la actividad médica e implica que el objeto de ese consentimiento no debe versar, únicamente, sobre la realización de una intervención médica, sino que debe recaer también, sobre la modalidad concreta de intervención médica que desea⁴⁷⁰. Por tanto, este concepto de salud, como derecho del paciente, se configura como límite fundamental a la libertad de terapia, como derecho del facultativo, en consecuencia, la libertad de terapia pasa a ser un derecho del paciente, que involucra una serie de deberes por parte del facultativo, entre los cuales se cuenta el deber de información, el derecho a la elección de terapia por parte del paciente (con algunas limitaciones) y, la posibilidad del paciente de rechazar el tratamiento⁴⁷¹.

7.3. Concepto objetivo de salud individual

Como lo dijimos unas líneas atrás, parte de la doctrina española y chilena define la salud individual como el buen funcionamiento del cuerpo humano tanto desde el punto de vista físico como desde un prisma psíquico.

Como señalamos en su momento, el CPes de 1995 concibe a los delitos de lesiones como delitos en contra de la salud individual, de manera que la actividad médica resulta atípica, cuando la misma supone un beneficio para la salud individual en su conjunto, aun cuando con ello pudiera verse afectada la integridad corporal⁴⁷². Por lo tanto, no es necesario recurrir a las causales de justificación, toda vez que el resultado mismo no se encuadra en el concepto normativo de lesión.

muerte, es decir, alargar las posibilidades de vida, si el paciente no hubiera consentido por preferir otras terapias menos agresivas, en la conciencia de que con ello disminuían sus posibilidades de vida.

⁴⁶⁹ CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales, op. cit., p. 261.

⁴⁷⁰ CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales, op. cit., p. 261.

⁴⁷¹ CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales, op. cit., p. 261.

⁴⁷² Para Stratenwerth en el caso de las lesiones producidas por una intervención médica curativa llevada a cabo conforme a la *lex artis* con consentimiento del paciente, parece evidente, en efecto, que debe excluirse ya la tipicidad (STRATENWERTH, DP, PG, *El hecho punible*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, T. I, p. 212).

Entendida la salud individual desde un prisma objetivo, en principio, la intervención médica tampoco podría ser considerada típica si el resultado es positivo o beneficioso para la salud *en su conjunto*, aun cuando la actuación médica se realice en contra de la voluntad del paciente, toda vez que normativamente hablando, no se puede catalogar de lesión un resultado que beneficia a la *salud física y psíquica*.

No obstante lo anterior, hay que tener en consideración que el concepto objetivo de salud individual *no* coincide necesariamente con la idea de *alargamiento de la vida*. En efecto, si somos consecuentes con el *carácter pluridimensional* del concepto de salud individual comprensiva no solo de la salud física sino también del buen estado de la *psiquis* del sujeto, deberíamos concluir que un tratamiento médico altamente invasivo, llevado a cabo en contra de la voluntad del paciente o sin su consentimiento, puede ser calificado jurídicamente de lesiones, a pesar de que permita alargar su vida, cuando por ejemplo, deje sumido a la persona en un cuadro depresivo que afecte su salud psíquica. Así, podría suceder, por ejemplo, si para lograr mantener al sujeto con vida sea necesario cortarle las piernas, someterlo a intensas y dolorosas sesiones de quimioterapia no queridas por el paciente, extirparle las cuerdas vocales o los órganos reproductivos. En estos casos resulta evidente que el riesgo corre por cuenta del médico, toda vez que si el paciente no ha consentido en la realización de la intervención médica, no estuvo en posición de poder asumir el riesgo que de ella se derivó, razón por la cual no puede obligársele a soportar los efectos de aquella actuación médica. Sostener lo contrario, implicaría aceptar que el alargamiento de la vida es una carta blanca para que el médico realice actividades quirúrgicas de gran magnitud en el paciente, con consecuencias irreversibles, aun en contra de su voluntad, con la sola amenaza de incurrir en el delito de coacciones, cuya pena puede resultar insuficiente en atención a la elevada afectación sufrida por el paciente, debido a la actividad quirúrgica llevada a efecto en contra de su voluntad. Lo contrario equivale a sostener la cosificación del ser humano, el cual pasaría a ser un mero objeto de un fin supuestamente mayor, consistente en el alargamiento de la vida.

Por lo tanto, si bien es correcto entender el concepto de salud individual como el buen funcionamiento del cuerpo humano, tanto en su esfera física como psíquica, ello no significa que dicho bien jurídico no reconozca límite alguno, muy por el contrario, reconoce como límite la dignidad del ser humano y el respeto por el libre desarrollo de su personalidad, lo cual supone la exigencia del consentimiento informado como presupuesto de licitud de la intervención médica para garantizar la tutela de la libertad de decisión del paciente⁴⁷³. Por lo tanto, la actividad médica necesita para su licitud del consentimiento válido, es decir otorgado por persona capaz, libre, expreso, espontáneo e informado del paciente⁴⁷⁴. De lo contrario, es decir, si el médico actúa en contra de la voluntad del paciente, comete un atentado a la libertad que debiera ser sancionado a

⁴⁷³ En tal sentido Corcoy Bidasolo refiere que: “Paralelamente a la evolución científica que permite la coexistencia de terapias alternativas, se han producido cambios sociales y jurídicos que determinan el establecimiento de una nueva relación entre el facultativo y el paciente, donde se pasa de una posición jerárquica del primero respecto del segundo a una situación de igualdad entre ambos (CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales, op. cit., p. 266).

⁴⁷⁴ Discrepando con la idea de un concepto objetivo de salud individual, Corcoy Bidasolo sostiene: “Respecto del derecho a la salud, el respeto a la dignidad de la persona y, muy especialmente, a la libertad determina que deba ser el titular quien defina individualmente cuál es su concepto de salud, como la forma más evidente de ejercicio del libre desarrollo de la personalidad prohibiendo, en consecuencia, cualquier intervención ajena que pretenda mejorar la salud, entendida ésta como algo puramente objetivo, es decir, como tradicionalmente se ha definido la salud en el sentido de alargamiento de la vida” (CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales, op. cit., p. 265).

título de coacciones^{475/476}. Sin embargo, me parece del todo más aconsejable la solución que han seguido algunos países como Portugal o Austria, en los cuales el problema tiene solución expresa en la ley. Así, en Códigos penales austriaco, parágrafo 110⁴⁷⁷, y portugués, dentro de los delitos contra la libertad, art. 156, se sanciona expresamente el tratamiento médico arbitrario⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ En el mismo sentido, GALÁN CORTÉZ, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 384; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 272-273; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., pp. 80-81; ROMEO CASABONA, *El médico y el DP*, op. cit., pp. 357-358; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 136-159; ASÚA BATARRITA Y DE LA MATA, “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado”, en *LL*, 1990, p. 865 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, p. 111; GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., 145-146; BAJO FERNÁNDEZ, “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, en *ADPCP*, 1979, CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 131; ZAFFARONI, “Responsabilidad médica. Aspectos penales”, op. cit., p. 168-170; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1992, T. IV, p. 679 y BUENO ARÚS, “*Limites al consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del DP*”, *PJ*, N° 15, 1985, p. 16.

⁴⁷⁶ No es óbice para la aplicación del delito de coacciones, la exigencia del uso de violencia contenida en el art. 172 del CPes. En efecto, si bien desde un punto de vista ontológico la violencia puede ser definida como el uso de fuerza física sobre el cuerpo de otra persona, la evolución de la jurisprudencia atendida a la normativización de dicho concepto, incluyendo en él no sólo el uso de fuerza física contra otra persona, sino también la intimidación con la causación de un mal inmediato, el uso de fuerza en las cosas y el recurso a cualquier vía de hecho, aun omisiva, para impedir a otra persona el ejercicio de sus derechos (en tal sentido, STS de fecha 24 de marzo de 1983). En la actualidad, más allá de las posibles fricciones que puedan producirse con el principio de legalidad y en particular con la prohibición de *analogía in malam partem* contenida en el art. 4 del CPes, la jurisprudencia, incluso, tiende a prescindir del requisito de la violencia, considerando coacción punible cualquier privación ilegítima de derechos ajenos no encuadrable en ningún otro tipo delictivo (Así, en STS de fecha 11 de julio de 2001 y en SAP de Barcelona de fecha 27 de diciembre de 1999). Lo relevante a mi juicio a la hora de apreciar la concurrencia de la violencia es la aptitud, apreciada *ex antes*, de la conducta del sujeto activo para bloquear o entorpecer la voluntad del sujeto pasivo (al respecto ver RAGUÉZ I VALLÉS, “Las coacciones”, en SILVA SÁNCHEZ, (Dir.), *Lecciones de DP, PE*, Editorial Atelier, Barcelona, 2006, pp. 88-89 y MORÁN MORA, “De las coacciones”, en Quintero Olivares, (Dir.), *Comentarios a la PE del DP*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 249-255).

⁴⁷⁷ De acuerdo con este punto de vista, Zipf al comentar favorablemente el parágrafo 110 del CP Austriaco, afirma que un ordenamiento jurídico que quiera proteger penalmente el derecho de libre disposición del paciente solo lo lograra adecuadamente a través de la creación de un tipo penal autónomo que regule el tratamiento curativo realizado sin consentimiento (ZIPF, “Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el DP alemán y austriaco. Consideración especial del trasplante de órganos”, en MIR PUIG (Dir.), *Avances de la medicina y DP*, Barcelona, 1988, p. 153). En contra de esta opinión se manifestaba en su oportunidad Jiménez de Asúa al afirmar que “Después de aquel brote en favor de la configuración del tratamiento médico arbitrario como delito (se refiere al llamado DP en formación de principios del siglo XX), nos pareció que venía el abandono del propósito y por eso no figura en los Códigos que se han ido componiendo en este siglo. No podíamos menos de celebrarlo. Basta con que las leyes definan una amplia figura de coacción —obligar a hacer lo que no se quiere, sea justo o injusto— como lo ha hecho el Código penal de España, para que la arbitrariedad de un tratamiento médico que no se justifique por urgente necesidad, tenga su adecuada y benigna sanción. Pero es el caso que el Proyecto alemán de 1962, consagra su § 162 al “tratamiento arbitrario con el fin de curar” (JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 679).

⁴⁷⁸ En este sentido se pronuncia Galán Cortez al referir que: “Creemos que podría tenderse a la tipificación expresa de la figura del tratamiento médico arbitrario si realmente quiere respetarse con absoluta garantía la voluntad del paciente de un modo real y no ficticio, y dotarse a este respecto de una protección de índole penal (GALÁN CORTÉZ, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., p. 384). Por su parte Zaffaroni señala que: “Como ya lo adelantáramos, en algunos códigos y más en algunos proyectos, se pensó en la inclusión de un tratamiento médico arbitrario; nosotros no lo tenemos. Sin embargo, en estos casos de tratamientos o intervenciones quirúrgicas arbitrarias, el bien jurídico afectado sería otro, pues se afectaría la libertad del paciente en función de la falta de consentimiento; pero

Desde el prisma de la doctrina, Galán Cortez, si bien es partidario de la tipificación autónoma del tratamiento médico arbitrario, sostiene que resulta muy discutible que un tratamiento médico curativo, ajustado a la *lex artis*, pueda subsumirse en un tipo de lesiones u homicidio, por lo que en todo caso sería el delito de coacciones el más adecuado para sancionar esta clase de conductas⁴⁷⁹. También Gómez Rivero concluye que la actividad médica realizada con finalidad curativa y practicada conforme a las reglas de la *lex artis* queda al margen de los tipos de lesiones por carecer del desvalor de acción y agrega que cuando la intervención terapéutica cuidadosa se realice sin contar con la voluntad del enfermo, la protección penal habrá de discurrir, en su caso, por los tipos que se orientan a la tutela de la libertad, básicamente, los delitos de coacciones y detenciones ilegales⁴⁸⁰. Del mismo modo, en Argentina, Zaffaroni señala que realizar una intervención quirúrgica contra la voluntad del paciente, puede dar lugar a un delito contra la libertad, pero no le hace perder a la lesión quirúrgica su naturaleza atípica, es decir no la vuelve típica y agrega que si es indispensable intervenir quirúrgicamente, para salvar la vida y el sujeto no da su consentimiento y contra su voluntad se le interviene, habrá una afectación a su libertad, y eventualmente un delito de privación de libertad, pero eso no convierte a la intervención en lesiones⁴⁸¹. Además refiere el citado autor, que distinto es el caso de la intervención que no tiene finalidad terapéutica como podría acontecer con una cirugía estética, la que, por ende no tiene la finalidad de mejorar la salud⁴⁸². Nadie puede pretender intervenirme forzosamente para corregirme la forma de mi nariz y darle un aspecto más agradable, ni tampoco quitarme una arruga de la frente, si no es mi voluntad⁴⁸³. En estos casos estaríamos en presencia de lesiones jurídico-penalmente relevantes⁴⁸⁴. Lo cierto, es que un tratamiento médico con resultado positivo desde el punto de vista objetivo, tanto para la salud física como psíquica, no es punible a título de lesiones aun cuando sea llevado a cabo en contra de la voluntad del paciente, pero si resulta punible a título de coacciones. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando el tratamiento médico, llevado a cabo en contra de la voluntad del paciente, tiene un resultado negativo, toda vez que en dicha situación no puede argumentarse que exista una curación o que dicho resultado no se puede incluir en el término lesión y, por lo tanto, no puede descartarse la sanción a título de lesiones.

De otro lado, considerando que el bien jurídico de la salud individual comprende a la salud psíquica y la libertad del individuo derivada de su dignidad, me parece que la única solución posible es estimar atípicas las actuaciones médicas estéticas que pese a no disminuir ningún riesgo para la salud del paciente, mejoran algún defecto físico o estético y con ello la salud psíquica de la persona, como sucede también en el caso de las operaciones transexuales.

Ahora bien, entendiendo que en la especie nos encontramos ante un bien jurídico disponible, conclusión que extraemos a partir de la dignidad del hombre y de la libertad

este factor no convertiría a la lesión en típica, a la lesión quirúrgica en delito de lesión” (ZAFFARONI, “Responsabilidad médica. Aspectos penales”, op. cit., p. 170).

⁴⁷⁹ GALÁN CORTÉZ, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., p. 384.

⁴⁸⁰ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 272-273.

⁴⁸¹ ZAFFARONI, “Responsabilidad médica. Aspectos penales”, op. cit., p. 168-170. En el mismo sentido, BERDUGO, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 81-82.

⁴⁸² ZAFFARONI, “Responsabilidad médica. Aspectos penales”, op. cit., p. 168-170. En el mismo sentido, BERDUGO, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 81-82.

⁴⁸³ ZAFFARONI, “Responsabilidad médica. Aspectos penales”, op. cit., p. 168-170. En el mismo sentido, BERDUGO, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 81-82.

⁴⁸⁴ ZAFFARONI, “Responsabilidad médica. Aspectos penales”, op. cit., p. 168-170. En el mismo sentido, BERDUGO, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 81-82.

de la cual goza por el hecho de ser tal, creo que también son atípicas intervenciones médicas que disminuyan las posibilidades de vida, es decir, que creen un riesgo para la vida, cuando esa intervención haya sido elegida por el paciente por considerarla la medida más adecuada para mejorar su bienestar físico y psíquico, siempre y cuando, haya prestado su consentimiento de manera válida, con pleno conocimiento de los tratamientos disponibles, así como respecto de la terapia que en definitiva se seguirá y de las posibles consecuencias que de ello pudieren generarse. Además, cualquier tratamiento médico involucra riesgos y ha de ser el titular del derecho, quien decida acerca de aquellos que desea asumir.

8. Panorama en el APCPCH

La propuesta inicial del Párrafo Tercero, del título primero, del Libro II, del APCPCH señala: “*De las lesiones corporales*”, lo que busca superar la discusión sobre cuál sería el bien jurídico protegido en el actual §3 del título VIII, del Libro II del CP.

Por lo tanto, la propuesta inicial planteada a la discusión del Foro Penal, contempla la *integridad física* como bien jurídico tutelado en el delito de lesiones, con todas las críticas que ello implica, según señalamos en los primeros acápites de esta investigación y deja la discusión acerca de si debe haber o no un efectivo *daño corporal* para la existencia del delito de lesiones, al desarrollo jurisprudencial y doctrinal, descartando solucionar legislativamente la discusión, cuestión claramente reñida con el principio de tipicidad ya que es el legislador el encargado de definir con claridad la conducta a punir, siendo de gran utilidad, la determinación, tanto del bien jurídico tutelado, como de la conducta prohibida por la norma. Además, la idea de dejar esta clase de elementos entregados a la discusión dogmática y jurisprudencial, no se condice con un Anteproyecto realizado por un foro de expertos penalistas. Dicha actitud, que consta en las actas del APCPCH, al menos defrauda las expectativas de este investigador y es claramente más desventajosa que la solución adoptada por el art. 147.1 del CPes de 1995, el cual requiere para la existencia de lesión de un efectivo “menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental”.

Si bien la propuesta inicial fue rechazada, fundamentalmente con el objeto de no dejar dudas respecto de la naturaleza resultativa del delito de lesiones, se mantuvo intacto el texto del párrafo tercero, es decir, con una clara alusión a las lesiones corporales, y como el art. 85 del APCPCH se limita a sancionar “*al que lesione a otro*”, sin definir qué se entiende por lesión, parece ser que, a juicio del *Foro Penal*, el bien jurídico protegido sería la *integridad física*, tendencia anacrónica y decimonónica que deja a un lado un aspecto esencial del ser humano, consistente en su esfera psíquica, como lo pusieron de relieve comentaristas clásicos del CPes de 1848, como Groizard y Gómez de la Barra, según tuvimos ocasión de señalar en el capítulo II de esta investigación. Además, hay que tener desde ya en consideración que la salud psicológica puede ser claramente lesionada a través de conductas dolosas aptas para provocar enfermedades de esa índole, las cuales pueden, incluso, ser de mayor gravedad que las lesiones físicas, según tendremos ocasión de analizar en el capítulo VI de este trabajo, relativo al tipo objetivo.

Lo anterior, si bien es sumamente criticable, puede mejorarse interpretativamente, entendiendo que la alusión a las lesiones corporales se refiere al cuerpo humano en sentido amplio, es decir, comprensivo tanto de su dimensión física como psíquica. Con lo anterior, si bien se supera la dificultad, claramente no es la redacción ideal. Creo que el texto del aludido Párrafo Tercero debiese señalar: “*Delitos*

contra la salud individual”, distinguiéndolos claramente de los delitos contra la salud pública.

Además la elección de la integridad física como bien jurídico penalmente tutelado en el delito de lesiones tiene bastantes desventajas respecto de las implicaciones que presenta en el ámbito del consentimiento médico quirúrgico, según acabamos de ver en el acápite anterior.

9. Conclusiones

1. Debe descartarse la opinión que postula que la *integridad corporal* es el único bien jurídico protegido en el delito de lesiones por estrecha y mecanicista. También aquella que sostiene que el objeto tutelado por el delito de lesiones es la incolumidad personal, por ser un concepto extremadamente complejo y amplio que incluye aspectos tan alejados del ámbito de protección de esta clase de delitos, como la integridad moral.

2. Debe rechazarse, la opinión que sostiene que en el delito de lesiones los bienes jurídicos son la salud individual y la integridad corporal, ya que de seguirse este planteamiento, los supuestos en que se lesionan ambos bienes, deberían resolverse como *concurso de delitos*, solución que vulnera el principio de proporcionalidad de las penas. Esta postura se basa en la anacrónica e injustificada diferenciación entre las mutilaciones y las lesiones en sentido estricto, lo cual no se condice con el sentido pluridimensional, pero unitario, de la salud individual. Además, si el bien jurídico fuera doble, el tipo estaría configurado como un delito complejo, pero basta con lesionar la salud individual para que se consume el delito.

3. En el delito de lesiones existe un solo bien jurídico, constituido por la salud individual entendida como el buen funcionamiento del cuerpo humano tanto desde el punto de vista físico como desde un prisma psíquico. La integridad corporal juega un papel instrumental como objeto sobre el que recae o puede recaer la acción típica que afecta la salud.

4. El concepto de salud individual debe interpretarse de manera amplia, como una entidad compleja y plurifacética. Así, pueden considerarse lesiones tanto las situaciones de funcionamiento anormal del organismo (enfermedad), como las alteraciones de la configuración del cuerpo humano que supongan una merma funcional en su sentido más amplio (desde una cicatriz hasta la mutilación de un miembro).

5. Los preceptos relativos al delito de lesiones deben ser interpretados teleológicamente, conforme a la intensidad o amplitud de la afectación de la salud individual (o de la puesta en riesgo de la misma como sucede en el caso de la tentativa) y el ámbito de lo punible debe determinarse en coherencia con dicho bien jurídico. Por lo tanto, no son punibles a título de lesión, las simples vías de hecho, ni la disminución de la integridad corporal que no supone menoscabo de la salud, como un corte de pelo o de la barba, o bien, como los daños a las prótesis artificiales -los cuales, en todo caso, pueden dar lugar a un delito de daños-. Tampoco, constituyen lesiones las intervenciones quirúrgicas que, si bien afectan la integridad corporal, redundan en un beneficio para la salud, lo cual no se condice con el término “lesiones”, en consideración al estado global de la salud del paciente.

6. La salud individual es un bien jurídico de carácter relativo, toda vez que presenta características peculiares en cada persona, sin embargo, la expresión legal “otro” sólo

requiere que el sujeto pasivo sea un ser con vida humana independiente, sin que deba considerarse la condición física o la edad que tuviere.

7. El concepto objetivo de salud individual no implica dejar impune las intervenciones médicas llevadas a cabo sin el consentimiento del paciente, cuando ello suponga una mejora de la salud. Si el tratamiento médico es llevado a cabo conforme a las normas de la *lex artis* y mejora la salud individual del paciente, pero se efectúa *de manera coactiva o arbitraria*, en principio, la conducta puede ser sancionada *no* por el delito de lesiones pero *sí* por el delito de coacciones, en razón de la afectación de la libertad del paciente.

8. No obstante lo anterior, hay que tener en consideración que el concepto objetivo de salud individual *no* coincide necesariamente con la idea de *alargamiento de la vida*. Si el concepto de salud individual comprende la salud física y psíquica del sujeto, un tratamiento médico altamente invasivo, llevado a cabo en contra de la voluntad del paciente o sin su consentimiento, puede ser calificado jurídicamente de lesiones, a pesar de que permita alargar la vida del paciente, cuando por ejemplo, deje sumido a la persona en un cuadro depresivo que afecte su salud psíquica, como podría suceder cuando, para lograr mantener al sujeto con vida sea necesario cortarle las piernas, someterlo a intensas y dolorosas sesiones de quimioterapia extirparle las cuerdas vocales o los órganos reproductivos y tales tratamientos se han llevado a cabo sin la voluntad o en contra de la voluntad del paciente. En estos casos el riesgo corre por cuenta del médico, toda vez que si el paciente no ha consentido en la realización de la intervención médica, no estuvo en posición de poder asumir el riesgo que de ella se derivó, razón por la cual no puede obligársele a soportar los efectos de aquella actuación médica.

9. La salud individual reconoce como límite la dignidad del ser humano y el respeto por el libre desarrollo de su personalidad, lo cual supone la exigencia del consentimiento informado como presupuesto de licitud de la intervención médica para garantizar la tutela de la libertad de decisión del paciente.

10. Una forma de solucionar legislativamente el problema es adoptada en países como Portugal o Austria, en los cuales se regula expresamente el tratamiento médico arbitrario.

11. Las intervenciones estéticas, realizadas con apego a la *lex artis*, pese a incidir negativamente en la integridad corporal y no tener una finalidad curativa, no son típicas, porque mejoran la salud psíquica del paciente.

12. Entendiendo que a partir de la dignidad del hombre y de la libertad de la cual goza por el hecho de ser tal, podemos concluir que la salud individual es un bien jurídico disponible y, por lo tanto, son atípicas intervenciones médicas que disminuyan las posibilidades de vida, cuando esa intervención haya sido elegida por el paciente por considerarla la medida más adecuada para mejorar su bienestar físico y psíquico. Ello, siempre y cuando, el paciente haya prestado su consentimiento de manera libre y con pleno conocimiento de los tratamientos disponibles, de la terapia que en definitiva se seguirá y de las posibles consecuencias que de su decisión pudieran generarse.

13. Sólo cuando el tratamiento médico tiene un resultado negativo para la salud en su consideración global y plurifacética y se ha llevado a cabo al margen de las normas de la *lex artis* puede plantearse el problema de tipicidad por delito de lesiones.

14. De la expresión “*De las lesiones corporales*” y de la ausencia de un concepto de lesión que entregue luces respecto de cuál es el bien jurídico protegido en el APCPCH, parece ser que, a juicio del *Foro Penal*, el bien jurídico protegido sería la integridad

física, concepto anacrónico y decimonónico que deja de lado una esfera importante del ser humano, como lo es la dimensión psíquica de la salud individual. Sin embargo, dicho problema puede mejorarse interpretativamente, entendiendo que la alusión a las lesiones corporales se refiere al cuerpo humano en sentido amplio, es decir, comprensivo tanto de su dimensión física como psíquica, aun cuando a mi juicio, una adecuada redacción debería señalar: *“Delitos contra la salud individual”*.

Capítulo IV

Dignidad humana y salud individual

*“Mar adentro, mar adentro,
Y desde la ingravidez del fondo
Donde se cumplen los sueños
Se juntan dos voluntades
Para cumplir un deseo
Tu mirada y mi mirada
Como un eco repitiendo sin palabras
Más adentro, más adentro
Hasta el más allá del todo
Por la sangre y por los huesos
Pero me despierto siempre
Y siempre quiero estar muerto
Para seguir con mi boca
Enredada en tus cabellos”.*
(Ramón San Pedro)

1. Introducción.— 2. Análisis semántico del concepto de dignidad humana.— 3. Concepciones sobre la dignidad humana.— 3.1. Concepción religiosa.— 3.2. Concepción kantiana.— 4. La dignidad humana en el Derecho.— 4.1. La dignidad humana en el Derecho Internacional.— 4.2. La dignidad humana en el constitucionalismo.— 5. La dignidad humana desde el punto de vista dogmático.— 6. Dignidad humana y bien jurídico protegido.— 6.1. ¿Es la dignidad humana un concepto útil?— 6.2. ¿Es la dignidad humana una condición inalienable e inherente al ser humano?— 7. Dignidad humana y disponibilidad de la salud individual.— 7.1. La disponibilidad de la salud individual en el Derecho constitucional.— 7.2. La disponibilidad de la salud individual en el DP.— 7.3. Límites a la disponibilidad de la salud individual.— 8. Dignidad humana y el consentimiento del paciente en la actividad médica.— 9. Dignidad humana y negativa de los Testigos de Jehová a realizarse transfusiones de sangre.— 9.1. Posición de la jurisprudencia sobre la negativa de los Testigos de Jehová a la práctica de transfusiones de sangre.— 9.2. Análisis de los argumentos de la jurisprudencia y de la doctrina para realizar las transfusiones de sangre pese a la oposición del paciente.— 9.2.1. Argumento del componente supraindividual de la vida y de la salud.— 9.2.2. Argumento de la distinción entre bienes jurídicos absolutamente espiritualizados y aquellos que tienen un sustrato material.— 9.2.3. Argumento del estado de necesidad y el aparente conflicto de bienes jurídicos.— 9.2.4. Argumento del auxilio al suicidio.— 10. Huelgas de hambre reivindicativas llevadas a cabo por reclusos penitenciarios.— 10.1. Huelgas de hambre patológicas y huelgas de hambre realizadas bajo coacción.— 10.2. Huelga de hambre reivindicativa y derechos del recluso.— 10.3. Huelga de hambre reivindicativa y obligación asistencial de la administración penitenciaria.— 10.4. Huelga de hambre reivindicativa y estado de necesidad.— 10.5. Huelga de hambre reivindicativa y cumplimiento de un deber.— 10.6. Huelga de hambre reivindicativa y comisión por omisión.— 10.7. Huelga de hambre reivindicativa y cooperación o inducción al suicidio.— 10.8. Huelga de hambre reivindicativa y omisión de socorro.— 11. Conclusiones

1. Introducción

Hoy por hoy, la dignidad humana se suele utilizar desde diversos puntos de vista y por ello se ha dicho que es un concepto difuso que presenta dificultades en cuanto a su determinación, caracterización y definición. Dichas dificultades derivan del hecho de que se trata de un concepto multidisciplinario y pluridimensional⁴⁸⁵. En cuanto a la primera de las facetas antes aludidas, podemos señalar que son varias las disciplinas que se ocupan de la caracterización y configuración del concepto de dignidad humana⁴⁸⁶. Así, por ejemplo, se ocupan de la dignidad humana la Filosofía, la Antropología, la Ciencia política y el Derecho⁴⁸⁷. Respecto del carácter pluridimensional antes señalado, podemos afirmar que en el concepto de dignidad humana pueden distinguirse niveles o dimensiones tales como la dimensión religiosa, que concibe al hombre a imagen y semejanza de Dios; la dimensión ontológica, que considera al hombre como ser dotado de inteligencia racional, con conciencia de sí mismo y de su superioridad en el orden de la naturaleza y del mundo; la dimensión ética en el sentido de autonomía moral, como función esencial de la conciencia valorativa ante cualquier norma y ante cualquier modelo de conducta, y la dimensión social, como estima o fama emanada de un comportamiento valioso⁴⁸⁸.

2. Análisis semántico del concepto de dignidad humana

Según el diccionario de la RAE, se entiende por dignidad, cualidad de digno, excelencia o realce. Dicho concepto así entendido dice relación con una característica que separa a algunos respecto de los demás y los pone por encima de ellos⁴⁸⁹. Esta acepción del término *dignidad*, por tanto, distingue en principio a las personas, separa, jerarquiza e implica respeto y una cierta subordinación hacia algunos⁴⁹⁰. Esta característica básica del concepto de dignidad antigua explica que dicho término se aplicara también a los cargos públicos cuando se hablaba, por ejemplo, de la *dignidad de juez*⁴⁹¹.

No se utiliza aquí el concepto dignidad para aludir a alguien que por alguna razón sobresale del resto, sino, todo lo contrario, para mostrar la igualdad radical de todos los individuos. Una igualdad que recién viene a instalarse, dificultosamente, con el paso de la Edad Media a la Moderna y fundamentalmente con la consagración de los llamados derechos humanos, los cuales competen a todos los hombres y mujeres sin

⁴⁸⁵ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, en *Revista de Bioética y Derecho*, N° 9, 2007, p. 1.

⁴⁸⁶ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, en *Revista de Bioética y Derecho*, N° 9, 2007, p. 1.

⁴⁸⁷ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, en *Revista de Bioética y Derecho*, N° 9, 2007, p. 1.

⁴⁸⁸ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, en *Revista de Bioética y Derecho*, N° 9, 2007, p. 1.

⁴⁸⁹ Nótese que dicha concepción coincide con la dimensión social de la dignidad humana, la cual, por cierto rechazamos.

⁴⁹⁰ VALLS, “El concepto de dignidad humana”, en *Revista de Bioética y Derecho*, N° 5, 2005, pp. 4 y 5 y en VALLS, “La dignidad humana”, en Casado (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 71-72.

⁴⁹¹ VALLS, “El concepto de dignidad humana”, en *Revista de Bioética y Derecho*, N° 5, 2005, pp. 4 y 5 y en VALLS, “La dignidad humana”, en Casado (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 71-72.

excepción⁴⁹². Si bien los derechos humanos se encuentran inspirados en valores como la libertad, la igualdad, el pluralismo y la solidaridad, provienen de una idea de carácter netamente normativo, consistente en la dignidad de la persona⁴⁹³.

3. Concepciones sobre la dignidad humana

Pese a que con frecuencia se alude a la *dignidad humana* para fundamentar diversas posturas dogmáticas, surgen muchas dudas respecto a qué debe entenderse por tal concepto, ya que suele ser utilizado en diversos sentidos, muchas veces incompatibles entre sí.

3.1. Concepción religiosa

Para aquellos que sustentan una concepción religiosa tradicional, la dignidad humana procede de la condición común a todos los hombres, consistente en ser hijos de Dios y de estar hechos a su imagen y semejanza, y reside en la capacidad de *acatar y observar la ley moral*, la cual no emana de los mismos seres humanos, sino de una instancia ajena, llámese ésta Dios, finalidad de la naturaleza, etc.,⁴⁹⁴ Por ello, se afirma que quienes adhieren a esta concepción de la dignidad humana, sostienen una heteronomía moral o ley de otro, toda vez que tal postura consiste, precisamente en dejarse determinar pasivamente por la ley ajena⁴⁹⁵.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que existen variantes al respecto. En efecto, en el siglo XVII irrumpieron con fuerza los *iusnaturalistas* racionalistas, quienes construyeron su sistema jurídico a partir de la idea de dignidad humana⁴⁹⁶. En tal sentido, Pufendorf fue el primer *iusnaturalista* que pretendió construir una concepción del Derecho natural basado en la razón, acorde con la cual existen elementos morales tales como el entendimiento y la determinación de la voluntad, que ayudan al perfeccionamiento de la condición humana y, por lo tanto, al desarrollo de su dignidad⁴⁹⁷. Estos elementos morales son a la vez fundamento y objeto de la moral⁴⁹⁸. Para Pufendorf la palabra hombre supone en el lenguaje ordinario una idea de grandeza, de dignidad y la dignidad humana es el referente que marca los objetivos de la ética pública y a su vez, en la dinámica de ésta, el contenido de la condición humana a desarrollar⁴⁹⁹. La ética pública se justifica porque el hombre es digno y tiene como

⁴⁹² SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, en MAIHOFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, p. XII.

⁴⁹³ SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, en MAIHOFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, p. XII.

⁴⁹⁴ VALLS, “El concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 1 y en Valls, “La dignidad humana”, op. cit., p. 65.

⁴⁹⁵ VALLS, “El concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 1 y en Valls, “La dignidad humana”, op. cit., p. 65.

⁴⁹⁶ PECES-BARBA, *La dignidad humana en los siglos XVII y XVIII*, op. cit., pp. 3-4.

⁴⁹⁷ PECES-BARBA, *La dignidad humana en los siglos XVII y XVIII*, op. cit., pp. 3-4.

⁴⁹⁸ PECES-BARBA, *La dignidad humana en los siglos XVII y XVIII*, op. cit., pp. 3-4.

⁴⁹⁹ Dice Pufendorf: “...Esas nobles facultades con las que el creador ha enriquecido al Hombre de una manera que le sitúa muy por encima de los animales, quiero decir aquéllas que tienen como principio las luces del entendimiento y la determinación de la voluntad...” Y concretará esos rasgos generales con las siguientes palabras: “En efecto, el hombre es naturalmente capaz, no sólo de conocer los diferentes objetos que se le presentan en este vasto universo, de compararlos conjuntamente, de formarse, con ese motivo, nuevas ideas que le permiten ampliar sus conocimientos, y también deliberar sobre lo que debe o no debe hacer, de decidir libremente la realización de lo que ha decidido, de conformar sus acciones a una

objetivo desarrollar esa dignidad⁵⁰⁰. Se parte de la existencia de una ley que ordena las conductas de acuerdo con el fin natural del hombre y de las condiciones para su plena realización en cuanto tal⁵⁰¹. En cierto sentido, estas leyes serían análogas a las que rigen para otros seres, pero a diferencia del determinismo que en general preside la aplicación de todas ellas, el hombre aprehende de una manera racional y reflexiva su propia dignidad y su capacidad cognoscitiva⁵⁰².

3.2. Concepción kantiana

Fruto del Iluminismo del siglo XVIII⁵⁰³ y de la visión antropocéntrica del mundo y de la vida, Kant elaboró una justificación de la idea de dignidad humana al margen de los presupuestos teológicos presentes en la tradición cristiana⁵⁰⁴.

Ésta postura plantea que la dignidad humana consiste en la capacidad de los seres humanos para *darnos ley moral a nosotros mismos*⁵⁰⁵, idea en virtud de la cual, se proclama la autonomía moral del ser humano o ley de uno mismo⁵⁰⁶.

cierta regla, de dirigir las a un cierto fin, de prevenir las consecuencias, de juzgar si ha utilizado bien o mal la regla...” (PECES-BARBA, *La dignidad humana en los siglos XVII y XVIII*, Madrid, 2003, p. 3, documento disponible en internet, página: <http://www.humanrights-observatory.net>).

⁵⁰⁰ PECES-BARBA, *La dignidad humana en los siglos XVII y XVIII*, op. cit., pp. 3-4.

⁵⁰¹ MARÍN MATEO, *Bioética y Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p. 43.

⁵⁰² MARÍN MATEO, *Bioética y Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p. 43.

⁵⁰³ En efecto, respondiendo a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?, Kant responde que: “Ilustración es la salida del ser humano de la minoría de edad de la que el mismo es culpable. Minoría de edad es, en efecto, la incapacidad de servirse del entendimiento propio sin la guía de otro, y esta minoría es culpable cuando su causa no reside en un defecto del entendimiento, sino en falta de decisión y valentía para servirse de él sin la guía de otro. *Sapere aude!* ¡atreverte a servirte de tu propio entendimiento! He ahí la divisa de la Ilustración.-La pereza y la cobardía son las causas de que una parte tan grande de los humanos continúe a gusto a lo largo de toda su vida en estado de pupilos, a pesar de que la naturaleza los declaro libres hace ya tiempo de ajena tutela; pereza y cobardía que son causa igualmente de que les sea tan fácil a otras erigirse en tutores. ¡Es tan cómodo ser menor de edad! Tengo un libro que tiene entendimiento por mí, un cura que tiene conciencia moral por mí, un médico que piensa mi dieta por mí, etc., de manera que no tengo de que preocuparme. No necesito pensar, si puedo pagar; otros tomaran sobre sí la fastidiosa tarea. Los tutores que tan bondadosamente se han hecho cargo de esta supervisión, cuidan de que la mayor parte de la humanidad juzgue el paso a la emancipación, además de difícil, peligroso. Después de haber atontado a sus animales domésticos y de haber procurado que estas criaturas pacíficas no den un solo paso sin los andadores a los que están sujetos, les muestran el peligro que les amenaza si intentan andar solos. Aunque con un solo ejemplo de caída se les atemoriza y escarmienta, el peligro no es tan grande como les dicen, pues con pocas caídas aprenderían por fin a caminar” (KANT, citado en CASADO (Dir.) *Bioética, Derecho y sociedad*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 9).

⁵⁰⁴ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, op. cit., p. 2.

⁵⁰⁵ Al respecto refiere Kant: “No resulta sorprendente que, si echamos una mirada retrospectiva hacia todos los esfuerzos emprendidos desde siempre para descubrir el principio de la moralidad, veamos por qué todos ellos han fracasado en su conjunto. Se veía al hombre vinculado a la ley a través de su deber, pero a nadie se le ocurrió que se hallaba sometido sólo a su propia y sin embargo universal legislación, y que sólo está obligado a obrar en conformidad con su propia voluntad, si bien ésta legisla universalmente según el fin de la naturaleza. Pues cuando se le pensaba tan solo como sometido a una ley (sea cual fuere), dicha ley tenía que comportar algún interés como estímulo o coacción, puesto que no emanaba como ley de su voluntad, sino que esta quedaba apremiada por alguna otra instancia a obrar de cierto modo en conformidad con la ley. Pero merced a esta conclusión totalmente necesaria quedaba perdido para siempre cualquier esfuerzo encaminado a encontrar un fundamento supremo del deber. Pues nunca se alcanzaba el deber, sino una necesidad de la acción sustentada en cierto interés. Más entonces el imperativo tenía que acabar siendo siempre condicionado y no podía valer en modo alguno como mandato moral. Así pues, voy a llamar a este axioma el principio de la autonomía de la voluntad, en

La concepción kantiana de la dignidad humana arranca, como vimos, de la idea de autonomía moral como el principal rasgo humano, lo cual implica adherir a una concepción activa de la libertad humana, toda vez que, cuando nos damos ley, nos autodeterminamos. Luego, el deber de acatar la norma proviene de la consideración de que ésta emana de la voluntad legisladora de seres libres y racionales, que se relacionan entre sí de manera igualitaria. La voluntad legisladora es un fin en sí mismo, en tanto emana de seres racionales, libres y dignos, porque no obedecen a ninguna otra ley que no sea la que ellos mismos se han dado⁵⁰⁷. El deber es categórico, ya que hay que cumplir con él, al margen de cualquier consideración de utilidad o placer, porque el destinatario de la norma se obliga a sí mismo, en virtud de la dignidad que nos relaciona igualitariamente y nos mueve a respetar la libertad y la dignidad ajena, aun cuando un acto indigno, conlleva la posibilidad de enmendarlo⁵⁰⁸. La dignidad es inherente a la condición humana y es lo que hace que seamos un fin por nosotros mismos⁵⁰⁹. Por ello ningún ser humano puede hacerse señor de otro y subordinarlo a su voluntad, ni nadie puede darse en esclavitud⁵¹⁰. En tal sentido, Kant sostenía que el hombre tiene dignidad y no precio⁵¹¹ y por ello, sostenía que la dignidad es un valor absoluto y, en sus propios términos, es un imperativo categórico⁵¹².

contraposición con cualquier otro que por ello adscribiré a la heteronomía (KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Editorial Alianza, Madrid, 2006, p. 121).

⁵⁰⁶ VALLS, “El concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 1 y en Valls, “La dignidad humana”, op. cit., p. 65.

⁵⁰⁷ Así, Rousseau afirmaba que: “Renunciar a la libertad es renunciar a la cualidad de hombres, a los derechos de humanidad e incluso a los deberes. No hay compensación posible para quien renuncia a todo. Tal renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre, y arrebatar la libertad a la voluntad implica arrebatar toda moralidad a las acciones. Por último, es una convención vana y contradictoria reconocer a una de las partes una autoridad absoluta y a la otra una obediencia sin límites. ¿No es claro que no se está comprometido a nada respecto de aquel de quien se tiene derecho a exigirlo todo? ¿Y esta sola condición, sin equivalencia, sin reciprocidad, no lleva consigo la nulidad del acto? Porque (que derecho tendrá un esclavo sobre mí, si todo lo que tiene me pertenece, y siendo su derecho el mío, este derecho mío no será una palabra sin sentido?” (Rousseau, citado en CASADO (Dir.) *Bioética, Derecho y sociedad*, Madrid, 1998, p. 31.).

⁵⁰⁸ Para Kant, la libertad (la independencia con respecto a la voluntad constrictiva de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único y originario que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad (VALLS, “Ética para la bioética”, en CASADO (Dir.) *Bioética, Derecho y sociedad*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 31).

⁵⁰⁹ La idea kantiana de dignidad humana es recogida por el TS en sentencia N° 1218/2004 de fecha dos de noviembre, cuando expresa que: “Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad”.

⁵¹⁰ En tal sentido, al distinguir las cosas de las personas Kant sostiene que: “El hombre y en general todo ser racional existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre al mismo tiempo como un fin” y luego agrega que: “los seres racionales reciben el nombre de personas porque su naturaleza los destaca ya como fines en sí mismos, o sea, como algo que no cabe ser utilizado simplemente como medio y restringe así cualquier arbitrariedad (al constituir un objeto de respeto). Las personas, por lo tanto, no son meros fines subjetivos cuya existencia tiene un valor para nosotros como efecto de nuestra acción, sino que constituyen fines objetivo, es decir cosas cuya existencia supone un fin en sí mismo y a decir verdad un fin tal en cuyo lugar no puede ser colocado ningún otro fin al servicio del cual debiera quedar aquel simplemente como medio, porque sin ello no encontraríamos en parte alguna nada de ningún valor absoluto...” (KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., pp. 114-115).

⁵¹¹ Según Kant, en el reino de los fines todo tiene o bien un precio o bien una dignidad. En lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo

La idea kantiana de dignidad humana vino a acrecentar la preocupación por la libertad individual⁵¹³, sobre todo en la época de la Ilustración, a través de sus representantes más conocidos como Locke, Montesquieu o Rousseau, quienes la consideraron como un valor innato del ser humano moralmente autónomo, sin embargo el respeto por la moral de los demás, obliga a que la sociedad políticamente organizada transforme la moral de los hombres en ley jurídica para hacer verdaderamente efectivos los derechos de los hombres. No obstante lo anterior, los problemas de índole conceptual comienzan precisamente, cuando la idea de dignidad humana es vista, no ya como postulado filosófico, sino a título de norma jurídica, es decir, cuando ella es incorporada de manera deliberada y consciente a alguno de los enunciados normativos que forman parte de la Constitución política de un Estado o de alguna declaración o tratado internacional a cuya suscripción concurre un número importante de Estados⁵¹⁴.

La secularización moderna entendió que la dignidad común emana de la libertad moral como único derecho innato de todos⁵¹⁵. Por tener dignidad humana nadie puede ser esclavo, nadie puede perder su dignidad, debe desautorizarse la pena de muerte y la tortura⁵¹⁶ y debe concederse al criminal más atroz la oportunidad y el derecho a

precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad. El hombre en tanto ser racional, dotado de autonomía, que no obedece a ninguna otra ley salvo la que se da simultáneamente él mismo, tiene dignidad (KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., pp. 125-127 y en Valls, “La dignidad humana”, op. cit., p. 68).

⁵¹² MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, op. cit., pp. 1-2.

⁵¹³ El concepto moderno de libertad lo significamos habitualmente en dos parejas de autores: Locke y Montesquieu, por un lado, y Rousseau y Kant por el otro. Locke teorizó la libertad político-liberal que había florecido primero en Inglaterra y que después reconocemos en la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América*, redactada por Jefferson (derecho natural de todos a la vida y a la propiedad). Montesquieu por su parte, pulió la distinción de los poderes del Estado implantada por la práctica política inglesa y previamente teorizada, de manera un tanto confusa por el mismo Locke. Rousseau y Kant profundizaron a continuación respectivamente la vivencia y el concepto de libertad entendiéndola como libertad moral-política (libertad como *único derecho innato*), o sea, que todos los humanos, por nacimiento, somos amos y señores de nosotros mismos, somos moralmente autónomos. Pero el respeto moral a todos debe pasar a sociedad políticamente organizada y a ley jurídica para ser verdaderamente efectivo. La soberanía moral debe traducirse en soberanía política, en republicanismo. Con la Revolución francesa, estos conceptos pasaron efectivamente a realidad política a través de los discursos de Siéyès, el *abbé illustré* metido en política. Sus panfletos y soflamas fueron decisivos para la transformación de las viejas Cortes generales francesas, compuestas por tres estamentos jerárquicamente diferenciados, en Asamblea nacional. En ella, fueron unificados los tres estratos sociales (nobleza, clero y pueblo) fundiéndolos en el tercer “estado llano” o popular, concebido éste (no muy de acuerdo con Rousseau, partidario de la democracia directa) como *representación* de todos los ciudadanos libres e iguales. De la Asamblea nacional emanó la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) de que descendieron, luego los derechos humanos reconocidos por las constituciones democráticas posteriores, y todos los derechos que se formulan en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* de la Organización de las Naciones Unidas en 1948 (VALLS, “La dignidad humana”, op. cit., pp. 68-69).

⁵¹⁴ SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, op. cit., p. XII y en VALLS, “La dignidad humana”, op. cit., pp. 69-68.

⁵¹⁵ VALLS, “El concepto de dignidad humana”, op. cit., pp. 1-5.

⁵¹⁶ Respecto del término tortura surgen varios problemas interpretativos. En efecto, ¿qué debe entenderse por tortura?; ¿quiénes pueden ser sujetos activos de tortura?; ¿Admite excepciones la prohibición de tortura? En principio, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, entrada en vigor el día 26 de junio de 1987, define la tortura en su art. 1.1., refiriendo que: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o

sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. Sin embargo, esta definición ha sido criticada, sobre todo a causa de la psicologización naturalista que implica, porque se centra en el “dolor o sufrimiento”. Al respecto, se señala que si se quiere ser consecuente, es forzoso, por ejemplo, interpretar por tortura la acción de afeitar la cabeza a una modelo orgullosa que trabaja con su cabello, lo que le causa dolores (psíquicos) considerables y comprensibles, mientras que la flagelación que se le causa al creyente o masoquista para su martirio no serían acciones de tortura. En ese sentido la definición del Art. 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 ha solucionado, en gran medida, el problema de la definición antes comentada. En efecto, dicha disposición dispone que: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente art.” (Centro por la justicia y el Derecho Internacional San José, Costa Rica, Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano Compilación de Instrumentos, 2004, Página 94). Sin embargo, esta definición no está carente de obstáculos derivados de la dudosa limitación según la cual los dolores resultantes de las sanciones legales no se incluyen en el concepto de tortura. Esta limitación crea nuevamente otros problemas, por cuanto hace posible negar la existencia de la tortura mediante la afirmación de que se impondrá únicamente la sanción prevista en la ley. El punto de vista determinante en el concepto de tortura no debe ser la aflicción de dolores, sino el más absoluto ejercicio de poder sobre una persona, por cuanto el torturado se encuentra a merced del Estado, el cual usa y abusa de la obligación de custodia que el ordenamiento jurídico le concede como titular exclusivo del *ius puniendi* (En este sentido se pronuncia GRECO, *La regla detrás de la excepción – Reflexiones respecto de la tortura en los casos de las ticking time bombs*, ponencia, presentada en la Universidad Pompeu Fabra durante el año 2007”).

Otro tema debatible dice relación con la determinación del sujeto activo del delito de tortura. En España se discutió el tema a propósito de la LO 3/1989, de 21 de junio, que contemplaba el término tortura como causal de agravación del delito de lesiones. Al respecto, Box Reig señalaba que el legislador recurrió a un concepto amplio que incluía su realización por el particular y agregaba que debía entenderse por tortura el empleo de cualquier medio, que menoscabando la integridad corporal o salud física o mental del sujeto pasivo, pretenda doblegar su voluntad en orden a conseguir una ulterior finalidad. Sin embargo, con toda razón se decía que la tortura, necesariamente, es un delito especial o propio contenido en el antiguo art. 204 bis, del CPes, el cual solamente podía cometerse por funcionarios públicos, toda vez que la tortura es en esencia la manifestación más abominable del abuso de poder (al respecto, ver Capítulo primero sobre la historia de los delitos de lesiones).

Hoy en día el CPes regula expresamente los delitos en contra de la integridad moral, en el del Título VII “*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*”, arts. 173 a 177. Dicho Título tipifica las siguientes conductas y comprende los siguientes contenidos: 1° trato degradante grave de particulares (art. 173.1); 2° Violencia habitual en los ámbitos familiar, doméstico y asimilados (art. 173.2); 3° Regla concursal (art. 173.2); 4° - Agravaciones de presencia de menores, utilización de armas y domicilio común o de la víctima (art. 173.2); 5° Criterios para apreciar la habitualidad (art. 173.3); 6° Tortura de funcionarios: grave y no grave (art. 174.1); 7° Tortura de funcionarios penitenciarios o de centros de menores: grave y no grave (art. 174.2); 8° Otros atentados de funcionarios contra la integridad moral: graves y no graves (art. 175); 9° Permiso de funcionarios (art. 176) y 10° Regla concursal (art. 177).

El TS se refirió al contenido autónomo de este derecho en STS N° 213/2005, no coincidente con el de otros e independiente de la vida, la integridad física, la libertad y el honor (STS N° 629/2008 de fecha 10 de octubre); afirmando que: “se trata de un tipo delictivo de necesario incorporación al texto penal, en cuanto supone dar una respuesta a la necesidad de evitar tratamientos inhumanos o degradantes, no sólo por parte del funcionario público (tortura), sino también por parte de los particulares cuando usan su situación de prepotencia o superioridad para degradar lo moral de una persona, humillándola, deshonrándola, despreciándola o envileciéndola” (STS N° 889/2005 de fecha 30 de junio). En contra, alguna resolución, tras señalar que el art. 15 de la CE no obliga a la tipificación penal, dado que la existencia de un derecho fundamental no es un mandato constitucional de protección penal, restringe de

rehabilitarse⁵¹⁷. La dignidad es de todos los humanos, porque todos somos libres *primaria y activamente*, eso es, soberanos⁵¹⁸. La libertad moral la concebimos modernamente como base primera de la acción, ya que no depende de nada lógicamente anterior⁵¹⁹. Los que se aferran a la concepción medieval, en cambio, entienden la libertad como secundaria, ya que sostienen que la ley o norma existe de por sí, desde siempre, en la naturaleza, en la voluntad divina o donde sea, y la libertad humana, por tanto *debe elegir*; seguirla o no⁵²⁰, por lo que podemos afirmar que en este supuesto la libertad es segunda, ya que pese a que se determina activamente al elegir, lo hace mediante la aceptación de una norma previa que el sujeto libre no crea y a la cual tiene la obligación de someterse⁵²¹.

4. La dignidad humana en el Derecho

Dogmáticamente se sostiene que la dignidad humana debería contemplarse como fundamento del deber de protección general del Estado, así como de la limitación de toda injerencia estatal, es decir como “límite de límites”⁵²².

Si bien es difícil definir qué es la dignidad humana desde el punto de vista jurídico, como dice Maihofer, en ciertas situaciones límites, resulta incuestionable que tal concepto resulta violentado⁵²³. Ello sucede claramente cuando desde un punto de vista negativo nos resulta inadmisibles que un hombre se encuentre entregado al poder o al arbitrio de otro u otros hombres, los cuales pueden hacerle lo que quieran, hasta el punto de perder toda confianza en sí mismo y toda expectativa de socorro por parte de sus semejantes⁵²⁴. Tal situación equivale al total avasallamiento de un ser humano hacia otro que es puesto en total situación de desamparo y de pérdida de fe en la solidaridad de los demás y en el mundo, equivale a la degradación de un sujeto a objeto para cumplir los fines de otro⁵²⁵. Aquella es la auténtica violación de la dignidad humana, una violación que no se produce por la amenaza o el daño de uno u otro de los bienes jurídicos que interesan a todo ser humano, sino por la destrucción de una nota o atributo del ser humano en cuanto tal, la misma que es fuente de aquellos bienes, aunque no se confunda con la suma de éstos, ni menos con uno u otro de ellos en particular⁵²⁶.

El menosprecio de la dignidad humana se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al hombre como una cosa, como un medio para fines ajenos, lo que

tal manera los posibilidades del tipo del art. 173.1 que prácticamente lo hace de imposible aplicación (STS N° 2101/2001, de fecha 14 de noviembre).

⁵¹⁷ VALLS, “El concepto de dignidad humana”, op. cit., pp. 1-5.

⁵¹⁸ VALLS, “El concepto de dignidad humana”, op. cit., pp. 1-5.

⁵¹⁹ VALLS, “El concepto de dignidad humana”, op. cit., pp. 1-5.

⁵²⁰ VALLS, “El concepto de dignidad humana”, op. cit., pp. 1-5.

⁵²¹ VALLS, “La dignidad humana”, op. cit., p. 70.

⁵²² MERTEN, “La dignidad humana desde la perspectiva del Derecho”, op. cit., 1-2.

⁵²³ MAIHOFFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, op. cit., pp. 5-9 y SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, op. cit., pp. XIII y XIV.

⁵²⁴ MAIHOFFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, op. cit., pp. 5-9 y SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, op. cit., pp. XIII y XIV.

⁵²⁵ MAIHOFFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, op. cit., pp. 5-9 y SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, op. cit., pp. XIII y XIV.

⁵²⁶ MAIHOFFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, op. cit., pp. 5-9 y SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, op. cit., pp. XIII y XIV.

ocurre por ejemplo en los casos de tortura, en donde se aprecia el dominio absoluto de un hombre por otro hombre⁵²⁷.

Como señalaba Kant, el hombre entra a participar en la igualdad de todos los seres racionales, cualquiera que fuere su rango; igualdad por lo que se refiere a ser un fin y a la estimación por los demás como tal y a no poder ser utilizado como mero medio para los fines de otros⁵²⁸. Una exigencia tanto más evidente si ya nadie es pupilo de otro y cada cual se sirve de su propia inteligencia, haciendo del *libre pensar* no solo una “inclinación”, sino también un “oficio”⁵²⁹.

Tratar al hombre como un fin en sí, significa considerar que los seres humanos no están a nuestra disposición, ni menos a nuestro arbitrio, para hacer con ellos lo que nos plazca o lo que mejor sirve a nuestros propósitos, es decir, que las personas deben ser tratadas como sujetos y no como objetos o como algo disponible, sino como alguien libre⁵³⁰. También importa admitir que cada individuo es capaz de adoptar sus propios fines y que nadie debe subordinar los fines de otro a sus propios fines⁵³¹. En su versión más exigente, tratar como a un fin demanda respetar los fines que los demás se hubieren propuesto alcanzar en uso de su autonomía, como si se tratara de nuestros propios fines⁵³². Si el fin supremo que cada cual se propone alcanzar es la felicidad, es preciso permitir que cada individuo escoja su propio destino y que vuele hacia él sin interferencias de los demás, contando con que estos serán capaces de apreciar ese vuelo ajeno como si se tratara de su propio vuelo⁵³³. Lo cual equivale a pasar del respeto, a eso que Kant llamó la “amabilidad moral” que ata los corazones de los hombres⁵³⁴.

Si bien en la actualidad es frecuente encontrar en los textos normativos alusiones directas e indirectas a la dignidad humana, el uso del término “dignidad” es, relativamente reciente en las legislaciones jurídicas⁵³⁵. De hecho, no figuraba en las primeras declaraciones de derechos de los Estados Unidos de América y de Francia de finales del siglo XVIII, las cuales se fundaban más en las nociones de libertad, igualdad, propiedad, e incluso búsqueda de la felicidad, que en la de dignidad⁵³⁶.

Fue en el siglo XX, tras las dos guerras mundiales y los atentados perpetrados a la dignidad humana con ocasión del auge de los totalitarismos y en razón de las atrocidades cometidas con motivo de las guerras coloniales, que se impone un cambio de paradigma en la concepción de los derechos humanos impulsado por los anhelos de paz, la incorporación de la noción de dignidad a los textos jurídicos se produjo en el contexto de la internacionalización de los derechos humanos⁵³⁷. Tras la Segunda Guerra mundial se generalizó un sentimiento de rechazo a las violaciones perpetradas a los

⁵²⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. II, p. 1179.

⁵²⁸ SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, op. cit., p. XIV.

⁵²⁹ SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, op. cit., p. XIV.

⁵³⁰ SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, op. cit., p. XIV.

⁵³¹ SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, op. cit., p. XIV.

⁵³² SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, op. cit., p. XIV.

⁵³³ SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, op. cit., p. XIV.

⁵³⁴ SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, op. cit., p. XIV.

⁵³⁵ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, op. cit., p. 2.

⁵³⁶ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, op. cit., p. 2.

⁵³⁷ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, op. cit., pp. 2-3.

derechos humanos y de proceder a una radical rectificación, a través de los textos internacionales y el constitucionalismo comparado de posguerra⁵³⁸.

Así, la dignidad personal es considerada en estos textos, como el valor fundador de todos los derechos humanos, siendo dichos derechos concreciones o manifestaciones de dicho valor, la dignidad de la persona constituye el fundamento incuestionable de la idea de derechos humanos, si bien existen otros valores fundadores de los derechos humanos, como son la libertad, la igualdad, la solidaridad, la seguridad o la paz, la dignidad constituye el núcleo fundamental de la idea de derechos humanos⁵³⁹.

4.1. La dignidad humana en el Derecho internacional

La incorporación de la dignidad en los textos jurídicos internacionales aparece con las declaraciones y documentos de la ONU⁵⁴⁰. Las referencias a la “dignidad de la persona humana” y a los “derechos fundamentales del hombre” se consignan en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, en el Preámbulo en el cual se refiere que los Estados miembros reafirman su fe en “los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”. Por su parte, la Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948 reitera en su Preámbulo, en los apartados 1 y 5, la fe de Naciones Unidas en “la dignidad y el valor de la persona humana”, declarándose en su art. 1 que “todos los seres humanos nacen libres iguales en dignidad y derechos”⁵⁴¹.

La Declaración Universal constituyó un avance significativo para la dignidad humana y un hito en el proceso de internacionalización de los derechos humanos. A partir de ella se han elaborado y aprobado una serie de instrumentos dirigidos a desarrollar y dotar de eficacia las disposiciones contenidas en el texto de la Declaración. Así, por ejemplo, son dignos de mención los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966. El conjunto de estos documentos forman lo que se conoce como “Carta de Derechos Humanos”. En los Preámbulos de ambos Pactos, concretamente en su segundo “Considerando”, se efectúa una remisión a la Carta de las Naciones Unidas y a los principios en ella enunciados por los Estados parte en los mismos, señalando a tal efecto que: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento a la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”. Por lo tanto, los derechos humanos se configuran como expresión y concreción sustancial de la idea de dignidad de la persona.

Más recientemente, en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada por la UNESCO en 2005, las referencias a la dignidad humana son constantes⁵⁴². Ya en el preámbulo se reconoce que los problemas de bioética deben examinarse “teniendo en cuenta no solo el respeto debido a la dignidad humana, sino también el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y de las libertades públicas”. En el art. 2 se fija como uno de los objetivos “promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos”; en el art. 3 se señala como el

⁵³⁸ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, op. cit., pp. 2-3.

⁵³⁹ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, op. cit., p. 3.

⁵⁴⁰ ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 73.

⁵⁴¹ ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 73.

⁵⁴² ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 73.

primero de los principios el de “respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales”; etc.,⁵⁴³

Con la noción jurídica de la dignidad humana, el Derecho Internacional contemporáneo ha considerado como sujeto de Derecho no sólo a los Estados, sino también a la persona, reconociéndose el interés humano en el orden de los valores, y la obligación de los Estados de hacer de dicho interés, concretado en las ideas de dignidad y derechos fundamentales de la persona, universales e indivisibles (y hoy también interdependientes), uno de los principios constitucionales del nuevo orden internacional⁵⁴⁴. Con ello se vienen consolidando los derechos humanos y el proceso de humanización de la sociedad internacional y de sus instituciones⁵⁴⁵. Así, junto al clásico principio de soberanía de los Estados, ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de la dignidad *intrínseca de todo ser humano*⁵⁴⁶. Todo ser humano es titular de derechos propios oponibles directamente a todos los Estados, incluido el Estado del que sea nacional y, por lo tanto, *la persona no puede ser considerada como un mero objeto*⁵⁴⁷.

En resumen, podemos señalar que la noción de dignidad humana asume, como punto de partida, al menos tres postulados: 1. la afirmación de que el hombre o la persona humana es el valor límite de toda organización política y social; 2. el reconocimiento de que la libertad y racionalidad son los valores constitutivos y los rasgos identificadores de la persona humana; y 3. la aceptación de que todos los hombres son básica o esencialmente iguales, en cuanto a la tenencia y disfrute de la dignidad, la racionalidad y la libertad.

4.2. La dignidad humana en el constitucionalismo

Pese a que el término dignidad humana se utiliza con frecuencia en las Constituciones europeas, es un rasgo distintivo la poca claridad con que se hace, incluso cuando se alude a ella no sólo como *postulado filosófico*, sino a título de *norma jurídica*⁵⁴⁸. Así, por ejemplo, se discute si es un principio base y fuente de los derechos fundamentales, un fundamento del orden político y de la paz social o si es un derecho fundamental subjetivo.

Aun cuando coexistan posiciones diversas respecto de la naturaleza jurídica del concepto en análisis, resulta indesmentible que luego de la Segunda Guerra mundial, el reconocimiento de la dignidad humana y de su protección forma parte del constitucionalismo europeo contemporáneo⁵⁴⁹. Frente a un concepto formal de Constitución, se afirma, en torno a la dignidad de la persona, un concepto material consistente en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico, lo cual implica un cambio

⁵⁴³ ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 73.

⁵⁴⁴ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los derechos constitucionales”, op. cit., pp. 3-4.

⁵⁴⁵ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los derechos constitucionales”, op. cit., pp. 3-4.

⁵⁴⁶ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los derechos constitucionales”, op. cit., pp. 3-4.

⁵⁴⁷ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los derechos constitucionales”, op. cit., pp. 3-4.

⁵⁴⁸ MAIHOFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, p. 2.

⁵⁴⁹ MAIHOFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, p. 2.

en la transformación del Estado constitucional y en la concepción del Estado de Derecho⁵⁵⁰.

La influencia de la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas como máximo referente de la dignidad humana ha quedado plasmada en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. En efecto, la Constitución alemana, en el art. 1.1 proclama que: “La dignidad del hombre es intangible y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección”. A continuación, el apartado 2 de este mismo precepto, añade que: “Conforme a ello, el pueblo alemán reconoce los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”. Como ha sido reconocido por el propio TC Federal, la dignidad es el valor jurídico supremo dentro del orden constitucional alemán. En opinión de Maihofer la garantía de la dignidad humana ocupa la posición de una *norma fundamental de la Constitución y norma básica del ordenamiento jurídico* en general y agrega que, en cuanto elemental principio constitucional, no es sólo medida para todos los preceptos particulares sobre derechos fundamentales y su interpretación, sino que al mismo tiempo, es una norma fundamental para el conjunto del ordenamiento jurídico, ya que de ella se desprende que la vida en su conjunto debe estar bajo el signo de la dignidad del hombre y, por lo tanto, todas las normas jurídicas, en su promulgación e interpretación, deben ser armonizadas con dicho principio supremo⁵⁵¹.

En las constituciones más antiguas, en las que suele faltar un reconocimiento expreso de la dignidad humana, se intenta, a través de construcciones dogmáticas relativamente discutibles, derivar o llegar a la protección de la dignidad humana como principio constitucional no escrito. Sin embargo, es a causa de las modernas investigaciones biológicas y de los avances de la medicina, que la dignidad humana se ha convertido en un centro de gravedad de la investigación multidisciplinar e interdisciplinar^{552/553}.

Por su parte, el art. 10 de la CE al comienzo del título sobre “derechos y obligaciones fundamentales”, refiere que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. De esta forma, la dignidad humana es nada menos que el fundamento de la legitimación del orden político español en su conjunto, convirtiéndose de tal suerte este precepto en el principio rector supremo del ordenamiento jurídico. De la lectura de dicho precepto se pone de manifiesto la triple función que cumple la dignidad: a) legitimadora del orden político y del ejercicio de todos los poderes públicos; b) promocional de todos y cada uno de los derechos inherentes a la persona, de los ya reconocidos y de cualquier otro indispensable para la preservación de la persona; c) una función hermenéutica o interpretativa de todas las normas del

⁵⁵⁰ MAIHOFFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, p. 2.

⁵⁵¹ MAIHOFFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, op. cit., p. 3 y ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 73.

⁵⁵² MERTEN, “La dignidad humana desde la perspectiva del Derecho”, Conferencia 11 de junio de 2004, p. 1, documento disponible en internet, página: www.pcb.ub.es.

⁵⁵³ Desafortunada es la CPR de Chile en tal sentido, toda vez que junto con limitarse a señalar en su art. 1 que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, afirma, en el inciso segundo de la mentada disposición, que la familia (y no la persona) es el núcleo fundamental de la sociedad.

ordenamiento jurídico en un doble plano: interno y supranacional, tal y como ha reconocido el propio TC⁵⁵⁴ y por el TS⁵⁵⁵. Si bien su ubicación exacta como fundamento ontológico de los demás valores, hubiese correspondido en mejor medida al art. 1.1 donde se “propugnan” los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho, debe considerarse que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo son exigencias derivadas de la dignidad de la persona; ella es el valor de valores y, por lo tanto, ambas normas se encuentran íntimamente relacionadas⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ El TC en STC N° 91/2000, de fecha 30 de marzo, sostuvo que: “la CE de 1978, al proclamar que el fundamento “del orden político y de la paz social” reside, en primer término, en “la dignidad de la persona” y en “los derechos inviolables que le son inherentes” (art. 10.1) expresa una pretensión de legitimidad y, al propio tiempo, un criterio de validez que, por su propia naturaleza, resultan universalmente aplicables. Como hemos afirmado en varias ocasiones “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto “valor espiritual y moral inherente a la persona” (STC N° 53/1985, de fecha 11 de abril) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre ... constituyendo, en consecuencia un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar” [STC N° 120/1990, de fecha 27 de junio; también STC N° 57/1994, de fecha 28 de febrero]. De modo que la CE salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo... aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” (STC N° 242/1994, de fecha 20 de julio; en el mismo sentido, SSTC N° 107/1984, de fecha 23 de noviembre, y N° 99/1985, de fecha 30 de septiembre). Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la CE proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente, hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC N° 11/1981, de fecha 8 de abril, N° 101/1991, de fecha 13 de mayo y ATC N° 334/1991) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos.

Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC N° 38/1981, de fecha 23 de noviembre, N° 78/1982, de fecha 20 de diciembre y N° 38/1985, de fecha 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC N° 36/1984, de fecha 14 de marzo, N° 114/1984, de fecha 29 de noviembre, N° 245/1991, de fecha 16 de diciembre, N° 85/1994, de fecha 14 de marzo y N° 49/1999, de fecha 5 de abril). La misma opinión ha mantenido el TC español en SSTC N° 32/2003 de fecha 13 de febrero y N° 181/2004, de fecha 2 de noviembre.

⁵⁵⁵ El TS en STS N° 1218/2004, de fecha 02 de noviembre, sostuvo que: “Una primera aproximación podría realizarse desde la idea de la dignidad de la persona (art. 10 CE), pero esta resulta insuficiente porque la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y quizá el propio sistema de garantías y libertades de un Estado de Derecho”.

⁵⁵⁶ ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 73 y MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, op. cit., pp. 5-6.

5. Dignidad humana y bien jurídico protegido

Si bien Würtenberger ponía como tema en discusión, si la dignidad humana pertenece o no a los bienes jurídicos que pueden ser violados criminalmente, y se pronuncia afirmativamente al señalar que ésta debe incluirse entre los bienes protegidos por el DP junto a la vida, la libertad, el honor, etc.,⁵⁵⁷ parte de la doctrina sostiene la necesidad de distinguir claramente entre la dignidad humana y los bienes jurídicos. Así, se señala que mientras la dignidad humana es un atributo de la persona -o sea lo que el entendimiento percibe de un substancia como constitutivo de la esencia de la misma-, los bienes jurídicos son aquellos elementos que posibilitan su conservación en el disfrute de dicha prerrogativa o el conjunto de condiciones materiales e inmateriales que posibilitan la preservación y el desarrollo del individuo y de la sociedad en una existencia digna del hombre⁵⁵⁸. Además, se dice que a diferencia de los bienes jurídicos, la dignidad humana es inviolable, salvo en las situaciones extremas de completo sometimiento, de total subyugación de un hombre a la arbitrariedad de otro⁵⁵⁹. Por lo tanto, no toda lesión del cuerpo o de la libertad, del honor o del patrimonio, sería también una violación de la dignidad humana, de lo contrario, tendríamos que calificar cualquier estafa o hurto como un delito que ofende la dignidad humana. La violación de la dignidad humana consiste, según esta postura, en la destrucción de la personalidad del hombre⁵⁶⁰ y de la ruina de la solidaridad entre los hombres. Por lo tanto, la dignidad humana se afectaría únicamente cuando el más fuerte subyuga o explota al más débil, cuando el poderoso oprime y degrada al impotente, cuando el que supera a otro en corporal, social, económica o políticamente, lo somete a su poder y arbitrio, cuando carecemos de toda chance de resistir los golpes, cuando no nos queda otra opción que soportar los insultos, cuando el autor procede a nuestro respecto como quiere, desde que hace a su antojo con nosotros. La dignidad humana tendría que ver con el saber indudable de la fundamental indisponibilidad de nuestro yo para los demás, con la creencia evidente en la fundamental disposición de los demás a venir en mi ayuda^{561/562}.

Sin embargo, en España la doctrina mayoritaria entiende que la dignidad es el bien jurídico protegido en los llamados delitos contra la integridad moral, contemplados en los arts. 173 y ss., y la jurisprudencia parece concordar en que la integridad moral no es sino una manifestación de la dignidad humana⁵⁶³, criterio éste último que me parece

⁵⁵⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. II, op. cit., p. 1179.

⁵⁵⁸ SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, op. cit., p. XIV.

⁵⁵⁹ SQUELLA y GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, op. cit., p. XIV.

⁵⁶⁰ Entendiendo personalidad como la indisponibilidad del hombre por los demás y la disponibilidad del hombre para sí mismo. Sólo el hombre puede disponer de sí mismo autónomamente y no otro cualquiera que sea. Así por ejemplo, en la legítima defensa la persona restablece la confianza en su personalidad, manifestando ante sí y ante los demás que es ella quien dispone sobre su persona, de su vida, de su cuerpo, de su libertad, de su propiedad, y no, algún otro sujeto. De este modo, es la propia persona quien en su personalidad, se determina a partir de sí misma, dispone básica y exclusivamente de sí, también en cuanto al contenido, sobre lo que quiere o no quiere ser, aquello en que pretende convertirse o en lo que no desea devenir.

⁵⁶¹ Esto es lo que Maihofer denomina solidaridad entre los hombres, lo cual fundamenta la legítima defensa de terceros (MAIHOFFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, op. cit., p. 16).

⁵⁶² MAIHOFFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, op. cit., pp. 10-13.

⁵⁶³ En STS N° 1218/2004 de fecha dos de noviembre, el TS afirmó que: “La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que el art. 177 del CP. establece una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos

más adecuado, ya que se condice con la idea de la dignidad como inherente al ser humano, fundamento de los derechos fundamentales, límite de límites a la injerencia del Estado y atributo inviolable, salvo casos extremos como la tortura.

6. Problemas actuales de la dignidad humana

Si bien la idea de dignidad humana pareciera estar asentada en el Derecho Internacional y en el Constitucionalismo contemporáneo y siendo esta idea defendida como correcta en esta investigación, parece del todo necesario revisar por lo menos de

bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos. En consecuencia es posible a imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos. Resulta pues obligado delimitar el concepto penal de integridad moral que, evidentemente, no cabe confundir con el derecho fundamental a la misma. Una primera aproximación podría realizarse desde la idea de la dignidad de la persona (art. 10 CE), pero esta resulta insuficiente porque la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y quizá el propio sistema de garantías y libertades de un Estado de Derecho. El TC. no fija un concepto preciso de integridad moral pero sí puede afirmarse que le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones. Así habla de “sensación de envilecimiento” o de “humillación, vejación e indignidad”. Quizás la STC N° 120/90, de 27 de junio, nos puede servir de paradigma de la posición de dicho Tribunal al decir que el art. 15 CE. garantiza el derecho a la integridad física y moral “mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento del titular”, así pues, la inviolabilidad de la persona aparece como idea central en esta materia. Todas estas consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la idea de integridad moral posee un reconocimiento constitucional en el art. 15) y jurídico-penal arts. 173 y 177), que además supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al valor. Esto es, que la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad. En este sentido, el TC. viene vinculando la integridad con la inviolabilidad de la persona (STC N° 120/90, N° 137/90 y N° 57/94) y en la doctrina se habla de “incolumidad” y de “inviolabilidad personal”. Y agrega la sentencia que: “Si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, *Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos (los Europeos de 1950 y 1987 de las naciones Unidas de 1984 y la Universal de 1948)* y en el art. 15 CE. permiten, a nuestro entender, acotar un quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta -como manifestación directa de la dignidad humana- comprende todas las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que, sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, causa humillación quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos y con finalidades distintas de las comprendidas en el art. 174, presuponga, fuerce o competa al agredido o sufridor de aquellos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia, encajaría en el precepto cuestionado, dado que, aunque lo sea con carácter residual, en el mismo se tipifica un delito especial impropio, implícitamente definido en las determinaciones precedentes y concurrente en el supuesto enjuiciado, dadas las circunstancias”. La STS de fecha 3 de octubre de 2001, analiza el concepto de integridad moral, que es el bien jurídico protegido, declarando: “El art. 15 CE. reconoce a todos el derecho a la “integridad moral y proscribire con carácter general los “tratos degradantes”. La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a su fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto”.

manera somera, los cuestionamientos que han surgido a propósito de la discusión en torno a si la prohibición de tortura debiera o no tener excepciones actuales, lo cual pone en tela de juicio la condición inalienable e inherente a la persona de la dignidad humana.

6.1. ¿Es la dignidad humana un concepto útil?

Hoy por hoy se cuestiona el hecho de que el término se utilice argumentativamente, como identidad de la moral religiosa, en temas de la ética contemporánea vinculados a la bioética, tales como el aborto, la eutanasia⁵⁶⁴, la clonación, el uso de técnicas de reproducción asistida, etc. los cuales a juicio de esta postura ofenden a la dignidad humana⁵⁶⁵. Lo anterior ha llevado a partidarios de un concepto liberal, laico o racionalista a plantear la idea de prescindir del concepto de dignidad humana para poder discutir racionalmente acerca de estos y otros problemas y sustituirlo por otro más adecuado⁵⁶⁶.

Mosterín critica que el término dignidad humana sea usado sin rigor conceptual y con propósitos puramente retóricos, como sucede, por ejemplo, cuando la Iglesia Católica recurre a este concepto para oponerse al aborto, a la investigación con células madres o a la inseminación artificial, postulando que el embrión tiene “dignidad” desde el mismo momento de la concepción y por ello debería ser tratado como un ser humano⁵⁶⁷. Lo anterior implica aceptar un dogma teológico consistente en que Dios

⁵⁶⁴ En España la discusión sobre la eutanasia tuvo lugar a propósito del caso de Ramón Sampedro, tetrapléjico adulto en pleno uso de sus facultades mentales, que reclamaba ayuda para morir voluntariamente. De hecho obtuvo esta ayuda y murió, pero los Tribunales de Justicia no pudieron determinar individualmente quién había puesto la sustancia letal al alcance de su boca. No era pues posible inculpar a nadie. Por ello, el caso judicial fue archivado sin mayores consecuencias, habiendo continuado sin embargo, por un breve tiempo, la discusión ética y jurídica en los medios de comunicación. Al fin, los políticos se desentendieron del asunto alegando falta de demanda social de una regulación jurídica de la eutanasia. Las cosas quedaron pues como estaban y así siguen. Para una visión religiosa de la dignidad humana, la eutanasia es inmoral porque infringe el deber divino de “no matar”. Para una visión laica del tema, una ley que permita la eutanasia exigiendo garantías de plena libertad en quien la pida y en quien la lleve a cabo (VALLS, “La dignidad humana”, op. cit., p. 65).

⁵⁶⁵ La noción de dignidad, sobre todo en relación con los problemas bioéticos, ha sido utilizada con frecuencia por la Iglesia Católica, así por ejemplo, la Instrucción *Dignitas humanae*, aprobada por Benedicto XVI en junio de 2008, sintetiza y actualiza la doctrina de la Iglesia y establece las siguientes premisas: 1.- La dignidad se predica tanto respecto del ser humano nacido, como del embrión -o del preembrión- desde el mismo momento de la concepción; 2.- La dignidad es una propiedad que no admite graduación, en cuanto todos los “seres humanos” (desde la concepción) tendrían el mismo grado de dignidad; 3.- La dignidad tiene un sentido religioso, o sea, el hombre posee dignidad por haber sido creado por Dios a su imagen y semejanza; 4.- La dignidad es un valor absoluto y superior, en particular, al de autonomía. “La Iglesia reconoce la legitimidad del deseo de un hijo y comprende los sufrimientos de los cónyuges afligidos por el problema de la infertilidad. Sin embargo, ese deseo no puede ser antepuesto a la dignidad que posee cada vida humana hasta el punto de someterla a un dominio absoluto. El deseo de un hijo no puede justificar la “producción” del mismo (o sea, la utilización prácticamente de cualquier técnica de reproducción humana asistida), así como el deseo de no tener un hijo no puede justificar su abandono o destrucción”; 5.- Las anteriores afirmaciones tienen un valor universal: valen tanto para los creyentes como para los no creyentes y con independencia de cualquier circunstancia geográfica o histórica (ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en CASADO (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, op. cit., p. 75).

⁵⁶⁶ ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 74.

⁵⁶⁷ ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 77.

introduce un alma en el cigoto lo cual lo convertiría en persona moral, lo que, evidentemente no se puede justificar racionalmente⁵⁶⁸.

Si bien Atienza acepta que el concepto de dignidad puede ser utilizado en un sentido relativo, como propone Mosterín, es decir, como sinónimo de merecimiento, propone ocuparlo como *término de enlace*, con dos funciones: para decir que alguien posee dignidad y para señalar las consecuencias normativas o valorativas de la entidad que posee esa propiedad⁵⁶⁹. Vistas así las cosas, el término dignidad no tendría por qué ser tildado de confuso o vacío, siempre que a continuación se refieran cuáles han de ser esas consecuencias y, en tal sentido, señala que, por ejemplo, una condición de dignidad podría consistir en pertenecer a la especie humana y una consecuencia valorativa de esa condición podría ser la posibilidad de exigir derechos y el deber de ser tratado no como un medio, sino como un fin en sí mismo⁵⁷⁰. Figueroa Yáñez, coincide en que un buen camino para aproximarnos al concepto de dignidad humana consiste en la idea de que los seres humanos en su autonomía y a diferencia del resto de los seres vivos, están dotados de un fin propio autoimpuesto para realizar en libertad su propia búsqueda de valores y morir incluso por ellos y, por lo tanto, rechaza la idea de que la persona sea usada como medio para que se cumplan con él otros fines que no sean los propios, ya que el ser humano es el único ser vivo capaz de autodeterminarse, es un ser inteligente que puede suponer los acontecimientos que aún no han acontecido, guiar sus pasos para alcanzarlos (o para huir de ellos), e incluso, transformar el futuro con sus esfuerzos⁵⁷¹. Camps, por su parte, sostiene que la persona es acreedora de una dignidad fundamental en virtud de los principios de autonomía y de respeto⁵⁷².

⁵⁶⁸ ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 77.

⁵⁶⁹ ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 77.

⁵⁷⁰ ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 77.

⁵⁷¹ Figueroa Yáñez sostiene además, que la dignidad humana exige de la relación interpersonal. El sujeto que dignifica debe respetar la identidad del otro y su libertad para darse esa identidad. No le es posible discriminarlo o agredirlo. Debe además reconocer sus propios límites frente a la autonomía del Otro, y retribuirlo con justicia. La dignidad reconocida en el Otro deviene así en una limitación de la conducta propia, y se predica de una relación interpersonal (FIGUEROA YÁÑEZ, “La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)”, en CASADO (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 134-136.

⁵⁷² En efecto, la citada autora, apoyándose en Pico Della Mirandola, sostiene que el ser humano se distingue de los animales en tanto puede escoger cómo quiere vivir, él decide qué forma de vida prefiere, y esa capacidad de elección es tal que, al hacerla, puede optar tanto por enaltecerse y ponerse a la altura de los dioses, como envilecerse y degradarse al nivel de los brutos. Agrega que la capacidad de elegir la forma de vida más apetecible es una característica específica de los humanos que, al escoger, pueden ir hacia lo mejor o hacia lo peor, porque no serían auténticamente libres si no pudieran hacerla. Señala que en su capacidad normativa, el ser humano puede legislar bien o mal, dominar a sus semejantes o considerarse uno más entre ellos e incluso someterse a ellos. De ahí que incluso el ser más envilecido, no dejará de ser digno, a pesar de todo, porque la dignidad es inherente a la condición humana. Al criminal más abyecto, al torturador más bárbaro, habrá que reconocerle su condición humana aunque no de muchas señales de que pertenece a ella. Sus actos serán indignos, pero como persona seguirá gozando de esa fundamental dignidad. De ahí que se rechace la tortura, la pena de muerte o la esclavitud, esto es, todas aquellas prácticas que convierten a la persona en un mero objeto. Así las cosas, sostiene que autonomía y respeto son las dos notas que nos ayudan a entender en qué consiste la dignidad humana. El desarrollo de ambas podemos decir que ha nutrido el conjunto de los derechos humanos, pues efectivamente todos ellos pueden ser entendidos como formas de expresar la autonomía de la persona y el respeto que merece (CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, en Casado (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009 op. cit., pp. 146-147).

Pinker, apoyándose en la opinión de Macklin⁵⁷³, en un artículo destinado a criticar un informe de corte conservador, publicado el año 2008, por el Consejo de Bioética del Presidente de Estados Unidos de América, sobre Dignidad Humana y Bioética, sostiene que el concepto de dignidad humana es utilizado en Estados Unidos para limitar o prohibir los avances de la biotecnología en temas vinculados a la ética (innovación biomédica, incluyendo en este concepto a medicamentos para mejorar la cognición, la genética, la manipulación de animales o seres humanos, las terapias para ampliar la vida, las células madre embrionarias, la clonación terapéutica), pese a que estos y otros avances y tratamientos, podrían hacer que millones de personas pudieran estar en una mejor situación y por ello sostiene que el progreso biotecnológico no puede ser retrasado por la bioética neoconservadora de raíz católica que se aferra al concepto de dignidad ya que si así fuera, millones de personas sufrirán y morirán sin necesidad y ésta sería la mayor afrenta de todas a la dignidad^{574/575}. Afirma que el concepto de dignidad no puede ser usado como fundamento de la bioética por su carácter relativo e impreciso, fungible y potencialmente dañino y señala que la relatividad vaguedad o indeterminación, consiste en que los enunciados adscriptivos de dignidad varían radicalmente en relación con el tiempo, el lugar y el observador, en tanto que el carácter fungible se fundamenta en que estamos dispuestos a renunciar a la dignidad a cambio de otros bienes como la vida, la salud o la seguridad⁵⁷⁶. Por último, el concepto de dignidad puede resultar dañino en el sentido de que medidas represivas han tratado de justificarse apelando a la defensa de la dignidad de una religión, de los creyentes en esa religión, etc., pero lo aprovechable del término consiste en que reviste cierto alcance moral que produce un fenómeno psicológico, según el cual la percepción de dignidad en otro desencadena una respuesta en el perceptor, en el sentido de apreciar y respetar a la persona dignificada y en tal sentido, señala que la dignidad es uno de los intereses de una persona, consistente en tratar a las personas como desean ser tratadas, lo cual no sería más que una aplicación del principio de autonomía y sostiene que la idea de que rebajar la dignidad de la gente puede endurecer el corazón de los que perciben esa conducta y reducir su inhibición contra el maltrato de las personas, como ocurre cuando la gente es degradada y humillada, sin embargo, se trataría de casos de coacción, que infringen el principio de autonomía y de respeto por las personas⁵⁷⁷.

Macklin sostiene que se puede prescindir del concepto de dignidad humana, el cual tilda de inútil, por tratarse de vagas formulaciones usadas en distintos sentidos, que no pasan de ser meras consignas que pueden ser reemplazadas por otras más precisas y que no añaden nada a la comprensión del tema médico, más allá del principio de ética médica vinculado al *respeto por las personas*, el cual se ve plasmado en la necesidad de obtener el consentimiento voluntario e informado del paciente, así como la obligación de proteger la confidencialidad y la necesidad de evitar la discriminación y las prácticas

⁵⁷³ MACKLIN, “Dignity is a useless concept”, en *BMJ*, volumen 327, 2003, pp. 1419-1420.

⁵⁷⁴ PINKER, “The stupidity of dignity”, en *The New Republic*, página <http://www-management.wharton.upenn.edu>.

⁵⁷⁵ Se pronuncian de un modo crítico respecto de la opinión de Pinker, GARCÍA MANRIQUE, “La dignidad y sus menciones en la declaración”, en Casado (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 45-47 y ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., pp. 79-81.

⁵⁷⁶ PINKER, “The stupidity of dignity”, en *The New Republic*, página <http://www-management.wharton.upenn.edu>.

⁵⁷⁷ ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., pp. 78-79.

abusivas^{578/579}. Por lo tanto, bastaría con el principio de autonomía de las personas, el cual nos remite a la capacidad de éstas de pensar y actuar racionalmente⁵⁸⁰.

Sin embargo, no resulta aceptable sostener que la dignidad humana sea sólo un aspecto del principio de autonomía, sino precisamente al revés, ya que su utilidad no se mide por el papel que cumpla en la resolución de problemas, ya que de ser así también el principio de autonomía debería ser rechazado por inútil⁵⁸¹. Dignidad, autonomía y respeto forman parte de un conglomerado de significados que se enriquece por la conjunción de los tres conceptos y se empobrece si lo reducimos a uno de ellos⁵⁸². Macklin debería preguntarse, por qué debemos respeto a las personas, dado que el respeto depende de alguna cualidad que ese alguien o ese algo posee y si es porque son seres autónomos, entonces ella misma incurre en el vicio que denuncia, esto es, la multiplicación de los conceptos más allá de lo necesario, pues la dignidad no designaría respeto o autonomía, sino sólo la segunda⁵⁸³. Luego, debería preguntarse qué sucede con los seres humanos desprovistos de autonomía: sus avatares vitales, ¿no son acaso también objeto de la bioética? ¿Estaría ella dispuesta a sostener que los seres no autónomos no merecen ningún respeto? Y si el respeto debido a las personas deriva de una fuente distinta de la autonomía, ¿cuál es esa fuente? Macklin no dice nada sobre ello⁵⁸⁴. Por otro lado, no parece tan evidente que en los demás casos el recurso a la dignidad sea un mero eslogan, ya que si convenimos en que la dignidad es el valor atribuido a un ser, es posible que muchos creen que la dignidad humana no deriva de la autonomía, sino, por ejemplo, del lugar que la especie humana ocupa en la naturaleza o de la posesión de un alma inmortal o de la capacidad para sentir⁵⁸⁵.

Luego, si realizando un uso indiscriminado del término según lo que la gente en general entiende por dignidad, podría señalarse como dice Pinker, que se trata de un concepto relativo, fungible y potencialmente dañino, sin embargo, lo mismo podría ocurrir respecto de cualquier valor moral, tales como la libertad, la autonomía o la igualdad, si se renunciara a un análisis crítico del mismo, ya que dichos conceptos no significan lo mismo para todos, en todo caso hay que tener en cuenta que Pinker maneja distintas acepciones del término “dignidad” como si fueran una sola, ya que cuando identifica tres características del concepto de dignidad que minan su capacidad para servir de fundamento a la bioética, los ejemplos que pone para graficar la relatividad son de una dignidad como decoro o como honor (que si para las mujeres victorianas enseñar parte de sus piernas era indigno); y lo mismo pasa con los ejemplos de la

⁵⁷⁸ MACKLIN, “Dignity is a useless concept”, op. cit., pp. 1419-1420. Aluden a dicho artículo de manera crítica CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, op. cit., p. 148 y GARCÍA MANRIQUE, “La dignidad y sus menciones en la declaración”, op. cit., pp. 44-45.

⁵⁷⁹ Aluden a dicho artículo de manera crítica CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, op. cit., p. 148 y GARCÍA MANRIQUE, “La dignidad y sus menciones en la declaración”, op. cit., pp. 44-45.

⁵⁸⁰ En verdad la crítica de Macklin apunta al primer informe de julio de 2002, emitido por el Consejo de Bioética, designado por el presidente de EE.UU. George W Bush, titulado “Clonación de Seres Humanos y Dignidad Humana”, el cual con un sesgo eminentemente religioso trata cuestiones vinculadas a la actividad médica (tales como clonación humana reproductiva, reproducción asistida y genética humana) haciendo un uso indiscriminado y del concepto de dignidad humana sin establecer criterios que permitan saber cuándo se viola la dignidad, razón por la cual concluye que dicho término sigue siendo irremediablemente vago (MACKLIN, “Dignity is a useless concept”, op. cit., pp. 1419-1420).

⁵⁸¹ CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, op. cit., p. 149.

⁵⁸² CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, op. cit., p. 149.

⁵⁸³ CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, op. cit., p. 149.

⁵⁸⁴ CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, op. cit., p. 149.

⁵⁸⁵ GARCÍA MANRIQUE, “La dignidad y sus menciones en la declaración”, op. cit., p. 46.

fungibilidad de la dignidad (renunciamos a la dignidad a cambio de bienes mayores cuando aceptamos una exploración rectal o dejamos que nos cacheen a la entrada del aeropuerto)⁵⁸⁶ y por último, cuando dice que la dignidad puede ser dañina, pone ejemplos de regímenes autoritarios que han impuesto un determinado concepto de dignidad a todos sus ciudadanos, causándoles con ello un daño importante⁵⁸⁷. Por tanto, Pinker predica dos características de un concepto (decoro u honor) y una tercera característica respecto de un concepto diferente y opta por la concepción menos relevante de dignidad, es decir, como decoro u honor, pese a que ello no guarda relación con la noción de dignidad humana que fundamenta a los derechos humanos⁵⁸⁸. Es decir, la dignidad humana en contextos bioéticos o éticos en general, designa otra cosa, seguramente ese valor intrínseco que se dice que todos los seres humanos poseen⁵⁸⁹. Frecuentemente se tiende a confundir el concepto de dignidad con el de honor, pero evidentemente se trata de conceptos distintos el honor (así como la fama) contiene un elemento de reconocimiento ciudadano, que no tiene necesariamente el concepto “dignidad”. La sociedad “honra” a quien estima lo ha merecido, al que ce superior al resto. En cambio, es un deshonor (o una deshonra) es un comportamiento que la sociedad estima repudiable. El honor no lo tenemos “a priori”, sino que lo recibimos de terceros. La dignidad nos es consustancial⁵⁹⁰.

En todo caso, hay que tomar en consideración, que la indeterminación que con tanta fuerza se critica, es una característica propia del lenguaje y de la Filosofía, disciplina que aporta más preguntas que respuestas. También los planteamientos de la bioética van más dirigidos a encontrar buenos argumentos para defender o rechazar determinadas opiniones, que a dar con soluciones definitivas. Por su parte, en el Derecho en general y el DP en particular, es necesario admitir que todos los términos de una descripción típica son, en mayor o menor medida, indeterminados. De hecho, la doctrina reserva la denominación de *conceptos indeterminados* para referirse aquellos términos que representan un especial grado de indeterminación, ambigüedad o vaguedad, en comparación a otros⁵⁹¹, lo que se traduce en un amplio margen de discrecionalidad para el intérprete⁵⁹². Suelen ejemplificarse este tipo de conceptos con expresiones tales como “*buenas costumbres*”, “*grave perjuicio*”, “*importante cantidad*”⁵⁹³ etc. ¿Es que acaso habría que prescindir de estas disciplinas, en aquellos

⁵⁸⁶ GARCÍA MANRIQUE, “La dignidad y sus menciones en la declaración”, op. cit., pp. 46-47.

⁵⁸⁷ GARCÍA MANRIQUE, “La dignidad y sus menciones en la declaración”, op. cit., pp. 46-47.

⁵⁸⁸ GARCÍA MANRIQUE, “La dignidad y sus menciones en la declaración”, op. cit., pp. 46-47.

⁵⁸⁹ GARCÍA MANRIQUE, “La dignidad y sus menciones en la declaración”, op. cit., pp. 46-47.

⁵⁹⁰ FIGUEROA YÁÑEZ, “La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)”, op. cit., p. 137.

⁵⁹¹ OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales, valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, op. cit., p. 110; MUÑOZ CONDE, *Introducción al DP*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2001, p. 158.

⁵⁹² OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales, valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, op. cit., p. 110.

⁵⁹³ Si bien no es una característica propia de los elementos normativos del tipo, dado el carácter valorativo conceptual que presentan, la indeterminación se vincula especialmente con ellos, y sobre todo con los *elementos extrajurídicos de valor* (OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales, valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, op. cit., p. 111); como sucede con el caso de la expresión “*pequeñas cantidades*” respecto de la figura de microtráfico ilegal de drogas en Chile, en donde la necesidad de que el intérprete efectúe un juicio de valor, además de constatar la situación fáctica que le sirve de fundamento, sin estar sujeto por pautas precisas más que los elementos que delimitan la distinción entre las figuras de tráfico del consumo, hace que se difuminen los contornos de la materia prohibida y se generen riesgos respecto de la seguridad jurídica. Por lo tanto, todo elemento que requiera un juicio de valor no delimitado por pautas precisas, como ocurre en los elementos de valor con referencias extrajurídicas tales como la expresión “*pequeñas cantidades*” o “*notoria importancia*”, constituye un concepto indeterminado. La indeterminación proviene de la inexistencia de pautas objetivas

casos en los cuales no dan una respuesta certera y sin lugar a dudas? Si de lo que se trata es de obtener respuestas claras al cúmulo de incertidumbres morales que nos acecha, no cabe duda de que el concepto de dignidad humana no aportará mucho, pero es que entonces también la filosofía es inútil a efectos pragmáticos, pero se olvida con ello que los conceptos éticos son normativos y como tal, la función de la dignidad humana es valorar la realidad, no describirla, ya que los conceptos normativos que remiten a juicios de valor y, por lo tanto, proponen, recomiendan o prescriben algo, enuncian pautas que quizá no nos permitan especificar qué comportamientos son dignos y justos, pero sí

y precisas para la determinación del concepto en el caso determinado, cuestión que podría desencadenar la resolución en base a criterios subjetivos o meramente emotivos que promuevan la arbitrariedad en detrimento del *principio de certeza*. Por ello, a falta de determinación por parte del legislador, es de suyo necesario el establecimiento de criterios objetivos por parte de la jurisprudencia, que ayuden de algún modo a otorgar un nivel aceptable de *seguridad jurídica*. En tal sentido, en Chile Ossandón Widow, señala que cuando la referencia valorativa es de naturaleza cuantitativa y no se determinan más parámetros de medición que la propia defensa del bien jurídico al que se refiere la norma, gran parte de la decisión inculpativa queda en manos del juez, y la vaguedad del elemento solo puede verse contrarrestada por una jurisprudencia constante y uniforme. Luego, la autora toma como ejemplo precisamente el delito de tráfico de drogas agravado por la circunstancia del art. 369.1.6^a del CPes, cuando la cantidad de droga fuere de *notoria importancia*, refiriendo que la indeterminación y variabilidad de ese concepto ha quedado en evidencia desde el pleno no jurisdiccional del TS de 19 octubre 2001. A partir de entonces cambia el criterio de valoración que se venía aplicando y, por ejemplo, se pasa de estimar que 120 grs. puros de cocaína constituyen una cantidad de notoria importancia, a entender que solo se aplica el tipo agravado cuando se superan los 750 grs. (OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales, valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, op. cit., pp. 112-113). No obstante lo anterior, cabe señalar que el recurso a los elementos normativos no tiene necesariamente por qué convertirse en un bastión de inseguridad jurídica. Bien puede el legislador, por ejemplo, establecer pautas objetivas en base a las cuales el juez ha de interpretar o entenderse que la actividad ilícita debe ser calificada como microtráfico. El asunto se complica en DP, toda vez que ante elementos que no precisan adecuadamente su contenido, ello podría conducir a ciertos problemas en la aplicación de las penas, en caso de que frente a hechos similares, unos puedan ser sancionados, conforme a la pena establecida para la figura base y otros conforme a la figura privilegiada, favoreciéndose de esta forma el establecimiento de una zona gris que tiende a la inseguridad jurídica. En tal sentido, Zaffaroni sostiene que “cuando se exagera el recurso a los elementos valorativos, se corre el riesgo de debilitar el *nullum crimen sine lege* y de fortalecer la pulsión del poder punitivo y agrega que ello es una característica del Derecho penal autoritario” (ZAFFARONI, *DP, PG*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 461). Por su parte, Quintero Olivares, refiriéndose a los elementos valorativos, señala que el sentido de éstos dependerá de la ponderación que de ellos haga el juez en cada caso, lo cual requerirá tener en cuenta las circunstancias de la realidad social, las personas afectadas o el lugar y por ello señala que se ha denunciado que el abuso en el recurso a estos elementos en las formulaciones legales puede poner en riesgo la *seguridad jurídica*, dadas las lógicas variaciones de criterios que se dan en cada juez y en cada tiempo y lugar (QUINTEROS OLIVARES, *Curso de DP, PG*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1997, p. 274). Si bien los riesgos antes indicados son efectivos, necesario es señalar que hay casos en los cuales las valoraciones son establecidas para privilegiar un tipo penal, como ocurre en la expresión “circunstancias del hecho”, utilizada por el legislador chileno para privilegiar la conducta que atenta en contra del bien jurídico de la salud individual, y no para tipificar el núcleo de la conducta o para agravar la responsabilidad penal del sujeto activo del delito. Sin embargo, el tema se complica cuando el legislador agrava la responsabilidad penal del sujeto, en base a elementos de suyo indeterminados como ocurre con el elemento normativo del tipo “cantidad de notoria importancia”, inserta en el CPes, respecto del delito de tráfico ilícito de drogas (JAÉN VALLEJO, “El nuevo criterio para la determinación de la circunstancia de agravación de “cantidad de notoria importancia” del art. 369. 3 CP, nota sobre el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 19 de octubre de 2001”, en *RECPC*, 04 de febrero de 2002, documento disponible en internet, página: www.criminet.ur.es). De otro lado, debe tenerse en consideración que si bien el abuso de los elementos valorativos no es deseable, en este caso, el empleo de tales elementos pudiera tener la ventaja de entregar al juez criterios flexibles y amplios para resolver, en atención al mayor o menor injusto, permitiendo que sean sancionadas como delitos, conductas que por las circunstancias del caso reflejan un menor merecimiento de pena en virtud del menor grado de oposición al bien jurídico protegido, a diferencia de lo que ocurre en un sistema estructurado sobre la base de un criterio absolutamente fijo y determinado.

señalar las injusticias y las indignidades y así por ejemplo, hoy la esclavitud, la tortura, la pena de muerte son prácticas indignas, porque reconocemos que utilizan a la humanidad como medio y no como fin, no respetan la autonomía de las personas, anulan su capacidad de decidir qué es lo que hemos convenido en señalar como las notas de la dignidad humana y por ello no podemos tildar ciertas palabras de inútiles⁵⁹⁴. Al decir que la condición humana tiene dignidad, que la persona es autónoma y libre para decidir qué hacer con su vida, y que las personas, debido a esa capacidad fundamental, merecen respeto, no estamos describiendo lo que ocurre, sino lo que debería ocurrir, porque los valores denotan algo que quisiéramos ver reflejada en las conductas de los humanos, pero que a menudo faltan⁵⁹⁵. Que toda vida humana es, por definición, “humana” (tautología), ello no impide que podamos calificar ciertas acciones, realizadas por hombres, como “inhumanas” o como indignas de alguien que pertenece a la humanidad⁵⁹⁶. La obligación de considerar a cada ser humano como un fin en sí, dotado de dignidad, no impide que individualmente, subjetivamente, una persona pueda considerar que su vida no es digna y por ello se dice que cuando la dignidad desaparece sin remedio, la vida debe desaparecer también, pero la dignidad no depende ni se ve dañada cuando las ganas de seguir viviendo se acaban porque uno considera que las condiciones en las que vive ponen en entredicho la dignidad y la humanidad misma⁵⁹⁷. Así por ejemplo, los avances biomédicos se proponen hacer frente a los problemas que surgen en esas etapas más vulnerables de la vida, lo hacen para protegerla y devolver la salud que se ha perdido, pero en ese afán, puede dañar la dignidad si no tienen en cuenta que al ser humano hay que tratarlo como persona y no sólo como un cuerpo o un organismo enfermo o deteriorado y en tales condiciones de vulnerabilidad, parece legítimo pensar que la persona pueda renunciar a verse a sí misma degradada por la enfermedad, el dolor y el sufrimiento hasta extremos que ella misma considera insoportables, porque la dignidad es un atributo y también una construcción humana. Por lo tanto, es importante tener en cuenta que en disciplinas como la Bioética lo importante no es establecer criterios de dignidad, que nos sirvan para resolver problemas concretos, sino más bien dar razones y argumentos a favor de las decisiones y comportamientos dignos y en contra de los indignos⁵⁹⁸.

En cuanto a su carácter fungible, podríamos estar dispuestos a ceder parte de autonomía para asegurar otros bienes como, por ejemplo, la seguridad, sin embargo ello en nada afecta el carácter inviolable de la dignidad humana, ya que no es éste el principio que ha de ponderarse sino una derivación del mismo consistente en la autonomía que antes aludimos⁵⁹⁹. Por último, sobre su potencial efecto dañino, resulta que las mayores atrocidades en contra de la dignidad humana han sido realizadas en nombre de la libertad, tal como ocurrió con la respuesta militar a los atentados del 11 de septiembre de 2005, que llevó a la invasión de Irak y se hizo mediante una operación denominada “libertad duradera”. Evidentemente el mal uso que se haga del término no implica la necesidad de descartarlo. Respecto del efecto psicológico que, según Pinker, produce el término dignidad y que redundar en el respeto de las personas, lo cual a su juicio puede ser reducido al principio de autonomía, lo único que este autor realiza es cambiar la palabra dignidad por respeto y, por lo tanto, no se está prescindiendo del término.

⁵⁹⁴ CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, op. cit., pp. 148-149.

⁵⁹⁵ CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, op. cit., pp. 145-146 y 149-153.

⁵⁹⁶ CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, op. cit., pp. 145-146 y 149-153.

⁵⁹⁷ CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, op. cit., pp. 145-146 y 149-153.

⁵⁹⁸ CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, op. cit., pp. 145-146 y 149-153.

⁵⁹⁹ CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, op. cit., pp. 145-146 y 149-153.

El otro problema tiene que ver con la cuestión de si el concepto de dignidad añade o no algo al de autonomía. En verdad, autonomía y dignidad no son términos contrapuestos, no designan realidades distintas, sino la misma realidad vista desde perspectivas distintas y, por lo tanto, la noción de dignidad no se puede reducir a la autonomía⁶⁰⁰. La dignidad es una noción normativa o axiológica que permite establecer relaciones de justificación, no es la causa de que la gente se comporte de cierta manera, sino que es aquello que justifica que debemos actuar de cierta forma; naturalmente, sólo si se tiene en cuenta esta segunda posibilidad, tiene sentido considerar que la dignidad es el fundamento de los derechos humanos y el principio o valor que sirve de justificación última a todos los derechos fundamentales⁶⁰¹.

6.2. ¿Es la dignidad humana una condición inalienable e inherente al ser humano?

El debate parecía claro tratándose, por ejemplo, de los atentados en contra de los derechos humanos, cometidos durante el periodo de la Alemania Nazi, en donde los “malos” ocupan el lugar del torturador y los “buenos” el de los torturados. Sin embargo, el tema se complica cuando el sujeto a torturar es el por algunos llamado “enemigo de la sociedad”⁶⁰², respecto del cual se ha planteado la necesidad de establecer excepciones a la prohibición de tortura, a las garantías penales, procesales y constitucionales y, por ende, a la idea de dignidad humana como condición inalienable e inherente al ser humano⁶⁰³.

Dicho problema se ha instalado con fuerza en la actualidad sobre todo a propósito de la lucha contra el terrorismo, en donde se discute si, por ejemplo, los funcionarios públicos deberían o no estar autorizados a torturar a un terrorista para obligarlo a decir dónde está la bomba de relojería que, según el propio terrorista extorsionador, podría ocasionar la muerte de numerosas personas⁶⁰⁴. Los defensores de

⁶⁰⁰ ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., pp. 79-81.

⁶⁰¹ ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, op. cit., pp. 79-81.

⁶⁰² El DP del enemigo sería una reacción de combate del ordenamiento jurídico en contra de individuos especialmente peligrosos (CANCIO MELIÁ, “¿DP del enemigo?”, en JAKOBS Y CANCIO, *DP del enemigo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 94-95). Este se caracterizaría por tratar a esta clase de delincuentes no como ciudadanos, sino como sujetos que han ido apartándose paulatinamente de la senda del Derecho, hasta convertirse en enemigos de la sociedad. Frente a tal enemigo el DP de la normalidad resultaría insuficiente e ineficaz y por lo tanto, debe ser neutralizado a toda costa, porque constituye una permanente fuente de peligro para la sociedad. Cuatro serían las características del DP del enemigo: a) el adelantamiento de las barreras de protección penal sin una reducción proporcional de la pena con respecto a la pena de momentos más avanzados del *iter criminis*; b) cambio de perspectiva, de acuerdo con la cual el DP debería mirar no sólo hacia el pasado (hacia el hecho ya cometido), sino también hacia el futuro (el hecho venidero, que aún está por llegar); c) transición de una legislación penal a una legislación de lucha o de combate; y d) reducción o relajamiento de las garantías procesales propias del proceso penal (GÓMEZ MARTÍN, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG Y CORCOY BIDASOLO, Editorial B de F, *Política criminal y reforma penal*, Buenos Aires, 2007, 72-76).

⁶⁰³ Silva Sánchez alude a ésta tendencia con el nombre de “tercera velocidad” consistente en el DP del enemigo, carente de las garantías propias del DP nuclear o clásico (SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del DP, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pp. 159 y ss.)

⁶⁰⁴ En tal sentido, afirma Muñoz Conde que: “Pues no cabe duda de que sucesos como el atentado terrorista a las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001, el de diciembre del 2003 en Bali (Indonesia), el del 11 de marzo del 2004 en la Estación de Atocha en Madrid, el del 1 de septiembre en la escuela de Beslan (Rusia), el del 7 de julio del 2005 en el Metro de Londres, han demostrado la existencia de un peligro real y la posibilidad de otros atentados de carácter masivo en cualquier Estado con problemas de terrorismo interno vinculado a movimientos extremistas independentistas, o más o menos directamente involucrado en el conflicto bélico desencadenado a raíz del atentado de Nueva York

la tortura en esta clase de hipótesis argumentan que quien ha de ser torturado es el responsable por la situación conflictiva que afecta a víctimas que se encuentran en una situación de fidelidad al Derecho, por lo que no autorizar la tortura implicaría premiar la sangre fría y la astucia del extorsionador, es decir, la tortura afecta al culpable y tiene por finalidad salvar a personas inocentes y, por lo tanto, los costos por poner en riesgo la vida de inocentes los debe pagar el responsable de la situación y no los ciudadanos fieles al Derecho⁶⁰⁵. Señalan que el funcionario público torturador actuaría amparado por la causa de justificación de la legítima defensa a favor de terceros, según algunos, y en situación de estado de necesidad, según otros⁶⁰⁶. Refieren que la amenaza de una muerte dolorosa con la explosión de una bomba, según el aviso del extorsionador, es mucho peor que la más grave tortura⁶⁰⁷. Postulan que la prohibición de tortura en toda circunstancia significaría la imposición al agredido de un deber de aceptar, sin resistencia, la destrucción antijurídica de su existencia física, lo cual acabaría en una barbaridad contra los intereses superiores y justificados de los millones de afectados y, por lo tanto, en un escándalo ético, ya que el menosprecio más claro de la personalidad de un ser humano se produce cuando con la finalidad de sembrar el terror, se lo hace saltar por los aires, se lo contamina con radioactividad, envenena o infecta con gérmenes mortales y que los principios del Estado de Derecho no deberían convertirse en un pacto suicida^{608/609}.

por el Gobierno del Presidente Bush de los Estados Unidos de América contra los países que se supone suministran apoyo o sirven de base logística a los grupos terroristas fundamentalistas islámicos autores de esos atentados. Pero la reacción no ha sido sólo ésta de carácter bélico, desarrollada sea dicho de paso sin el permiso del Consejo de Seguridad de la ONU y sin haber demostrado la existencia de armas de destrucción masiva, que fue el pretexto que se dio para justificar la invasión de Irak, sino otra de carácter jurídico y sobre todo jurídico penal que refleja casi al pie de la letra las características del “DP del enemigo” que Jakobs describió en su ponencia de Berlín” (MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el DP del enemigo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 17-18).

⁶⁰⁵ GRECO, *La regla detrás de la excepción – Reflexiones respecto de la tortura en los casos de las ticking time bombs*, ponencia, presentada en la Universidad Pompeu Fabra durante el año 2007.

⁶⁰⁶ Roxin, asevera la antijuridicidad de cualquier tipo de acción de tortura, sin embargo, considera como ponderable la apreciación de una exculpación suprallegal en semejantes situaciones catastróficas (ROXIN, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, *CPC*, N° 83, 2004, pp. 23-36).

⁶⁰⁷ Postner piensa que se debiese relajar la prohibición a la tortura y confiar en la actuación de los funcionarios públicos concediéndoles discrecionalidad para determinar cuándo estamos ante un caso extremo que justifica el uso de la tortura, por cuanto si el funcionario no tiene una ley expresa que lo limita, él mismo se auto - limita. En la era de las armas de destrucción masiva la tortura puede ser el único medio para evitar la muerte de millones de personas, de lo cual se deduce el deber moral y político del Presidente para autorizar la tortura (POSTNER, *Not a suicide pact*, The Constitution in a time of national emergency, Oxford University press, Oxford, 2006, capítulos I, II y III).

⁶⁰⁸ Así, quien por principio se conduce de modo desviado no ofrecería garantía de un comportamiento personal; por ello, no podría ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tendría lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido. Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí sería competente y a la que podría contradecirse a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede -en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena- de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, DP del enemigo (en este contexto, DP al menos en un sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un delito) en vez de DP del ciudadano, y la voz “Derecho” significa en ambos conceptos algo claramente diferente, (JAKOBS Y CANCIO, *DP del enemigo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 20 y 63).

En contra de la noción DP del enemigo, entre otros muchos, se manifiestan SCHÜNEMANN, “¿DP del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desatención teórica”, en SCHÜNEMANN, *Obras*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, pp. 41-63; MUÑOZ CONDE, *DP, PG*, op. cit., pp. 69. y ss.; PORTILLA CONTRERAS,

De esta manera, la dignidad humana no sería inherente al ser humano por el hecho de ser tal, sino que sería algo externo al individuo, que se tiene en tanto no se verifique algún hecho que lo prive de tal condición y lo convierta en un individuo de segunda categoría, argumento que, por lo demás, es el fundamento del DP del enemigo⁶¹⁰. Así, la pretensión de no ser torturado y de ser respetada su dignidad

“El DP y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Y ZUGALDÍA ESPINAR (Coord.) *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, T. I, pp. 693-720; GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “DP del enemigo”, en *RECPC*, 2005, documento disponible en internet, página www.criminet.urg.es; Díez Ripollés, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *RECPC*, 2005, documento disponible en internet, página: www.criminet.urg.es.

⁶⁰⁹ Una clara expresión de lo dicho se encuentra en el discurso de Postner, para quien la vigencia de los derechos constitucionales en Estados Unidos, a partir del día 11 de septiembre del año 2001, debe ser revisada y seriamente limitada ante la amenaza que representa la guerra en contra del terrorismo. Por lo tanto, plantea que si un terrorista de Al-Qaeda resultara capturado debería ser internado al país, no debiese asegurársele ninguno de sus derechos constitucionales, pudiendo incluso ser torturado a objeto de obtener información, por cuanto serían prisioneros de guerra y al no respetar los derechos de la guerra son combatientes ilícitos respecto de los cuales no cabría el Habeas Corpus. Agrega que debería ser el imputado quien tendría la carga de probar su inocencia. También justifica medidas como la utilización del sistema de escuchas, la incomunicación, el interrogatorio prolongado y coactivo, el juzgamiento por Tribunales Militares sin jurados y en un juicio privado para evitar la divulgación de información sensible para la seguridad nacional (POSTNER, *Not a suicide pact*, op. cit., Capítulos I, II, III).

⁶¹⁰ Así por ejemplo Jakobs sostiene que: “Ciertamente, una necesidad transitoria de coacción contra una persona a causa de un determinado comportamiento provoca una “abolladura” -también transitoria- en la personalidad, sin dejar sólo por ello un daño permanente: tras la medida de coacción, puede volver a estar todo en orden”. Luego, Jakobs agrega que “Esas estabilizaciones, que se admiten en caso de un defecto personal transitorio, ya no sirven cuando el defecto personal ocasional se convierte en duradero o cuando diferentes defectos se suceden en una cadena casi sin fin o, en todo caso, incalculablemente larga. En estos mismos casos, la “abolladura” transitoria en la personalidad se convierte en una deformación permanente y, según cuales sean sus dimensiones, sería inadecuado seguir poniendo en primera fila solamente a la persona y no tener en cuenta la fuente de peligro -que ya hace mucho que está presente-. Es posible especificar en qué momento se produce el cambio: este tiene lugar cuando con la reacción cognitiva, la coacción, no se espera hasta que exista un nuevo conflicto, sino que, mediante un procedimiento -que todavía está por especificar-, se actúa por precaución ya ahora contra la persona (deformada) como futura fuente de peligro (esto es, se reacciona frente al mero peligro de un injusto futuro)”. En otra parte de su conferencia Jakobs refiere que: “La persona es portadora de derechos y deberes; si incumple determinados deberes de manera obstinada, en esa medida ya no puede ser tratada como persona, esto es, no desempeña el papel “persona” de tal manera que en la realidad tenga sentido contar con ello. Una solución consistiría en evitar, de manera general o en determinados contextos, los contactos con la persona deformada. Sin embargo, en una sociedad extensa con contactos en gran parte anónimos no se puede organizar esa evitación; dicho de manera más precisa, ello solamente es posible en la medida en que no sea la sociedad la que evite a la persona, sino que se coaccione a la persona a evitar a la sociedad o a hacerse de nuevo capaz de vivir en sociedad -precisamente mediante las medidas-” (JAKOBS, *Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas complementarias a la pena*, Conferencia realizada en la Universidad Pompeu Fabra en el año 2007).

Varias son las preguntas que surgen de estas citas de Jakobs. En efecto, ¿qué sucede cuando (en términos de Jakobs) la deformación de la persona, es innata a ella, es decir, cuando el sujeto nace con esa característica?, ¿justifican las palabras de Jakobs las custodias de seguridad posteriores a la aplicación de la pena?, de ser así ¿cómo se concilia aquello con el principio de la responsabilidad por el hecho?, ¿Quién y cómo se cuantifica la probabilidad de que el sujeto, que se considera una fuente de peligro, volverá a cometer nuevos delitos?, ¿Quién determina la calidad de persona, el sujeto, la sociedad o el Estado? ¿la consideración del sujeto como fuente de peligro, opera respecto de delitos graves como el tráfico de drogas, el crimen organizado o también respecto de hurtos de bagatela o tráfico de pequeñas cantidades de droga blanda como la marihuana?

humana, sería algo que el terrorista podría perder a consecuencia del comportamiento antijurídico anterior (*regla de la caducidad*)⁶¹¹.

Me parece que una verdadera comprensión y respeto por los derechos humanos debería rechazar la regla de la caducidad, toda vez que roto el dique de contención que representa la idea del respeto por la dignidad del ser humano, nada se opondría al retorno de la pena de muerte, a la castración obligatoria de delincuentes sexuales, o incluso a los asesinatos selectivos de terroristas conocidos y la dignidad sería algo que únicamente debería respetarse en tanto que los costos de este respeto no sobrepasen un umbral de importancia determinado⁶¹².

La diferencia entre una banda de ladrones y el Estado consiste en que éste ejerce el monopolio legítimo del poder y, por lo tanto de la fuerza, sobre un territorio determinado, toda vez que el Estado habla en nuestro nombre, lo cual implica reconocer que los ciudadanos, destinatarios del ejercicio del poder, son personas con voluntad y que el título de legitimidad estatal presupone que existen seres humanos que tienen una voluntad⁶¹³. La tortura en cambio, aniquila la voluntad del ser humano, que es presupuesto indispensable para el ejercicio del poder legítimo y está prohibida, porque excluye al individuo del círculo en donde se encuentran los ciudadanos en cuyo nombre habla el Estado y por ello el argumento de que con su acto el terrorista voluntariamente se ha excluido debe ser rechazado, toda vez que finge observar la voluntad del torturador para luego negarla a través de la tortura⁶¹⁴.

En la medida en que el Estado traspasa las barreras de los límites al *ius puniendi* y transgrede los derechos humanos pierde la legitimidad que los ciudadanos le han entregado en un Estado social y democrático de Derecho y si la legitimidad de la tortura depende del hacer precedente, la excepción se empieza a expandir rápidamente, así cabe preguntarse: ¿Por qué no podría torturarse, con los mismos fundamentos, al aliado del terrorista que no participa en el hecho, o a su abogado, ya que ambos saben de la situación y, en consecuencia, podría argumentarse que se encuentran en omisión del deber de socorro? De este modo, bastaría con conocer de la amenaza terrorista para que la persona, aun no participando de manera directa en el hecho, estuviera en posición de perder su dignidad humana a través de la tortura⁶¹⁵.

Si la tortura debiese permitirse en aquellos casos en los cuales la dimensión del daño es considerable, debiese aceptarse además que la dignidad del ser humano sólo debería respetarse cuando los costos fuesen menores al costo de transgredirla (*regla de los costos*) y, de esta forma, el ser humano podría ser utilizado e instrumentalizado para fines supuestamente superiores, cuando existiera un interés lo suficientemente plausible para justificarlo⁶¹⁶. Este planteamiento acarrea el dilema de que si los intereses son

⁶¹¹ GRECO, *La regla detrás de la excepción – Reflexiones respecto de la tortura en los casos de las ticking time bombs*, ponencia, presentada en la Universidad Pompeu Fabra durante el año 2007.

⁶¹² En el mismo sentido, GRECO, *La regla detrás de la excepción – Reflexiones respecto de la tortura en los casos de las ticking time bombs*, ponencia, presentada en la Universidad Pompeu Fabra durante el año 2007.

⁶¹³ GRECO, *La regla detrás de la excepción – Reflexiones respecto de la tortura en los casos de las ticking time bombs*, ponencia, presentada en la Universidad Pompeu Fabra durante el año 2007.

⁶¹⁴ GRECO, *La regla detrás de la excepción – Reflexiones respecto de la tortura en los casos de las ticking time bombs*, ponencia, presentada en la Universidad Pompeu Fabra durante el año 2007.

⁶¹⁵ GRECO, *La regla detrás de la excepción – Reflexiones respecto de la tortura en los casos de las ticking time bombs*, ponencia, presentada en la Universidad Pompeu Fabra durante el año 2007.

⁶¹⁶ El argumento de los costos *versus* los beneficios, en virtud del cual le es lícito al estado torturar no es para nada nuevo, así el propio Diderot decía: “¡Cuán débil es esta razón! Huyen de un bosque a otro. Pasan de una ciudad a otra; ¿pero se destierran el Estado? Y aun cuando se desterrasen, ¿la humanidad

superiores ¿por qué no torturar al hijo, la señora o a la esposa del terrorista cuando éste no quiere hablar?⁶¹⁷ Es evidente que el peligro emanado de la ruptura del dique de la prohibición de la tortura deviene en la pérdida del valor de la dignidad humana como consustancial a toda persona.

Los terroristas, por la naturaleza de la actividad que desarrollan actúan en el anonimato y, por lo tanto, si el enemigo es invisible y ataca en la penumbra ¿quién y cómo se determina quién es el terrorista? Esto es además sumamente criticable, ya que como se puede apreciar, no existe un concepto unívoco de lo que debe entenderse por “terrorista”. Así Jakobs, acorde con su sistemática funcionalista extrema de la teoría del delito⁶¹⁸, entiende por terrorista, quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden⁶¹⁹, en tanto que para Cancio son los medios utilizados, la naturaleza política e ideológica de los fines perseguidos y una determinada estructura organizada los aspectos que caracterizan al terrorismo⁶²⁰.

Un Estado social y democrático de Derecho, pone el DP al servicio del ciudadano, lo cual implica el respeto de principios como la dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano⁶²¹. De ahí que, sin perjuicio de que se imponga la sanción penal correspondiente por el hecho cometido, no es posible discriminar a un grupo de personas etiquetándolas como “enemigos”, ya que ello significaría vulnerar, como se afirma habitualmente en la discusión, en diversos puntos el principio del DP del hecho⁶²² acorde con el cual, la pena debe anudarse al hecho antijurídico siendo lo decisivo para la punibilidad, el reproche que se realiza al autor a causa de la comisión de un hecho determinado en sus caracteres esenciales (*culpabilidad por el hecho*), a

para con un culpable debe ser antepuesta al cuidado de limpiar los pueblos de los salteadores de los caminos, y de los asesinos que se envían a ellos por una falsa compasión? Considérese que unos cuantos minutos de tormento que se haga padecer a un malvado (convicto), pueden salvar la vida a cien inocentes que van a perecer entre las manos de sus cómplices, y el tormento parecerá (entonces) un acto de humanidad”, a ello Berenger, responde: “Pero Diderot se ha engañado. La supresión del tormento ha convencido de su inutilidad; y Beccaria, suprimiendo los suplicios crueles, ha hecho desaparecer, en cierto modo, los grandes malvados”, (BONESANA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993, p. 94).

⁶¹⁷ GRECO, *La regla detrás de la excepción – Reflexiones respecto de la tortura en los casos de las ticking time bombs*, ponencia, presentada en la Universidad Pompeu Fabra durante el año 2007.

⁶¹⁸ Jakobs, en un funcionalismo extremo, postula que la función del DP es proteger la vigencia de la norma como bien jurídico penal y expone que: “El DP tiene la misión de garantizar la identidad de la sociedad. Eso ocurre tomando el hecho punible en su significado, como aporte comunicativo, como expresión de sentido, y respondiendo ante él. Con su hecho, el autor se aferra a la afirmación de su conducta, esto es, la defraudación de una expectativa normativa, integra la conducta determinante, y que, entonces, la expectativa normativa en cuestión es un accesorio no determinante para la sociedad. Mediante la pena se declara, contra esa afirmación, que ello no es así, que, antes bien, la conducta defraudatoria no integra, ni antes ni ahora, aquella configuración social que hay que tener en cuenta” (JAKOBS, “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma”, en JAKOBS Y STRUENSEE, *Problemas capitales del DP moderno*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 33 y en JAKOBS, *DP, PG*, op. cit., pp. 44 y ss. y en JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 56).

⁶¹⁹ JAKOBS, y CANCIO MELIÁ, *DP del enemigo*, op. cit., p. 41.

⁶²⁰ Así Cancio, criticando la regulación española sobre terrorismo refiere: “...Sólo así puede explicarse que en el CPes de 1995 –por mencionar un solo ejemplo- se haya introducido la figura del terrorista individual, una tipificación que no cuadra de ningún modo con la orientación de la regulación española en este sector, estructurada en torno a la especial peligrosidad de las organizaciones terroristas” (JAKOBS Y CANCIO, *DP del enemigo*, op. cit., p. 102).

⁶²¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., 2005, p. 104.

⁶²² CANCIO MELIÁ, “¿DP del enemigo?”, op. cit., p. 100.

diferencia de lo que ocurre en el DP de autor, en donde la pena se asocia a su peligrosidad, la justificación de la sanción se atribuye a la “*culpabilidad por el modo de vida*” y en donde lo decisivo es el reproche dirigido al autor por haber adquirido una personalidad delictiva⁶²³.

La asunción de un Estado social y democrático de Derecho implica necesariamente el respeto por la condición del ser humano, como un ser digno y con capacidad de voluntad y es este reconocimiento lo que diferencia el uso que del poder legítimo realiza el Estado en comparación al terrorista y lo que justifica la existencia de los límites al *ius puniendi*, por más grandes que sean los peligros que se deba afrontar, toda vez que el Estado de Derecho basa su superioridad moral frente al delincuente justamente en que el Estado no se sirve de los mismos métodos que éste. Por lo demás, si algo nos ha dejado la historia, es la constatación de que los peligros más grandes para la libertad vienen precisamente de un Estado poderoso.

Como se ve la relativización de la prohibición de la tortura, no encuentra abrigo en la tradición jurídica occidental, acorde con la cual la dignidad del ser humano, al igual que los derechos humanos, son inalienables, inherentes al individuo por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana. Así, como lo apuntamos más arriba, desde Kant se entiende que el hombre es un fin en sí mismo, por tanto, no puede ser utilizado como un medio sin importar cuál sea la dimensión de la finalidad que se persiga. La dignidad del ser humano debe ser respetada por el Estado, ya sea que se trate del ser más maligno que pisa la faz de la tierra, como del ciudadano ejemplar, por cuanto el ser humano tiene un valor en sí mismo que no se puede transar pese a las consecuencias que de ello se deriven.

Sin embargo, ya en un análisis más fino, podría discutirse si es posible distinguir entre la situación de la legislación del Estado *ex ante* y en abstracto y la responsabilidad individual del agente policial *ex post* y en concreto una vez que la tortura ha sido utilizada por éste último, como método para de obtener la información necesaria para prevenir daños (de aún mayor gravedad) a personas inocentes⁶²⁴.

Con lo hasta aquí dicho, parece claro que aún en estas situaciones, la prohibición absoluta de la tortura no debe hacerse más flexible *ex ante* ni en abstracto para el Estado, en virtud de la postura inequívoca en la ley internacional y las negativas implicaciones políticas que un enfoque flexible podría acarrear. Sin embargo, es discutible si esto conlleva necesariamente responsabilidad penal individual para el agente policial, *ex post*, en el caso concreto, dados los deberes en conflicto que éste tiene que afrontar, esto es, respetar la dignidad humana del sospechoso (terrorista) y al mismo tiempo proteger (activamente) a potenciales víctimas de las acciones de este sospechoso⁶²⁵.

Luego, habida cuenta de que el acto de torturar llevado a cabo por el agente policial constituye una conducta típica, podría discutirse si en el caso concreto pudiera o no concurrir alguna causa de justificación tales como la *legítima defensa* o el *estado de necesidad* que nos permitiera sostener que en la especie no concurre la antijuridicidad penal en el acto de tortura⁶²⁶. En tal sentido, se podría argumentar que si está permitido matar en legítima defensa, como mayor razón tortura en caso de que se den los

⁶²³ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 58-59.

⁶²⁴ AMBOS, *Terrorismo, tortura y DP*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, pp. 20 y ss.

⁶²⁵ AMBOS, *Terrorismo, tortura y DP*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, pp. 20 y ss.

⁶²⁶ La antijuridicidad penal requiere de un tipo penal sin causas de justificación (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 148).

requisitos de la causa de justificación. En último término, podría plantearse la posibilidad de analizar si en el caso concreto es posible atribuir el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor, es decir, si en este análisis categorial del caso concreto, concurre o no la imputación personal (o culpabilidad) y, particularmente en el tema en cuestión, podría tener bastante importancia analizar la posibilidad de que concurra la causal de exculpación del *estado de necesidad exculpante* cuya presencia impediría la reprochabilidad de la voluntad defectuosa del agente policial, por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho⁶²⁷.

Evidentemente dicho análisis supera con creces los objetivos de esta investigación. Sin embargo, hemos podido concluir la imposibilidad del Estado de establecer, aun en casos extremos, *ex ante y en abstracto* limitaciones a la prohibición de torturar y dicha conclusión se basa precisamente en una defensa del principio del respeto por la dignidad humana. En todo caso, parece interesante la opinión de Ambos cuando refiere que: “Así, el investigador puede ser excusado, pero su conducta no justificada, ya que esto convertiría a la tortura en algo legal o incluso en algo socialmente aceptable y minaría así la absolutez de la regla de conducta “no torturar”⁶²⁸.

7. Dignidad humana y disponibilidad de la salud individual

El análisis de la dignidad humana plantea numerosas controversias en el ámbito de la disponibilidad de la salud individual. La solución a dichos problemas dependerá de la concepción que de aquél principio se defiende y de los bienes jurídicos en juego se tenga.

Así, por ejemplo, resultan altamente controvertidos, problemas tales como la discusión sobre la disponibilidad de la salud individual, sobre todo, en tres grupos de casos, consistentes en: el consentimiento del paciente en la actividad médica, la negativa de los Testigos de Jehová a realizarse transfusiones de sangre o las huelgas de hambre llevadas a cabo en instituciones penitenciarias.

⁶²⁷ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., pp. 525 y ss.

⁶²⁸ (AMBOS, *Terrorismo, tortura y DP*, op. cit., p. 20). Al parecer el TS coincide con esta opinión, toda vez que en STS N° 540/2010, de fecha 8 de junio, expreso que: “Por ello los tres comportamientos absolutamente prohibidos por el art. 15 CE, se caracterizan por la irrogación de “padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infringidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente (SSTC N° 120/90 de fecha 27 de junio, N°57/94 de fecha 28 de febrero, N° 196/2006 de fecha 3 de julio). Tales conductas constituyen un atentado “frontal y radical” a la dignidad humana, bien porque clasifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo (STC N° 181/2004 de fecha 2 de noviembre). En efecto, la tortura, y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal a la transparencia y la sujeción a la Ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho, su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas (SSTC N° 91/2000 de 30 de marzo, N° 32/2003 de 13 de febrero, N° 181/2004 de 2 de noviembre, y SSTEDH. de fecha 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido, § 88; de 28 de julio de 1999, Selmouni c. Francia, § 95; de 11 de abril de 2000, Sevtop Veznedaroglu c. Turquía, § 28; de 16 de diciembre de 2003, Kmetty c. Hungría, § 32; de 2 de noviembre de 2004, Martínez Sala y otros c. España, § 120). Por ello, tal prohibición se configura en la Constitución Española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales”.

A fin de resolver los problemas antes planteados, deberemos comenzar por referirnos a la discusión en torno a la disponibilidad de la salud individual, toda vez que las conclusiones que de este análisis se deriven, nos ayudarán a contestar los tres temas antes propuestos.

7.1. La disponibilidad de la salud individual en el Derecho constitucional

Desde un punto de vista constitucional, la idea de la vida y de la salud entendida como valores prevalentes y absolutos, es propia de una concepción constitucional intuitiva, total o jerarquizada de la dogmática de los derechos fundamentales, en la cual *el juicio del individuo no reconoce un criterio uniforme comunicable para tomar sus decisiones morales*⁶²⁹. Se trata de un Derecho encerrado en sí mismo, o inspirado en doctrinas de origen pontificio basadas en las encíclicas papales, que no se hacen del todo explícitas, pero que se asumen como propias, y muchas veces se acepta su aplicación de manera inmediata, lo que produce una argumentación constitucional que a veces no se enriquece con el diálogo o el debate con otras visiones del Derecho⁶³⁰. Es una concepción intuitiva, ya que, no responde a un criterio de Derecho positivo, sino que emana de una experiencia interna opuesta a lo razonado públicamente y que responde a un criterio total porque supone que todos los conflictos se deben solucionar de una misma manera, y que todos los órganos deben resolver estos conflictos del mismo modo sin discriminar entre diversos tipos de procedimientos⁶³¹.

Frente a esta concepción, en la actualidad se impone una concepción constitucional de carácter razonado y parcial que refleja mejor la evolución que ha tenido el tratamiento de estos temas en el Derecho y que supone un rechazo del método intuitivo y de la adopción de jerarquías injustificadas respecto de los derechos⁶³². En consecuencia, propone, soluciones parciales y diferenciadas para los distintos casos y presta especial atención al tipo de procedimiento o sede en la cual se discute la cuestión constitucional, reemplazando la idea de jerarquía por las de balance, delimitación y ponderación de los derechos⁶³³. El balance busca reconocer los costos y beneficios

⁶²⁹ RUIZ-TAGLE, “Entre el ius fundamentalismo y la democracia”, en Ruiz-Tagle y Cristi, *La República en Chile*, Editorial Lom, Santiago, 2006, p. 258.

⁶³⁰ RUIZ-TAGLE, “Entre el ius fundamentalismo y la democracia”, op. cit., p. 258.

⁶³¹ RUIZ-TAGLE, “Entre el ius fundamentalismo y la democracia”, op. cit., pp. 258-263.

⁶³² En tal sentido Dworkin sostiene que los jueces en los casos difíciles deben acudir a los principios. Pero como no hay una jerarquía preestablecida de principios es posible que éstos puedan fundamentar decisiones distintas. Dworkin sostiene que los principios son dinámicos cambian con gran rapidez que todo intento de canonizarlos está condenado al fracaso. Por esa razón, la aplicación de los principios no es automática sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso. Cuando existe un conflicto no puede dejarse tema en manos de la discreción del juez como pretende Hart, sino que el juez debe dar el triunfo al principio que tenga mayor fuerza de convicción. La tarea del juez será la justificación racional del principio elegido (CALSAMIGLIA, “Prólogo”, en DWORKIN, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 2002, pp. 14-19 y DWORKIN, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 2002, pp. 72-80). En el mismo sentido, MARTORELL I SÁNCHEZ-URRUTIA (Coords.), “Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová”, *Observatorio de bioética y Derecho*, Barcelona, 2005, p.21.

⁶³³ Así por ejemplo, para Alexi las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión —tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que

sociales que pueden identificarse en los conflictos entre derechos fundamentales, ya que otorgarle a alguno de estos derechos una posición preferente es también una técnica razonada y parcial que considera el contexto de un caso y evita generalizaciones de carácter total, o la construcción de una jerarquía⁶³⁴. La delimitación busca fijar los límites de los contornos externos de los derechos sin afectar el núcleo de los mismos o su esencia y, finalmente, la ponderación significa atribuir un peso a un elemento, o a un conjunto de ellos, con el fin de obtener una proporción media⁶³⁵. Por consiguiente, esta visión razonada y parcial no solo acepta el balance, la delimitación, la posición preferida o la ponderación de los derechos fundamentales, sino que busca hacerse cargo también de los efectos que producen las decisiones constitucionales⁶³⁶.

Así las cosas, me parece que la idea metafísica o sacrosanta de la vida y de la salud individual como principios absolutos no debiera prosperar desde un punto de vista constitucional moderno⁶³⁷, toda vez que reconociendo la Constitución española el valor de la dignidad humana y protegiendo de manera no jerarquizada el derecho a la vida, el derecho a la salud individual y los derechos a la libertad religiosa y de culto^{638/639}, el

en casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios —como sólo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso (ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 89).

⁶³⁴ RUIZ-TAGLE, “Entre el ius fundamentalismo y la democracia”, op. cit., pp. 258-263.

⁶³⁵ pp. 262-263.

⁶³⁶ RUIZ-TAGLE, “Entre el ius fundamentalismo y la democracia”, op. cit., pp. 262-263.

⁶³⁷ Un Estado puede definir sus principios rectores de distinta manera, un modelo religioso considera que la vida es un don divino, por lo que el consentimiento es irrelevante. Esta premisa es sumamente discutible en Estados que se auto-declaran laicos, pero no en aquellos que se declaran católicos. Es un planteamiento moralista ya que más que evitar un daño para el sujeto, tiene por finalidad imponer una moral social que se cree positiva en sí misma, utilizando la imposición de obligaciones jurídicas. Así, podría afirmarse que incluso la destrucción frustrada, conforme a este modelo, podría ser punible (CORCOY BIDASOLO Y GALLEGOS SOLER, “Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia)”, op. cit., pp. 221-222).

⁶³⁸ En un Estado liberal el modelo parte de la libertad del titular, pero se imponen límites de actuación en caso de que el titular no tenga suficiente capacidad de decisión. Rige el principio de autonomía, aceptándose la inexistencia de una obligación de actuación frente a situaciones de autodestrucción. Los terceros que intervienen en ella no tienen responsabilidad por participar en un acto libre. Sin embargo, son cuestionables planteamientos extremos que defienden un derecho de matar a otro si éste se lo pide, por lo que la mayoría de los Estados adoptan modelos intermedios por los problemas derivados de los modelos principialistas, reconociendo la libertad del individuo como pero se castiga la intervención de terceros con diversas variables. En algunos modelos se incrimina todo tipo de participación, en otros sólo se sanciona la participación particularmente intensa o se reconoce la obligación exigible a terceros de actuar frente a estas situaciones de peligro (vía omisión del deber de socorro). En ambos modelos, son conflictivos los criterios para aceptar cuando existe un acto libre y autónomo autodestructivo (generalmente de suicidio). Conforme a criterios tradicionales, lo relevante es considerar el juicio ético del acto suicida o de los motivos que lo impulsan, valorando tanto la situación mental y/o emocional como las condiciones (personales y otras) de su decisión. En atención a estas variables se puede valorar si el suicidio es autónomo (autorresponsable, serio, libre y reflexivo) o no-autónomo y frente a decisiones no-autónomas surge para terceros un deber de actuar que puede derivar de un genérico deber de protección de la vida, o de deberes de solidaridad. En todo caso, se discute si decae el deber general de socorro en los supuestos de suicidio libre por inexigibilidad, porque no le es exigible a un tercero intervenir coactivamente para salvar a quien no desea ser salvado (CORCOY BIDASOLO Y GALLEGOS SOLER, “Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia)”, op. cit., pp. 222-223).

⁶³⁹ En tal sentido en base al concepto subjetivo de salud individual que defiende, Corcoy Bidasolo afirma que: “La puesta en relación de derechos fundamentales como la libertad, la dignidad, la vida y la salud, conduce, sin necesidad de dotarlos de un ranking valorativo entre ellos, a una nueva comprensión del derecho a la vida y la salud que deben ser comprendidos como expresión del ejercicio del derecho a la

Estado no puede imponer a los ciudadanos la obligación de vivir en contra de su voluntad y en cualquier circunstancia, ya que, tratándose de adultos capaces y autónomos, su deber de velar por la vida y la salud de las personas finaliza con la renuncia expresa de la persona a recibir protección y tratamiento médico^{640/641}.

En estos casos, la intervención del Estado sin el consentimiento expreso y escrito por parte del paciente para poder realizar un tratamiento médico, sólo se justifica conforme a lo dispuesto en la Ley de los derechos de paciente, si la no intervención comporta riesgos para la salud pública; si el usuario no está capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el consentimiento lo darán sus familiares; urgencia que no permita demoras por riesgos de lesión o de muerte (y no es posible conocer la voluntad del paciente)⁶⁴² o renuncia expresa por parte del paciente a la información total o parcial⁶⁴³.

7.2. La disponibilidad de la salud individual en el DP

Desde el punto de vista penal, no es cierto que la vida y la salud sean bienes jurídicos indisponibles ni mucho menos absolutos, sino que se trata de bienes susceptibles de relativización, a partir de otras valoraciones realizadas por el propio ordenamiento jurídico⁶⁴⁴. En efecto, son varias las hipótesis en las cuales es el propio ordenamiento jurídico el que permite disponer de la vida y para ello basta con señalar que ni en España ni en Chile el intento de suicidio es punible y de hecho, en este último país, en un caso de discutible constitucionalidad, la pena de muerte ni siquiera ha sido derogada completamente, sino que permanece anclada en el Código de Justicia Militar. Además, en ciertas situaciones está permitido incluso quitarle la vida a un ser humano

libertad y a la dignidad, es decir, como expresión fáctica del derecho al libre ejercicio de la personalidad” (CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia versus consentimiento”, op. cit., p. 130). En el mismo sentido, oponiéndose a la jerarquización de los derechos constitucionales BUENO ARÚS, “*Límites al consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del DP*”, op. cit., p. 18.

⁶⁴⁰ MARTORELL Y SÁNCHEZ-URRUTIA (Coord.), “Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová”, op. cit., p.21.

⁶⁴¹ En tal sentido, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, determina que cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su consentimiento libremente, tras haber recibido la necesaria información, con la excepción de la existencia de riesgo para la salud pública, o cuando en una situación de riesgo inmediato no se pudiera obtener el consentimiento del paciente ni de sus familiares o allegados. De forma más específica esta Ley establece que todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento y que esta negativa debe constar por escrito. En relación a este último punto se prevé que los documentos de voluntades anticipadas, o instrucciones previas, deberán ser tenidos en cuenta. En el mismo sentido instituye sus mandatos la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, del Parlament de Catalunya, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía de los pacientes y la documentación clínica. Disposiciones similares rigen en otras Comunidades Autónomas.

⁶⁴² En tal sentido Bueno Arús refiere que: “Espero que los operadores jurídicos entiendan que esta excepción al principio general del consentimiento del enfermo se refiere a aquellos supuestos en los que el paciente no puede consentir y además la urgencia de la situación no permite esperar al consentimiento de los familiares o personas allegadas, pues si, ante la vaguedad del texto legal, se entendiera que la excepción puede ser aplicada cuando el facultativo considere que la situación es urgente, aun contra la voluntad expresa del paciente o de sus familiares o allegados, se habría dado un lamentable paso atrás en el respeto de los derechos fundamentales de la persona” (BUENO ARÚS, “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico y la ley general de sanidad”, en *Estudios de DP y criminología. En homenaje al Prof. J. M. Rodríguez Devesa*, UNED, 1989, p. 172).

⁶⁴³ Al respecto ver CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia versus consentimiento”, op. cit., pp. 127-129.

⁶⁴⁴ CÓRDOVA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 6.

en caso de concurrir los requisitos de la causal de justificación de legítima defensa contemplada en el art. 20.4 del CPes⁶⁴⁵. Del mismo modo, la conducta antijurídica no será constitutiva del delito de homicidio o de lesiones si concurre una causa de exclusión de la culpabilidad, como sucede en el caso de la inimputabilidad del autor, conforme a lo prevenido en el art. 20.1, 2 y 3 del CPes, o en el de error de prohibición invencible, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 14.3 del CPes, o, por último, cuando concurre el estado de necesidad disculpante, en atención a lo prescrito en el art. 20.5 del CPes⁶⁴⁶.

En España el CP de 1995 otorga una mayor eficacia al consentimiento, no sólo porque ya no se castiga la mera complicidad en el suicidio, sino también porque aparece por primera vez una regulación expresa de la eutanasia, donde se prevén penas sustancialmente inferiores a las de la cooperación en el suicidio y se restringen las conductas típicas a la cooperación necesaria activa y a la cooperación ejecutiva, siendo discutible que realmente se pueda castigar, atendiendo al requisito de “directa” la cooperación necesaria⁶⁴⁷. A lo anterior, se suma el hecho de que en España la eutanasia activa indirecta se encuentra permitida cuando es llevada a cabo con el consentimiento del paciente o, en su caso, de los familiares y, del mismo modo, la eutanasia pasiva no acarrea responsabilidad penal para el médico cuando es practicada a solicitud del paciente, quien no sólo tiene derecho a elegir la terapia que considera más adecuada sino que además, tiene derecho a rechazar cualquier clase de tratamiento médico^{648/649}.

Respecto de la protección penal de la salud y de la eficacia del consentimiento en este ámbito, las autolesiones son atípicas y, del mismo modo, acorde con el principio de accesoriedad media, también es atípica la participación en una autolesión, toda vez que no existe una norma que castigue el auxilio a la autolesión. Tampoco es punible el mero consentimiento en ser lesionado y, a diferencia de la regulación anterior⁶⁵⁰, el CP de 1995, prevé, al menos, una disminución de la pena, en el supuesto en que medie consentimiento libre por parte del lesionado. Por último, de la sola referencia a los

⁶⁴⁵ CORDOVA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, op. cit., p. 6.

⁶⁴⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, “El homicidio y sus formas”, en ZUGALDÍA ESPINAR Y MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS (Dir.), *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, T. I, p. 20.

⁶⁴⁷ CORCOY BIDASOLO Y GALLEGU SOLER, “Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia)”, en *Política criminal y reforma penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, p. 230 y CORDOVA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 6.

⁶⁴⁸ CORCOY BIDASOLO Y GALLEGU SOLER, “Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia)”, op. cit., pp. 236-240.

⁶⁴⁹ En opinión de Corcoy Bidasolo y Gallego Soler, la razón de la indisponibilidad, total o relativa, de la vida o la salud está en la persistencia de valores éticos o religiosos, o bien en razones de política-criminal, derivadas de la dificultad de probar que el consentimiento del titular haya sido libre y válidamente emitido, lo cual podría justificar que en la regulación penal se parta de una presunción de ausencia de consentimiento libre. Sin embargo, plantean que de *lege ferenda* debería otorgarse eficacia al consentimiento aun cuando se requiera de una constancia clara de la concurrencia del consentimiento libre del titular y agregan que una eventual reforma debería limitar la atipicidad de la conducta de los terceros a supuestos en que el titular del derecho sea quien ostente la competencia sobre su muerte. Tanto la ayuda a morir como la no realización o retirada de tratamientos médicos, será irrelevante jurídicamente, exclusivamente, cuando se lleve a efecto con el consentimiento del paciente. En los demás casos se debe partir de la prohibición y establecer un procedimiento que permita estas conductas en el caso concreto atendiendo a la que hubiera sido la voluntad del titular del bien jurídico (CORCOY BIDASOLO Y GALLEGU SOLER, “Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia)”, op. cit., p. 232).

⁶⁵⁰ Excepción hecha de la eficacia del consentimiento en los supuestos de trasplantes, esterilizaciones y cirugía transexual, que se mantiene en el actual cuerpo legal.

delitos, queda de manifiesto que, en el ámbito de las faltas de lesiones, el CPes confiere plena relevancia al consentimiento del afectado.

7.3. Límites a la disponibilidad de la salud individual

Sin perjuicio de que estimo que la salud individual es un bien jurídico disponible⁶⁵¹, ello no significa que la facultad de disponer del bien jurídico no encuentre límite alguno. En efecto, no es posible admitir el consentimiento cuando se trata de prácticas atentatorias contra de la dignidad humana o constitutivas de tratos inhumanos o degradantes⁶⁵². Así por ejemplo, resulta jurídicamente intolerable que alguien preste su cuerpo para realizar experimentos que podrían resultar aberrantes o denigrantes para el ser humano como el “cobayismo” (casos extremos de experimentación con seres humanos como los llevados a cabo por el régimen Nazi con personas de origen judío)^{653/654} o que autorice la amputación de algún miembro por simple masoquismo⁶⁵⁵ y lo mismo podría decirse del tráfico de miembros y tejidos y de otras prácticas parecidas^{656/657}. Tales pautas han sido recepcionadas por el CP alemán, al señalar que: “Conformidad del herido. 226^a. Quien cometa un daño físico con conformidad del herido actuará entonces ilícitamente sólo cuando el hecho, a pesar de la conformidad, atente contra las buenas costumbres”⁶⁵⁸. Para Stratenwerth, las buenas costumbres son un parámetro extraordinariamente impreciso e incluso inadecuado para la materia⁶⁵⁹. Señala que si se le tomara la palabra a la ley, habría que basarse en la inmoralidad de la conducta, que podría hallarse sobre todo en lo sexualmente anormal o escandaloso, con la absurda consecuencia de que el interés en la persecución en casos con consentimiento se referiría primordialmente a lesiones sadomasoquistas⁶⁶⁰. En lugar de ello, lo único que puede resultar decisivo es en qué medida tiene que ser considerada irrenunciable la

⁶⁵¹ De acuerdo con esta idea se manifiesta un amplio sector de la doctrina. Así por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales”, op. cit., p. 261; GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., 143; BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, p. 111; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 120 y ss.; DONNA, *DP, PE*, op. cit., p. 268; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN (DIR.), *Comentarios al CP, PE*, op. cit., pp. 130 y ss.; BACIGALUPO, *DP, PG*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 298; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 72; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, p. 84; etc.

⁶⁵² CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN (DIR.), *Comentarios al CP, PE*, op. cit., p. 133.

⁶⁵³ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 128.

⁶⁵⁴ Evidentemente no se trata de prohibir toda clase de experimentos médicos, toda vez que dicho criterio implicaría la paralización de la ciencia médica, pero evidentemente el límite entre lo permitido y lo prohibido ha de buscarse en el respeto por la dignidad humana. Por ejemplo no atenta contra la dignidad humana la prueba en pacientes enfermos de cáncer de nuevas terapias o de nuevas drogas que tienen por finalidad frenar el avance de la enfermedad y recuperar la salud del paciente.

⁶⁵⁵ DONNA, *DP, PE*, op. cit., pp. 268-269.

⁶⁵⁶ MARÍN MATEO, *Bioética y Derecho*, op. cit., pp. 48-49.

⁶⁵⁷ Berdugo funda esta limitación en la distinción entre el derecho de disposición y el objeto de disposición y sostiene que la disposición no debería conducir a un menoscabo definitivo del soporte material del bien jurídico que imposibilite para siempre o que limite o condicione gravemente a la persona de poder disfrutar del sistema social, razón por la cual el Estado podría y debería establecer una regulación de la prestación de dicho consentimiento; de tal manera que, por una parte, el que lo presta sea consciente de la trascendencia de su acto, y por otra parte, se eviten situaciones no deseables de cobayismo y tráfico de órganos (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 71-72).

⁶⁵⁸ EIRANOVA ENCINAS (Coord.), *CP alemán StGB y CPP alemán StPO*, Barcelona-Madrid, 2000, p. 133.

⁶⁵⁹ STRATENWERTH, *DP, PG*, op. cit., p. 216.

⁶⁶⁰ STRATENWERTH, *DP, PG*, op. cit., p. 216.

libertad del afectado⁶⁶¹. Esto significa que las lesiones leves, meramente pasajeras, inferidas con consentimiento nunca infringirían las buenas costumbres, cualquiera que sean los motivos y fines que puedan estar en juego; en tal ámbito, la base de la autodeterminación del afectado no se vería menoscabada de modo permanente⁶⁶². Mucho menos clara resulta la situación en las lesiones graves (§ 226), especialmente, en las mutilaciones, incluida la llamada esterilización de favor, muy discutida⁶⁶³. Una intervención tan profunda e irrevocable sólo podría considerarse admisible cuando descansa en razones que la hagan aparecer como al menos defendible desde el punto de vista material, como, por ejemplo, cuando alguien sacrifica por razones altruistas un órgano para su trasplante⁶⁶⁴. Personalmente, creo más acertada esta segunda interpretación, toda vez que situaciones como las lesiones sadomasoquistas, si bien pueden ser reprochables desde un punto de vista moral, quedan en la intimidad de la pareja en tanto se trate de prácticas libremente consentidas por ambas personas. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la mutilación de un miembro del cuerpo humano, caso en el cual resulta incluso discutible si el afectado ha consentido de manera consciente, libre y voluntariamente la provocación de una lesión tan intensa y permanente⁶⁶⁵.

8. Dignidad humana y el consentimiento del paciente en la actividad médica

Desde el punto de vista de la ética médica, la idea de la vida y de salud individual, como valores mayores y absolutos, es propia de una visión paternalista de la medicina acorde con la tradición hipocrática. Desde antiguo la medicina se caracterizaba por el predominio del modelo paternalista marcado por el principio de la beneficencia del paciente^{666/667}, acorde con el cual, es el médico quien, acorde con su rol de garante y en base a sus propias convicciones, decide que es lo mejor para la persona constituyendo su punto de vista el vértice de la relación asistencial⁶⁶⁸, limitándose, en consecuencia, la voluntad del paciente y su derecho a la autodeterminación, y rechazando considerar sus valores, deseos u opciones aun cuando se trate de una persona informada y capaz, arguyendo la necesidad preservar la salud del enfermo que es visto como un beneficiario⁶⁶⁹. El consentimiento era entendido como un elemento extraño, secundario o, incluso, distorsionador del factor central consistente en la preservación de la salud, la legitimidad de la actuación médica se hallaba en la realización de todo lo que la ciencia médica aconseje para tratar la enfermedad, en tanto que el paciente era concebido como un ser frágil que demanda protección, pasando a

⁶⁶¹ STRATENWERTH, *DP, PG*, op. cit., p. 216.

⁶⁶² STRATENWERTH, *DP, PG*, op. cit., p. 216.

⁶⁶³ STRATENWERTH, *DP, PG*, op. cit., p. 216.

⁶⁶⁴ STRATENWERTH, *DP, PG*, op. cit., p. 216.

⁶⁶⁵ No ocurre esto ante tradiciones ancestrales aceptadas socialmente respecto de ciertos grupos sociales o religiosos, como sucede en el caso de los judíos con la circuncisión.

⁶⁶⁶ En Derecho médico los principios esenciales de la beneficencia y el principio de autonomía dan lugar a los modelos éticos de conducta, los cuales fueron desarrollados en el llamado “informe Belmont”, publicado en 1978 y cuyo fin común, es procurar los mejores intereses del paciente (GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 47).

⁶⁶⁷ El principio de beneficencia busca proteger los intereses del enfermo, desde el punto de vista de la medicina, sin tomar en consideración el proyecto vital del individuo, ni sus preferencias o decisiones personales. Postula que la medicina proporciona un punto de vista objetivo sobre los mejores intereses del paciente y para el mejor desarrollo de la ciencia (GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., pp. 43-44).

⁶⁶⁸ De hecho, la palabra enfermo (“infirmus”, significa sin firmeza física y moral)

⁶⁶⁹ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., pp. 47-48.

segundo plano su información y su consentimiento, porque éstos no desean ser informados ni participar en la toma de decisiones, ya que no comprenden la información por su complejidad e incapacidad personal para evaluarla⁶⁷⁰. Se consideraba que de proporcionar información médica a los pacientes sólo ayudaría a generarles angustia y podría producir efectos perversos como la pérdida de tiempo para la eficacia de la terapia o el rechazo de los procedimientos necesarios, poniendo en peligro la vida y la salud del paciente, el médico asumía un papel tutelar y el paciente es visto como una persona necesitada de curación y no como un ser libre y por ello, se ponía el acento en su bienestar y no en su autonomía⁶⁷¹. El lugar central lo ocupaba la confianza en la estrecha relación médico-paciente, con la que se debía generar un clima comunicativo en torno a lo que resulte más conveniente para el bienestar del enfermo, lo que desplazaría la exigencia de información, como presupuesto para la autonomía del individuo, y situaría en su lugar virtudes como la compasión o el reconocimiento de las limitaciones de la capacidad de aquél, las que permitirían contemplar al enfermo en su dimensión humana⁶⁷². Acorde con esta línea de pensamiento, en los albores de la modernidad incluso se procuraba imponer el *principio de la irresponsabilidad médica*, evitando la sujeción de los profesionales del área a normas que implicaran eventuales castigos provenientes de su incumplimiento⁶⁷³. Se sostenía que la constante evolución de la medicina se vería paralizada por controles impuestos desde otras disciplinas, limitando el avance de la ciencia y trayendo el consecuente retraso en la búsqueda de soluciones a las enfermedades⁶⁷⁴. Además, se argumentaba la supuesta falta de preparación de los jueces para poder juzgar temas técnicos o científicos, cuestión que conspiró en la búsqueda de una adecuada respuesta en el sistema represivo⁶⁷⁵.

En la actualidad, este sistema se encuentra en crisis y se hace cada vez menos aceptable en una sociedad más pluralista, crítica y autónoma⁶⁷⁶. En cambio, la confluencia de factores científicos, sociales y jurídicos, han traído como consecuencia nuevos parámetros en la relación entre médico y el paciente⁶⁷⁷. Desde un punto de vista científico, los avances de la medicina, hoy tecnificada y compleja, han aumentado las posibilidades de éxito en la cura de enfermedades que antes tenían muy mal pronóstico y han permitido la coexistencia de diversos tratamientos para una misma enfermedad, así como también, la prolongación artificial de la vida⁶⁷⁸. Del mismo modo, han surgido con fuerza terapias y medicinas alternativas, lo cual ha generado un arduo debate respecto de la problemática de la *libertad de terapia*, en atención a la cual debe definirse quién es el encargado de decidir cuál es la adecuada para la respectiva enfermedad⁶⁷⁹.

Por otra parte, los cambios sociales consistentes en la mirada de la medicina como una ciencia y la divulgación de los conocimientos y avances científicos, así como el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del paciente, han derivado en una evolución que va desde la concepción de

⁶⁷⁰ GÓMEZ RIVERO, *La Responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 38.

⁶⁷¹ GÓMEZ RIVERO, *La Responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 38.

⁶⁷² GÓMEZ RIVERO, *La Responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 38.

⁶⁷³ Así, por ejemplo, en el CC francés establecía que los médicos y cirujanos no eran responsables de los errores que puedan cometer de buena fe en el ejercicio de su arte.

⁶⁷⁴ CHAIA, *Responsabilidad penal médica*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 19.

⁶⁷⁵ CHAIA, *Responsabilidad penal médica*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 18-19.

⁶⁷⁶ CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia versus consentimiento”, op. cit., p. 109.

⁶⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia versus consentimiento”, op. cit., p. 109.

⁶⁷⁸ Ello ha traído consigo la disminución de la mortalidad infantil, la prolongación de las expectativas de vida; el control de la natalidad, etc. (ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990, p. 4).

⁶⁷⁹ CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia versus consentimiento”, op. cit., p. 109.

una estructura jerárquica entre el médico y el paciente, como la descrita al principio de este acápite, hacia una relación de igualdad entre ambos, en la cual la libertad de terapia ya no es un derecho del médico sino del paciente⁶⁸⁰. Hoy la medicina es un servicio esencial al cual el hombre tiene derecho según lo expresan normalmente las Constituciones y, en particular, la CE⁶⁸¹.

Además, en la actualidad son cada vez menos los enfermos o sus parientes que se conforman ante el fracaso médico⁶⁸². Cuando el profesional de la medicina no consigue la curación, frecuentemente se busca sancionar al presunto responsable del perjuicio sufrido, solicitando la intervención penal como instrumento idóneo para resolver el conflicto, con lo cual han aumentado los índices de judicialización de la medicina⁶⁸³.

Otros factores a considerar en la medicina de hoy, consisten en la masificación del acceso a la salud y la necesidad de abaratar costos para obtener mayor rentabilidad, hoy la mayoría de las prestaciones médicas se practican en grandes centros asistenciales, lo cual sumado al mayor grado de especialización que los avances médicos traen consigo, han producido la despersonalización de la relación entre el médico y el paciente⁶⁸⁴. El otrora estrecho vínculo de confianza se ha convertido en un servicio más, en donde los médicos hoy ejercen bajo una relación laboral de dependencia, en organizaciones en las que el ámbito de actuación de cada profesional, se encuentra limitado por pautas impuestas por las empresas de servicios de salud o por los terceros que contratan el servicio⁶⁸⁵. El médico ha dejado de ser visto como un hombre mágico, infalible, con respuesta a todos los interrogantes y cuyas conclusiones, lejos de ser cuestionadas, eran seguidas al pie de la letra, para convertirse en un eslabón del enorme conjunto de servicios que el ciudadano recibe y consume en forma diaria, es decir, un sujeto a quien controla e incluso le discute y de quien, a veces, desconfía⁶⁸⁶.

Desde una perspectiva jurídica, el reconocimiento de los derechos fundamentales del paciente implica la necesidad de que el médico respete la importancia que para la persona tiene de la calidad de vida, la dignidad humana y la libertad del individuo⁶⁸⁷. De esta manera, se ha forjado una nueva concepción del paciente quien ya no es considerado como un incapaz sujeto a la voluntad del médico, sino como un sujeto de Derecho que debe ser escuchado y debidamente informado sobre los riesgos que puede presentar el tratamiento, en el lugar y con los medios técnicos que se emplearan y que puede decidir, en base a lo anterior, si lo acepta o no, prohibiéndose, generalmente, su realización compulsiva, so pena de incurrir el médico en responsabilidades de orden civil o penal⁶⁸⁸. Es el paciente quien tiene el derecho a decidir si asume o no el riesgo

⁶⁸⁰ CORCOY BIDASOLO, "Libertad de terapia versus consentimiento", op. cit., pp. 109-110.

⁶⁸¹ La Constitución garantiza el derecho a la salud de los ciudadanos, por lo tanto, el titular de tal derecho es el propio ciudadano. El Estado tiene el deber de garantizar tales derechos pero no el derecho a protegerlos. Tal deber decae cuando el único titular de tal derecho, esto es el ciudadano, renuncia a él. Lo anterior tiene mucha relevancia en los casos de eficacia del consentimiento en relación con el tratamiento médico quirúrgico.

⁶⁸² CHAIA, *Responsabilidad penal médica*, op. cit., p. 19.

⁶⁸³ CHAIA, *Responsabilidad penal médica*, op. cit., p. 19.

⁶⁸⁴ A raíz de esto, surge la necesidad por parte del médico, de material e instrumentos paulatinamente más sofisticados e imprescindibles y el uso, cada vez con más frecuencia, de las aportaciones de la Biofísica, Bioquímica y de la Farmacología (ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP*, op. cit., p. 4).

⁶⁸⁵ CHAIA, *Responsabilidad penal médica*, op. cit., pp. 20-21.

⁶⁸⁶ CHAIA, *Responsabilidad penal médica*, op. cit., p. 21.

⁶⁸⁷ CORCOY BIDASOLO, "Libertad de terapia versus consentimiento", op. cit., p. 110.

⁶⁸⁸ MARÍN MATEO, *Bioética y Derecho*, op. cit., p. 103.

derivado de la actividad médica, ya que no se trata de un enfermo que suplica caridad o misericordia, sino de una persona a quien se le ha garantizado una efectiva tutela de su salud y un trato acorde con su dignidad humana y con el derecho a la autodeterminación^{689/690}. Las leyes de derechos de los pacientes, han desarrollado y aplicado con mayor fuerza los principios de autonomía, de consentimiento informado y la libertad de terapia como derecho del paciente⁶⁹¹. Hoy la legitimidad de la actuación médica requiere *ex ante* del consentimiento informado del enfermo y encuentra su límite en el respeto por su voluntad, aun cuando la intervención sea necesaria para salvaguardar su salud o incluso su vida⁶⁹². En estos casos, habrá de omitirse la actuación médica, si con ella se lesiona el derecho del paciente a decidir, en condiciones de libertad, si quiere o no someterse a la terapia y hasta qué etapa desea hacerlo⁶⁹³. Con ello se privilegia la condición de persona antes que la de enfermo y la de sujeto libre antes que la de objeto de terapia y sólo en forma excepcional, cuando concurra un interés supraindividual, podría restringirse o acortarse esa libertad, como sucede por ejemplo, en los casos de vacunaciones obligatorias o medidas profilácticas respecto a enfermedades contagiosas^{694/695}. Del mismo modo, se establecen protocolos médicos en los hospitales para regular la actuación de los médicos y del personal sanitario, cuyo contenido da cuenta de los derechos del paciente⁶⁹⁶ y se establece la posibilidad de suscribir un documento de voluntades anticipadas o de instrucciones previas^{697/698}, en un tránsito hacia un modelo que reconoce la autonomía de las personas como expresión del reconocimiento constitucional de la libertad y en particular de la libertad religiosa⁶⁹⁹, así como del valor de la dignidad humana, principios que no pueden ser avasallados con la

⁶⁸⁹ En Italia se prevé constitucionalmente la autonomía del paciente y su derecho de autodeterminación, desarrollando la necesidad de informarlo plena y correctamente para que decida de forma libre todo lo relativo a su salud e integridad física.

⁶⁹⁰ CHAIA, *Responsabilidad penal médica*, op. cit., pp. 19-23.

⁶⁹¹ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., pp. 46-48.

⁶⁹² GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., pp. 46-48.

⁶⁹³ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., pp. 46-48.

⁶⁹⁴ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., pp. 46-48.

⁶⁹⁵ En éste sentido Zipf refiere que: “En un Estado de Derecho, un tratamiento forzoso contrario a la voluntad del afectado sólo es admisible cuando una norma legal lo permita expresamente. Este es el caso, por ejemplo, del examen médico y del tratamiento que se prevé con carácter obligatorio en el ámbito del régimen penitenciario (en Austria así lo dispone el § 69 de la ley penitenciaria y en Alemania el § 101 de la ley penitenciaria) o de los tratamientos preventivos de determinadas enfermedades contagiosas” (ZIPF, “Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el DP alemán y austriaco. Consideración especial del trasplante de órganos”, op. cit., p. 150).

⁶⁹⁶ En España, algunos hospitales tiene protocolos de atención a los Testigos de Jehová que explicitan la forma en que serán tratados en las diversas circunstancias que pudieran producirse durante el proceso asistencial. Eso es importante, porque introduce claridad y seguridad y los pacientes saben a qué atenerse en cada caso. Pero no todos los centros de la red pública o privada tienen tales protocolos, ni éstos van siempre en la misma dirección (MARTORELL I SÁNCHEZ-URRUTIA (Coord.), “Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová”, op. cit., pp. 23-24).

⁶⁹⁷ En general, se exige al paciente una autonomía y competencia más indubitada cuanto mayor es el riesgo que entraña su decisión, en especial si la opción elegida resulta ser contraria al criterio médico y, más aún, si se trata de una actuación médica que se considera unánimemente indicada y de fácil aplicación (MARTORELL I SÁNCHEZ-URRUTIA (Coord.), “Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová”, op. cit., p. 24).

⁶⁹⁸ Al respecto ver REYES (Coord.), “Documento sobre voluntades anticipadas”, Observatorio de bioética y Derecho, Barcelona, 2001.

⁶⁹⁹ Nótese que los Testigos de Jehová son un grupo religioso registrado oficialmente como tal entidad religiosa por el Estado.

imposición de tratamientos médicos en contra de las creencias de pacientes capaces y autónomos para tomar sus propias decisiones⁷⁰⁰.

El nuevo, es el llamado *modelo de la autonomía*⁷⁰¹, que privilegia los intereses del paciente desde su particular punto de vista, por sobre el valor objetivo que la medicina aconseja a cada situación, aun cuando resulte contraria a lo que habría decidido un paciente sensato desde el punto de vista médico⁷⁰². Por lo tanto, la razón de ser de dicha máxima encuentra sentido cuando se abandona el campo de las decisiones “sensatas” y de las recomendaciones médicas y se sostiene el deber del profesional de respetar la voluntad del enfermo, aun cuando le parezca contraria a los intereses del paciente⁷⁰³. La autonomía no es un concepto neutro, sino que depende de los valores, ideales, creencias y proyecto de vida del paciente que deben ser respetados en virtud de su derecho a la autodeterminación, ya que la decisión de una persona sólo es autónoma si procede de los valores y creencias que le son propios, se basa en información y comprensión adecuadas y no viene impuesta por coacciones⁷⁰⁴. Ello sólo sucede cuando se reúnen las condiciones de intencionalidad, conocimiento y ausencia de control⁷⁰⁵. La intencionalidad no admite grados, el conocimiento debe ser adecuado, ya que una acción es comprendida cuando somos capaces de entender su naturaleza y, además, prever sus consecuencias⁷⁰⁶. Por último, la ausencia de control se refiere a la falta de coerción, la manipulación y la persuasión⁷⁰⁷. La autonomía implica no someterse al juicio de otro y, consiguientemente, conservar el poder de auto-dirigirse, idea que encuentra sus fundamentos en Locke y en Kant⁷⁰⁸. Por ello, para hablar en serio de libertad, pluralismo y autonomía, hay que dejar que sea el paciente quien, con la necesaria información, calibre el riesgo y decida⁷⁰⁹.

El reconocimiento del *libre desarrollo de la personalidad*, implica aceptar que el consentimiento del enfermo es presupuesto de la licitud de cualquier terapia. Es el

⁷⁰⁰ Ello en todo caso, no es óbice para que algunos profesionales puedan esgrimir su derecho a la objeción de conciencia para negarse a respetar el rechazo de tratamientos de soporte vital. Ese derecho debe ser respetado, pero su ejercicio no puede ocasionar un detrimento para los derechos de los pacientes. Sin embargo, la objeción de conciencia es un derecho individual, que deriva de la libertad ideológica, al que no pueden acogerse las instituciones como tales, por lo que tales objeciones de conciencia sólo podrán ser tomadas en consideración cuando los servicios sanitarios, cuenten en el caso concreto, con los medios suficientes para que se pueda cumplir la voluntad del paciente (CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia versus consentimiento”, op. cit., pp. 130-131 y MARTORELL I SÁNCHEZ-URRUTIA (Coord.), “Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová”, op. cit., p. 24).

⁷⁰¹ Éste modelo nace en Norteamérica y predomina en la práctica médica desde la década de los setenta. Hoy se reconoce mayoritariamente la necesidad de respetar la voluntad del enfermo antes de realizar cualquier actuación médica. Su implantación concuerda con el reconocimiento de los derechos del paciente y la igualdad jurídica con el médico (GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 39-40).

⁷⁰² En tal sentido, Stratenwerth afirma: “Por cierto, el individuo puede disponer él mismo de su vida y de su salud. No le está prohibido, en principio, matarse o mutilarse. Sin duda, su derecho de autodeterminación incluye también la facultad de rechazar, p. ej., como paciente, medidas que a largarían su vida u operaciones quirúrgicas indicadas con urgencia en términos médicos, por incomprensibles que puedan ser sus motivos. Pero de ello no se sigue que su acuerdo pueda justificar injerencias de gravedad comparable por parte de terceros” (STRATENWERTH, *DP, PG, El hecho punible*, op. cit., p. 215).

⁷⁰³ GÓMEZ RIVERO, *responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 41.

⁷⁰⁴ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2005, p. 260.

⁷⁰⁵ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., p. 45.

⁷⁰⁶ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., p. 45.

⁷⁰⁷ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., p. 45.

⁷⁰⁸ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., p. 45.

⁷⁰⁹ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., p. 46.

individuo el único legitimado para disponer sobre su propio cuerpo⁷¹⁰. Para ello debe adoptar una decisión que sólo podrá considerarse expresión de una voluntad madura y responsable cuando se forme en condiciones de libertad⁷¹¹. Sin la concurrencia de ésta, cualquier tratamiento, aunque resulte beneficioso para la salud del enfermo, habrá de reputarse ilícito⁷¹². Ello conlleva una relación mucho más igualitaria entre el médico y su paciente, debiendo el primero ofrecer e informar acerca de los diversos tratamientos médicos disponibles, siendo el paciente quien debe decidir por cuál de ellos optar, pudiendo incluso rechazar cualquier forma de intervención⁷¹³. Lo anterior es de toda relevancia, toda vez que muchas veces la protección de la salud física puede entrar en colisión con la salud psíquica, como sucede en aquellas intervenciones quirúrgicas que implican la extirpación de una mama o de los órganos encargados de la reproducción en su conjunto. Al revés, existen intervenciones quirúrgicas que afectan la integridad corporal pero mejoran la salud psíquica, las cuales, por lo tanto, deben considerarse atípicas, como sucede en el caso de las operaciones estéticas o de las intervenciones de cirugía transexual.

Finalmente hay que señalar que tratándose de un bien jurídico personalísimo y, por ende, disponible, la valoración de la libertad y de la dignidad del ser humano constituye un límite necesario a cualquier actividad médica, aun cuando la misma implique un beneficio objetivo para el buen funcionamiento del cuerpo humano⁷¹⁴. Por

⁷¹⁰ Así, Corcoy Bidasolo afirma que: “sólo el titular ostenta la capacidad de disposición y es quien puede decidir la forma y manera en que quiere ejercer su titularidad” (CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales”, op. cit., p. 264). En el mismo sentido, Berdugo sostiene que el coartar la capacidad de disponer de la salud individual hasta el punto de obligar a ser sano, es reflejo de una concepción no democrática en las relaciones Estado-ciudadano, con lo cual, se trata de un bien jurídico estático, que hay que tener, del que no se puede disponer, lo que choca con los principios, que acerca de la idea de persona, corresponden al Estado social y democrático de Derecho que recoge la constitución española y, en particular, contradice el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10 del texto fundamental español (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 72).

⁷¹¹ El valor de la libertad implica el rechazo de la asistencia y tratamiento por razones religiosas o morales, la precisión del asentimiento voluntario para colaborar en experimentaciones médicas y la proscripción de éstas unilateralmente en colectivos incapaces de reaccionar, como penados o reclusos asistenciales (MARÍN MATEO, *Bioética y Derecho*, op. cit., p. 49).

⁷¹² En opinión de Gómez Rivero, ello descansa en la relativización concepto de salud en términos estrictamente físicos y supone partir de una concepción distinta de aquélla, en la que el baremo con el que medirla pasa ante todo, por el reconocimiento de un concepto de bienestar psíquico que se manifiesta en la idea más amplia de bienestar personal. Este concepto de salud, lejos de ser una mera elaboración teórica, encuentra acomodo en distintos textos y declaraciones, así, por ejemplo el concepto elaborado por la OMS en 1947. Este enfoque amplio del concepto de salud es el que está en la base de la exigencia del consentimiento del paciente como presupuesto legitimador de la actividad médica. Aquélla se agotaba en la ausencia de enfermedad en sentido físico, siendo el médico quien estaba legitimado para decidir por el enfermo conforme a los parámetros de lo más conveniente, en cambio la comprensión de la misma como estado de bienestar obliga a priorizar el contenido de la voluntad del enfermo. Si ésta y los actos ordenados al proceso de su sanación concurren por caminos opuestos, la actividad curativa incidirá solamente en su estado físico, pero no en el concepto más amplio de bienestar y, por tanto, deberá considerarse ilícita (GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 41).

⁷¹³ En tal sentido, Corcoy Bidasolo refiere que: “Paralelamente a la evolución científica que permite la coexistencia de terapias alternativas, se han producido cambios sociales y jurídicos que determinan el establecimiento de una nueva relación entre el facultativo y el paciente, donde se pasa de una posición jerárquica del primero respecto del segundo a una situación de igualdad entre ambos (CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales”, op. cit., p. 266).

⁷¹⁴ En tal sentido, Gómez Rivero refiere que desde las coordenadas de una ordenación estatal que proclama como uno de sus pilares básicos la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad del individuo, suele reconocerse de manera prácticamente unánime que el tratamiento médico reclama, como presupuesto mínimo de su conformidad a Derecho, la concurrencia del consentimiento del paciente y

lo tanto, debe ser el sujeto quien, habiendo sido informado previa y adecuadamente del tratamiento médico y de los riesgos que ello implica, decida libremente si otorga o no su consentimiento para que éste sea realizado. Coherentemente con lo anterior, ha de ser el propio paciente quien decida acerca de las condiciones en las cuales quiere vivir, sin que quepa la posibilidad de obligarlo contra su voluntad a realizarse un tratamiento que no quiere o compelerlo a llevarlo a cabo de manera engañada o más aun, forzándolo a vivir muchas veces en condiciones inhumanas y degradantes, ya que ello significaría pasar por sobre la dignidad de la persona y atropellar su libertad, ideas propias de un Estado paternalista y no de un Estado social y democrático de Derecho respetuoso de los derechos fundamentales del ser humano⁷¹⁵. En tal sentido, hay que considerar que ninguna actividad médica está exenta de riesgos, tales como el contagio de graves enfermedades, sobre todo en el campo de las actividades médico-quirúrgicas y, por lo tanto, si se ha de correr un riesgo, lo sensato pareciera ser, respetar la voluntad del afectado, quien es, por lo demás, el titular del bien jurídico que se pondrá en riesgo.

9. Dignidad humana y negativa de los Testigos de Jehová a realizarse transfusiones de sangre

Los Testigos de Jehová se niegan a recibir transfusiones de sangre y/o hemoderivados, incluso cuando son informados de que no existe una terapia alternativa y que su vida o, en su caso, la de las personas sometidas a su tutela, corre serio peligro⁷¹⁶, a causa de su interpretación de la exégesis de la Biblia, en lo que dice relación con la prohibición de “beber sangre”, ya que, según ellos, en las transfusiones se traspasa la corriente de vida de una persona a otra, lo que estaría prohíbe por Jehová en su palabra y cuya violación, implicaría la pérdida de la resurrección y de la vida eterna⁷¹⁷. Además de las transfusiones, rechazan la recogida preoperatoria de sangre o de sus cuatro componentes básicos –hematíes, leucocitos, plaquetas y plasma– para su posterior transfusión⁷¹⁸. Aceptan, sin embargo, la autotransfusión, si se realiza en un circuito cerrado y conectado al sistema circulatorio del paciente de tal forma que la

agrega que sólo cuando el paciente asiente en acudir a la consulta, en revelar sus datos íntimos y en someterse a una terapia, la mayoría de las veces invasiva de su integridad física, el acto médico puede adjetivarse como legitimado (GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 35).

Por su parte, Corcoy Bidasolo, incluso va más lejos al sostener que el consentimiento informado del paciente pasa a ser un requisito indispensable para que la intervención médica no sea directamente calificada de lesiones o, en su caso, de coacciones, con independencia de que infrinja o no la *lex artis* y salvo algunas excepciones, cualquier actividad médica realizada sin el consentimiento del paciente tendría relevancia penal aun cuando “mejore” su salud física o disminuya el riesgo de muerte. (CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales”, op. cit., p. 269).

⁷¹⁵ Así, Corcoy Bidasolo resaltando el derecho a la libertad, afirma que: “Si prescindimos de valoraciones religiosas o éticas y, en consecuencia, del componente supraindividual de la vida y la salud se debe de concluir que estos bienes jurídicos, como todos los demás bienes jurídicos personales, son disponibles por su titular y, además, que sólo el titular ostenta la capacidad de disposición y es quien puede decidir la forma y manera en que quiere ejercer su titularidad” (CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales”, op. cit., p. 264).

⁷¹⁶ NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 106.

⁷¹⁷ MARTORELL I SÁNCHEZ-URRUTIA (Coord.), “Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová”, *Observatorio de bioética y Derecho*, Barcelona, 2005, p.19.

⁷¹⁸ MARTORELL I SÁNCHEZ-URRUTIA (Coord.), “Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová”, op. cit., p.19.

sangre no quede almacenada⁷¹⁹. El empleo de la albúmina y algunos otros componentes secundarios queda a la conciencia de cada fiel^{720/721}.

En lo que al DP interesa, el caso de la negativa de los Testigos de Jehová a practicarse transfusiones de sangre, conlleva la dificultad de determinar si el médico se encuentra o no legitimado a practicar una transfusión de sangre que estima necesaria, a pesar de la oposición del paciente formulada libre y voluntariamente en base a motivos religiosos y si la práctica o la omisión de tal actividad implica para el médico responsabilidad penal.

9.1. Posición de la jurisprudencia y de parte de la doctrina sobre la negativa de los Testigos de Jehová a la práctica de transfusiones de sangre

El TS se ha pronunciado en varias ocasiones, sobre la legitimidad de las intervenciones coactivas en casos de negativas a transfusiones de sangre por los Testigos de Jehová. Acertadamente autorizó la práctica de una transfusión a una niña de nueve años contra la voluntad de su padre, ya que no puede sostenerse que una niña de tan corta edad tenga sólidas convicciones religiosas que le permitan autodeterminarse⁷²². Sin embargo, también validó la práctica de transfusiones de sangre a personas mayores de edad, quienes libre y conscientemente se oponían por motivos religiosos, argumentando en base a la concurrencia de un estado de necesidad o del cumplimiento de un deber y afirmando que de no haberse practicado tal transfusión, el médico habría tenido que responder de auxilio omisivo al suicidio, por incumplimiento del deber de garante^{723/724}.

En estos casos, como se aprecia del contenido de las sentencias aludidas, el tribunal pareciera partir de un conflicto obligado pero falaz, consistente en el dilema de si debe prevalecer el derecho constitucional de la vida o si, por el contrario, debe

⁷¹⁹ MARTORELL I SÁNCHEZ-URRUTIA (Coord.), “Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová”, op. cit., p.19.

⁷²⁰ MARTORELL I SÁNCHEZ-URRUTIA (Coord.), “Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová”, op. cit., p.19, GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 213.

⁷²¹ A favor de las transfusiones de sangre se mostraba decididamente Jiménez de Asúa para quien resultaba curioso que se atacara la transfusión de sangre por estimarla contraria a los dictados de Dios, refiriéndose con ello a los misioneros de instrucción bíblica, quienes en sus artículos denunciaban los riesgos de esta clase de actividad, las injusticias derivadas del origen de los dadores de sangre quienes en Norteamérica en su mayoría provenían del barrio pobre de Los Ángeles, abogaban por la utilización de sustitutos de la sangre y afirmaban que las transfusiones de sangre son contrarias a los preceptos de los Libros Sagrados. En contra de esta postura, Jiménez de Asúa sostenía que los textos que se invocan se limitan a decir que se prohíbe “comer cualquiera cosa de sangre” (Génesis, 9: 4, 5; Levítico, 17:10-14); o que no se permiten los sacrificios sangrientos (Hechos, 15: 28, 29, y 15: 20, 21, 25). A su juicio, bastaría con responder que no se trata de comer, sino de curar, y que no se hace con fin de sacrificio, sino de beneficiar la salud. Lamenta perenne jurista que los protestantes (metodistas, etc.) opongan las palabras bíblicas, la religión y Dios, a la ciencia en casos en que la moderna ciencia autoriza dentro de los justos límites (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, pp. 673-674).

⁷²² Auto de 26 de septiembre de 1978.

⁷²³ Sentencia 14 de marzo de 1979 y Auto de 22 de diciembre de 1983.

⁷²⁴ Así Núñez Paz sostiene que en el caso de menores o incapaces no puede darse preferencia al derecho a la libertad religiosa o de conciencia sobre el derecho a la vida, como por ejemplo la negativa a una transfusión de sangre -no existiendo además otras alternativas terapéuticas- por parte de los padres respecto de un hijo menor constituiría un ejercicio abusivo de la patria potestad por el que incurrirían en responsabilidad penal (al menos por un delito del art. 195. 1 del CP). En todo caso, la intervención del médico (y del juez en su caso) estaría justificada a través del art. 20.7 del Código vigente (colisión de deberes) (NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., p. 121).

respetarse la voluntad del sujeto y con ello los principios constitucionales de la libertad, del libre desarrollo de la personalidad y en definitiva, el principio del respeto por la dignidad humana. Así, la jurisprudencia constitucional⁷²⁵ de manera un tanto

⁷²⁵ En tal sentido, la STC N° 24/1994, de 27 de enero, desestima la demanda de amparo planteada por un Testigo de Jehová al que se le había practicado contra su voluntad una transfusión sanguínea, previa autorización judicial, aun cuando a consecuencia de esa transfusión, se le transmitió el virus de la hepatitis C.

En STC N° 154/2002 de 18 de julio de 2002 el TC español resuelve un recurso de amparo contra la STS de 27 de junio de 1997, que falló un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 20 de noviembre de 1996 de la SAP de Huesca seguida por delito de homicidio. Los hechos consistieron en que un niño de 13 años se cayó en bicicleta y días más tarde presentó hemorragias nasales. Su madre lo llevó a un centro sanitario, donde aconsejaron su traslado al hospital, en el que le prescribieron una transfusión sanguínea. Los padres manifestaron que su religión no se lo permitía, por ser Testigos de Jehová, solicitando la práctica de un tratamiento alternativo. Al ser informados de que no existía otra terapia, solicitaron el alta del hijo para llevarlo a otros centros donde poder aplicarle un tratamiento alternativo, petición que fue rechazada por el centro hospitalario por considerar que peligraba la vida del menor. El centro hospitalario solicitó autorización al Juzgado de guardia para realizar la transfusión, siendo concedida el 9 de septiembre de 1994. Al ir a practicarla, el menor, sin intervención de sus padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral. Los médicos solicitaron a los padres que persuadieran a su hijo, pero ellos no accedieron por violentar sus creencias. Los médicos concedieron el alta del centro hospitalario. Tras visitar nuevos Hospitales en los que se les indicó como única terapia la transfusión de sangre, los padres regresaron a su domicilio. El Juzgado de Instrucción de Fraga, tras recibir un escrito del Ayuntamiento de esa localidad informando sobre la situación del menor y oído el Ministerio Fiscal, dispuso mediante auto de 12 de septiembre autorizar la entrada en el domicilio del menor para que recibiera inmediatamente la asistencia médica que necesitaba. Los padres acataron sin resistencia la decisión, siendo padre el que bajó al menor a la ambulancia para que fuera conducido al Hospital, donde llegó en estado de coma profundo, totalmente inconsciente. Allí se procedió a realizar la transfusión ordenada judicialmente. El niño falleció al día siguiente. Según los dictámenes médicos, si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que necesitaba habría tenido a corto y medio plazo una alta posibilidad de supervivencia, y a largo plazo, tal cosa dependía ya de la enfermedad que padecía, que no pudo llegar a ser diagnosticada. La Audiencia Provincial de Huesca absolvió a los padres al considerar que el niño tenía juicio suficiente para negarse a la transfusión. El razonamiento fue tanto la capacidad del menor para ejercer su derecho a la autodeterminación, como la inexigibilidad de que los padres se opongan a sus propias razones de conciencia. El TS casó la SAP de Huesca y les condenó como autores de un delito de homicidio, apreciando la atenuante muy cualificada de arrebato u obcecación, a la pena de dos años y seis meses de prisión, argumentando la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de 13 años de edad. Que la mención del orden público en el art. 16 CE no se ciñe a su perturbación material, sino que tiene un significado jurídico institucional más profundo y que por tal hay que entender los intereses y los fines generales que constituyen el fundamento ético-social de la total ordenación jurídica en el seno del Estado. Por ello, la libertad de conciencia y de religión no se garantizan de forma absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente cuando los que resultan afectados son los derechos de otras personas; el derecho a la vida y la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres. Que la posición de garante, presente en los padres, no se ve afectada por el hecho de que el hijo, miembro de la misma confesión religiosa, también se opusiera a las transfusiones de sangre. Frente a esa Sentencia, se presentó ante el TC demanda de amparo por la violación de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la integridad física y moral y a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes, reconocidos en los arts. 16.1 y 15 de la CE, cuestionándose la exigibilidad de que los padres actuasen contra la voluntad expresada del hijo. Los argumentos del TC se concentraron en torno a la subsistencia de la posición de garantía de los padres en tal caso, la que cede ante la inexigibilidad frente a su libertad religiosa, volvió a argumentar en base a los límites de la renuncia al tratamiento cuando la negativa conlleva una situación de riesgo para la vida. Para ello, recuerda la doctrina en torno al reconocimiento de que la libertad religiosa tiene, además de una manifestación interna que garantiza la existencia de un ámbito íntimo de creencias, una manifestación externa que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros. Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualquier grupo social. Por otra parte, afirma que cuando se plantea la cuestión de la disponibilidad de la vida, no

zigzagueante y la jurisprudencia ordinaria^{726/727/728}, justifican la primacía del bien jurídico vida frente a la voluntad de su titular de ponerla en peligro, otorgándole un

puede extraerse del derecho constitucional a la misma un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte y, con ello, el derecho a exigir la colaboración activa de terceros con tal fin. Lo único que puede reconocerse al individuo es un *agere licere* como reducto de su libertad: la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa el texto constitucional. Luego, señala que el menor también es titular del derecho a la libertad religiosa y que, más allá de él, al oponerse a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), entiende que esa regla tiene ciertos límites. Así, aquella capacidad genérica no es por sí sola suficiente para reconocer eficacia jurídica a un acto que, por afectar en sentido negativo a la vida, es definitivo e irreparable. Además, entiende que en este caso no podría apreciarse su capacidad para consentir porque no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza que el menor fallecido tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos debían adoptar.

⁷²⁶ El TS en sentencia de 27 de marzo de 1990 enjuicio el caso de una mujer J., que tras sufrir una paliza por parte de su marido, fue ingresada en el Hospital, donde se le colocó un catéter para continuar su hemoterapia. Quedó encamada, en inconsciente, en compañía de su hermana. Se personó L. C, buscando la tarjeta que acreditaba que J., como Testigo de Jehová, no quería se le hiciesen transfusiones de sangre, manifestando que no se le podía realizar, la acompañante de la enferma salió a buscar a la enfermera y cuando ambas regresaron el catéter había sido quitado por el procesado, quien presionaba con su mano el brazo de la hospitalizada impidiendo la hemorragia que se había producido. El Médico ordenó que se repusiera la cánula y que continuase la transfusión pero el procesado se opuso, señalando que se exigiría responsabilidad por ello. Josefa fallece aquella tarde por el shock hipovolémico que estaba contenido por la aportación de sangre que recibía. La Audiencia condenó a L. C. como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte a la pena de un año de prisión menor. El TS casó la sentencia y le condenó por un delito de homicidio con dolo eventual con la atenuante muy cualificada de obcecación o estado pasional, a la pena de seis años y un día de prisión mayor. Pese a que no quedó acreditada la voluntad de la paciente, el TS afirma que el eventual consentimiento de la víctima excluye la tipicidad penal cuando en la definición de ciertos delitos se ha tenido en cuenta dicha voluntad, y la antijuridicidad si el sujeto pasivo tiene libre disposición del bien jurídico afectado; sin embargo, cuando el consentimiento afecta a la vida, bien indisponible, es absolutamente ineficaz. La sentencia concluye recordando la doctrina establecida en otras resoluciones (Autos de 27 de septiembre de 1978, de 14 de marzo de 1979 y de 22 de diciembre de 1983) que reconocían el valor indisponible de la vida humana resolviendo a favor de este bien jurídico el conflicto suscitado con el derecho a la libertad religiosa, ambos constitucionales protegidos, pero con preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás. En definitiva, las creencias religiosas indicadas no pueden disminuir la reprochabilidad del hecho por cuanto era exigible al sujeto un comportamiento adecuado a la norma.

En sentencia de 27 de junio de 1997, el TS, juzgo la cuestión en torno a la capacidad para consentir de un Testigo de Jehová menor de edad así como el alcance de la posición de garantía de los padres. Reconoce como principio general el de prevalencia de la voluntad del paciente. Deja sentado que en la colisión entre el respeto a las creencias religiosas y el derecho a la vida la ponderación debe ser distinta según que el afectado sea un menor o mayor de edad, afirmando que el adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección.

⁷²⁷ La misma tendencia ha seguido la jurisprudencia chilena. Así por ejemplo, se sostiene que “la vida es amparada por la Constitución y queda amenazada seriamente por la actitud de quien se niega a recibir transfusiones de sangre, pues de ello resulta un progresivo deterioro de la salud del paciente y un posible desenlace fatal al no aceptarse el tratamiento aconsejado por los médicos. Si la recurrida ha llevado a su hijo al hospital para ser atendido a fin de preservarle su vida, significa que ha hecho prevalecer el derecho a la vida por sobre su libertad de conciencia, no pudiendo oponerse a la transfusión de sangre en cuanto indispensable para recuperar la salud” (SCA de Copiapó, de 24 de marzo de 1992, publicada en la *RDJ*, T.89, Sección 5°, p. 219. Aluden también a esta jurisprudencia RIOSECO ENRÍQUEZ, *El Derecho civil y la constitución ante la jurisprudencia*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 56 y FIGUEROA YÁÑEZ, “La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)”, op. cit., p. 139).

Señala Rioseco Enríquez, comentando la sentencia (confirmada por la CS chilena), que ante el conflicto que se origina entre el derecho a la vida y el respeto a la libertad de conciencia (art. 19 N° 6° de

la CPR de Chile), el fallo lo considera resuelto por la sola opción hecha por la madre de recurrir al hospital a fin de preservarle la salud del hijo; sin embargo, a su juicio, aun prescindiendo de la opción de la madre, la circunstancia de mediar la exigencia médica de proteger la vida hace que este derecho deba prevalecer por trascendencia frente a la libertad de conciencia (RIOSECO ENRÍQUEZ, *El Derecho civil y la constitución ante la jurisprudencia*, op. cit., p. 56).

Evidentemente no puedo estar de acuerdo ni con los argumentos de la sentencia ni mucho menos con el comentario que de ella se realiza. La actitud de la madre de llevar a su hijo al centro hospitalario, se basa en su deseo de mejorar su salud ya que no se trata de suicidas, sino de personas que quieren vivir, pero no a toda costa, ni mucho menos pasando por sobre sus convicciones religiosas, luego no es la actitud de recurrir a la salud pública el factor conforme al cual debiera decidirse el caso en cuestión.

En cuanto al comentario de la sentencia, efectuado por Rioseco Enríquez, es claro que el autor parte de la base de que los derechos constitucionales tienen un orden jerárquico en el cual la vida ocuparía un lugar central y absoluto por sobre el resto de los derechos. Esta concepción resulta insostenible hoy en día en donde los conflictos de derechos se resuelven a través de una ponderación realizada en el caso en particular, idea de la cual se desprende que los derechos son relativos y no absolutos. Además, con dicho criterio, el médico de un paciente que de manera urgente necesita un trasplante de riñón, podría recurrir a cualquier otro paciente y extraerle uno de sus riñones, aun en contra de su voluntad, se con ello salva la vida del primero, basado en la idea de que la vida debe siempre imponerse ante el bien jurídico de la salud individual. Evidentemente el respeto por la dignidad del ser humano no permite esta clase de conductas, toda vez que el paciente al cual se le extrae el riñón sin su voluntad, no puede ser utilizado como un medio, por muy valioso que sea el bien jurídico que se quiere resguardar.

Por lo tanto, a mi juicio, el criterio relevante para zanjar el caso en cuestión están dadas por las particularidades del mismo. En efecto, el titular de la garantía del derecho a la vida y a la salud individual es en este caso un menor de edad, respecto del cual no se puede sostener que tenga verdaderamente afirmada sus convicciones religiosas, que lo lleven incluso a tomar de manera libre y con plena capacidad, una decisión consciente de privilegiar la libertad de conciencia por sobre el derecho a la salud o incluso la vida. Luego, resulta inaceptable que la decisión de la cual depende la vida de un menor sea tomada, en base a la libertad de conciencia, por un tercero, en este caso por su madre. Por mucho que se sostenga que la madre es la representante jurídica del menor y que tenga en sus manos el cuidado del mismo, ello no se otorga derecho alguno para adoptar decisiones que pudieran influir de manera tan definitiva y dramática sobre la vida del menor. Lo mismo sucedería por ejemplo si los padres del menor quisieran cambiarle el sexo porque en vez de tener una hija la madre dio a luz a un varón. Como se puede apreciar, si bien la decisión en concreto es correcta, los argumentos tenidos a la vista por la jurisprudencia y por parte de la doctrina parecen ser equivocados.

⁷²⁸ En el mismo sentido se pronuncia la CS en sentencia de fecha 28 de diciembre de 1987, en *RDJ*, T. 84, Sección 5°, p. 277 y la CA de Santiago, en sentencia de fecha 9 de agosto de 1984, *RDJ*, T. 81, Sección 5°, p. 161 (RIOSECO ENRÍQUEZ, *El Derecho civil y la constitución ante la jurisprudencia*, op. cit., pp. 56-57). Criticando esta jurisprudencia Figueroa Yáñez señala que en Chile, la interpretación tradicional ha entendido por “vida” la continuación de las funciones biológicas de los humanos, confrontando esta voz con la de “muerte”. Según esta concepción, lo que la Constitución chilena prohíbe, para proteger la vida de los humanos, es darles muerte. La jurisprudencia, señalada entendió que el bien jurídico protegido era la vida biológica del interesado. Este bien jurídico es para algunos el derecho fundamental por excelencia, puesto que sin vida biológica no tiene sentido la protección de ninguno de los demás derechos fundamentales. Sin embargo, Figueroa Yáñez interpreta la voz “vida” que protege el ordenamiento jurídico chileno, de manera más amplia, recurriendo al concepto de dignidad y abogando porque el derecho a la vida englobe además el concepto de “vida digna”, ya que el derecho a la vida que protegen las Constituciones Políticas de los diversos Estados y las leyes penales y civiles de los países, no se limita al derecho a conservar la vida biológica, a que el corazón siga latiendo y los pulmones funcionando, sino que se extiende al derecho a elegir la vida que cada cual desea llevar escoger los valores que le darán sentido, al esfuerzo por desarrollarse en la búsqueda de tales valores, a vivir la vida escogida, e incluso, el derecho a morir por esos valores, derecho de que es titular cada persona. Agrega que el derecho a la vida, además de abarcar el derecho a conservar la vida biológica, engloba el derecho “a hacer la vida”, dentro del cual adquiere singular importancia el derecho a buscar valores y al desarrollo moral. Si el derecho a “hacer la vida” es en verdad, un derecho a escoger valores, a vivir y a luchar por ellos, su ejercicio es una manifestación de dignidad que se prolonga hasta el día de la muerte. A la vida digna debe seguir una muerte igualmente digna. El derecho a vivir con dignidad implica el derecho de su titular a poner fin a su vida, si estima que su continuación forzada atenta precisamente contra su dignidad. Si estimamos que la vida pertenece a quien la tiene, y no es un regalo divino o de la naturaleza, no parece haber razones para impedir a su titular que resuelva ponerle término. Sólo desde una perspectiva religiosa,

valor superior y casi absoluto al primero, en base a una pretendida indisponibilidad de la vida, entendida como el soporte de los demás derechos, aun cuando, como vimos en el apartado anterior, la idea de la indisponibilidad de la vida y de la salud individual, no es sustentable hoy en día, desde un punto de vista penal, constitucional, ni desde una mirada moderna de la medicina. Se dice que la vida y la salud individual son bienes jurídicos en los que existe un componente supraindividual que determina la obligación del Estado de protegerlos aun en contra de la voluntad de su titular y que cuando el art. 15 de la CE declara que “todos tienen derecho a la vida” no se engendra a favor del individuo la facultad de disposición de su propia vida⁷²⁹. Además, se distingue entre bienes jurídicos absolutamente espiritualizados como el honor o la intimidad y aquellos que tienen un sustrato material (vida, salud e integridad corporal), de forma que ello justificaría la consideración de los delitos contra la vida y la salud como delitos pluriofensivos, en los que se puede disponer de la parte que se desprende de la dignidad humana y no del sustrato material⁷³⁰. Sin embargo, este componente supraindividual se predica, únicamente, respecto de la vida y la salud, considerando disponibles por su titular todos los demás bienes jurídicos fundamentales⁷³¹. Se señala, además, que puesto el médico ante tal disyuntiva, está legitimado para intervenir al paciente, aun en contra de su voluntad, por tratarse de un caso de estado de necesidad o de cumplimiento de un deber⁷³². También se afirma que de abstenerse de llevar a cabo la actuación asistencial, el médico podría ser condenado por un delito de auxilio al suicida o, incluso, por homicidio en comisión por omisión, si se produce la muerte del paciente. De todos estos temas nos ocuparemos en las líneas siguientes. Estos argumentos y su refutación, los analizaremos a continuación.

9.2. Análisis de los argumentos de la jurisprudencia y de la doctrina para realizar las transfusiones de sangre pese a la oposición del paciente

9.2.1. Argumento del componente supraindividual de la vida y de la salud

No es cierto que en bienes jurídicos, como la vida o la salud individual, exista un componente supraindividual que determine la obligación del Estado de protegerlos aun en contra de la voluntad de su titular, por cuanto tratándose de bienes jurídicos personalísimos, el deber constitucional del Estado de protegerlos decae en el momento en que el titular del derecho declina esa protección⁷³³. Por ello, no se encuentra sancionado el intento de suicidio, toda vez que vivir es un derecho y no un deber social o ético. Siendo el núcleo esencial de la dignidad del hombre la posibilidad de ejercer la

respetable pero no universal, puede sostener que la vida tiene origen divino. Entendida como derecho humano, la vida no tiene un valor superior a la muerte. Optar por la muerte cuando no se le ve valor a la vida es, en definitiva por una vida de calidad. El mundo está transitando desde una concepción de santidad de la vida a una concepción de calidad de la misma (FIGUEROA YÁÑEZ, “La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)”, op. cit., p. 139-143).

⁷²⁹ En este sentido, las sentencias de TC español, N° 120/90, de 27 de junio y N° 137/90, de 19 de junio, niegan que de la Constitución pueda extraerse la existencia de un derecho a morir, dado que la incompatibilidad implícita de los conceptos vida y muerte obliga a interpretar que en la Constitución sólo se protege el ejercicio del derecho a la vida.

⁷³⁰ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 138-139.

⁷³¹ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 138-139.

⁷³² TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 138-139.

⁷³³ CORCOY BIDASOLO Y GALLEGU SOLER, “Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia)”, op. cit., pp. 230-231. En el mismo sentido, BUENO ARÚS, “*Limites al consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del DP*”, op. cit., p. 18.

libertad y no existiendo un deber de vivir, debe darse la debida protección jurídica a quien renuncia libremente a su derecho a vivir⁷³⁴.

9.2.2. Argumento de la distinción entre bienes jurídicos absolutamente espiritualizados y aquellos que tienen un sustrato material

La distinción entre bienes jurídicos absolutamente espiritualizados como el honor o la intimidad y aquellos que tienen un sustrato material como la vida o la salud individual, carece de todo fundamento jurídico, máxime si se considera que el predicamento supraindividual, sólo se realiza respecto de la vida y de la salud, siendo los demás bienes jurídicos de naturaleza disponible⁷³⁵. En un Estado laico, pluralista y democrático, los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en la Constitución deben ser interpretados de acuerdo con los criterios derivados del libre desarrollo de la personalidad. Por lo tanto, se trata de interpretar armónicamente los derechos de la vida, la salud y la libertad y no de contraponerlos en base a un supuesto elemento de carácter supraindividual. La libertad es, conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución española, un valor superior del ordenamiento jurídico y la dignidad de la persona el fundamento del orden político y de la paz social. De esta manera, los derechos fundamentales deben entenderse como realidades normativas dinámicas configuradoras de la dignidad de la persona⁷³⁶.

Así las cosas, una visión armónica entre la vida y la libertad permite concluir que el bien jurídicamente tutelado es la vida libremente querida por su titular⁷³⁷.

9.2.3. Argumento del estado de necesidad y el aparente conflicto de bienes jurídicos

Tampoco creo que en los casos en cuestión pueda argumentarse la concurrencia de la eximente consistente en el estado de necesidad. En efecto, en el caso de análisis no se debe olvidar que el derecho a la vida y a la libertad de religión, pertenecen al mismo titular y por lo tanto, resulta del todo forzado sostener que éstos se encuentran en un artificial conflicto que debe ser zanjado por un tercero ajeno (el médico que debe practicar la actividad curativa o, en última instancia, por un juez), en aquellos casos en los cuales es el propio titular de un derecho personalísimo quien libremente ha renunciado a la protección constitucional del Estado, de hecho la vida y la libertad no son bienes radicalmente diversos ya que no cualquier vida es vida humana sino la “vida

⁷³⁴ En tal sentido Queralt Jiménez, quien considera, además que la eutanasia es inconstitucional (QUERALT JIMÉNEZ, “La eutanasia: perspectivas actuales y futuras”, en *ADPCP*, 1988, p. 128).

⁷³⁵ CORCOY BIDASOLO Y GALLEGU SOLER, “Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia)”, op. cit., p. 231.

⁷³⁶ Así, Núñez Paz sostiene que cabe plantearse la posibilidad de existencia de un conflicto o colisión de deberes: el de proteger la vida del paciente en relación al art. 143 del CP y el de respetar su libertad (art. 172 CP) y, desde el plano constitucional, el deber del médico y el de la Administración pública sanitaria de proteger la vida de los ciudadanos, que deriva del derecho fundamental a la vida, integridad corporal y salud (art. 15 de la CE) y que sin embargo, se configura de modo que no abarca el mantenimiento de la vida contra la voluntad de su titular en condiciones inhumanas o degradantes?, así como también del derecho constitucional a la salud (art. 43 CE), deber que tiene sus límites asimismo en la voluntad del afectado. Frente a estos deberes de la Administración pública sanitaria, surge el derecho de libertad religiosa, ideológica y de conciencia tutelado en el art. 16 CE (NÚÑEZ, PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., pp. 109-111).

⁷³⁷ Por ello Carbonell Mateu, sostiene que la regulación de la eutanasia es inconstitucional (CARBONELL MATEU, *Suicidio y eutanasia*, Valencia, 2004, p. 2, documento disponible en internet, página: <http://www.eutanasia.ws>).

en dignidad” y la dignidad comporta libertad y autonomía moral⁷³⁸. En un plano individual, se ha sostenido que la vida debe ser *humana y autónoma* (es decir, *digna*) para constituir el soporte de todos los derechos, ya que dinámicamente considerada, la vida no es sino una sucesión de decisiones libres en cuanto al desarrollo personal de la propia vida y Por lo tanto, las decisiones relativas a la intervención sobre el cuerpo humano pertenecen al ámbito de libertad de la propia persona⁷³⁹. Entendida en un sentido psicológico (posibilidad de elección entre motivos), sociológico (ámbito de realización personal sin coacción ni manipulación) o ético (referencia de los propios actos al proyecto de vida asumido por la persona), la libertad constituye en último término un *valor jurídico*, que la Constitución española eleva en su primer precepto al rango de *valor superior del ordenamiento*⁷⁴⁰. Elegir entre dejar que la naturaleza siga su curso o adoptar procedimientos artificiales para la conservación de la vida, elegir entre el riesgo que comporta un tratamiento médico u otro distinto o aquél que conlleva prescindir de los mismos, elegir entre el dolor de la enfermedad o el dolor de la intervención, elegir entre el bienestar físico o la tranquilidad de conciencia, pertenece a la autonomía más íntima del ser humano y a su condición de sujeto de derechos, sin que nadie, Estado o particulares, salvo casos de incapacidad legal, pueda sustituirle en tal decisión⁷⁴¹. Por ende, no se trata de un problema de justificación, a raíz de un conflicto entre la vida y la libertad, a partir del cual deba prevalecer la libertad por ser el valor superior del ordenamiento jurídico, en la ponderación de intereses, sino de *entender que en la especie no existe, por parte del Estado, el deber de proteger un derecho personalísimo que ha sido renunciado por su titular* y de que ambos derechos sean interpretados armónicamente en función de la idea de la dignidad humana y del consiguiente derecho a la autodeterminación del sujeto⁷⁴². En tal sentido, se ha señalado que la libertad del hombre contribuye a dar sentido al derecho a la vida que a todos reconoce el artículo 15 de la Constitución, entiéndase como derecho subjetivo fundamental o como soporte de todos los derechos, pues la vida no es un bien expropiable por la colectividad, ni en su duración ni en su contenido, sino una empresa rigurosamente personal en la que el hombre se está proyectando permanentemente a sí mismo, ya que si la dirección de la vida no fuera personal y libre, no tendría sentido hablar de persona ni de libertad, cuya protección es “central e identificadora” para el Estado democrático⁷⁴³.

Sin perjuicio de lo resuelto por el TS⁷⁴⁴, y no obstante lo anterior, vale la pena señalar que la aplicación del estado de necesidad a este tipo de actuaciones médicas

⁷³⁸ BUENO ARÚS, “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico y la ley general de sanidad”, op. cit., p. 161.

⁷³⁹ BUENO ARÚS, “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico y la ley general de sanidad”, op. cit., p. 161.

⁷⁴⁰ BUENO ARÚS, “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico y la ley general de sanidad”, op. cit., pp. 159-160.

⁷⁴¹ BUENO ARÚS, “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico y la ley general de sanidad”, op. cit., pp. 159-160 y en BUENO ARÚS, “Límites al consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del DP”, op. cit., p. 16.

⁷⁴² En este sentido, CORCOY BIDASOLO Y GALLEGÓ SOLER, “Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia)”, op. cit., p. 231.

⁷⁴³ BUENO ARÚS, “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico y la ley general de sanidad”, op. cit., p. 160.

⁷⁴⁴ El TS, en sentencia de 14 de marzo de 1979 resolviendo una querrela contra el juez que autorizó una transfusión de sangre a un testigo de Jehová que la rechazaba, el Tribunal consideró adecuada la actuación del juez que evitaba así la posibilidad de incurrir en una conducta de auxilio omisivo al suicidio del art. 409 del antiguo CPes (hoy 143.2 del CPes), y apreció la concurrencia de la circunstancia eximente

realizadas en contra de la voluntad del paciente, ha sido criticada. Así, por ejemplo, se afirma que en el estado de necesidad ajeno, la exención de responsabilidad criminal a quien para evitar el mal ajeno lesiona un bien jurídico igualmente ajeno en contra de la voluntad de su titular, puede llegar a implicar la concesión al médico de facultades de decisión intolerables. En efecto, es sintomático observar como la jurisprudencia española, de manera casi automática realiza la ponderación de bienes jurídicos en el estado de necesidad, atribuyendo a la vida una primacía directa e inmediata sobre la libertad. Así vistas las cosas, habría que concluir que obraría en estado de necesidad, el médico que para salvar la vida de un accidentado que ingresa al servicio de urgencias, extrae un riñón sano a otro paciente que está sometido a una operación de apendicitis o un trozo de piel o de hueso para hacer un injerto, o la sangre para realizar una transfusión⁷⁴⁵, todo ello en contra de su expresa voluntad⁷⁴⁶, cuestión que claramente se opone a la adecuación con valores fundamentales que rigen en la comunidad jurídica⁷⁴⁷ y en particular a la dignidad humana⁷⁴⁸. Lo anterior, demuestra que la ponderación no es automática y que interpretadas las normas constitucionales de manera armónica y

de estado de necesidad (hoy art. 20.5 del CPes) al estimar que el mal causado era menor que el que se trataba de evitar.

Sin embargo, esta sentencia fue criticada por buena parte de la doctrina, que considera que la transfusión de sangre realizada contra la voluntad del paciente constituye un trato inhumano o degradante que -salvo excepciones- no queda amparado por causa de justificación alguna, ya que el criterio decisivo para que el médico sea protegido por el primer requisito del art. 20.5 del actual CP (entonces art. 8.7) es, no ya sólo el de la ponderación de bienes en litigio en función de la pena o el peligro que amenaza, sino la determinación de si evitar el mal mediante la lesión de bienes ajenos es un comportamiento adecuado a los valores fundamentales de la comunidad jurídica y, por consiguiente, de la dignidad de la persona humana como punto de referencia de todos los derechos fundamentales. Por otra parte, la valoración de los males en conflicto no puede hacerse del mismo modo en el supuesto del estado de necesidad propio que en el ajeno -el llamado auxilio necesario- llegándose así a la conclusión de que el mal causado (violación de la libertad religiosa) sería de mayor valor que el evitado (peligro de muerte), lo cual parece discutible. El problema se plantea, como ya hemos indicado, sobre la base de un conflicto de deberes (art. 20.7). Desde otro punto de vista, se estima que el juez que autoriza a un médico a practicar una transfusión de sangre considerándola necesaria para salvar una vida, realiza el tipo del delito contra la libertad religiosa del art. 522 del CP, aunque lo haga cumpliendo un deber de rango superior que el de abstenerse de la acción prohibida, su conducta será en principio ilícita en cuanto comporta un grave atentado a la dignidad humana (NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., pp. 115-117).

⁷⁴⁵ De acuerdo con la extracción de sangre en contra de la voluntad del sujeto, en caso de estado de necesidad, Jiménez de Asúa refería: “Si el sujeto que ha de recibir la sangre puede esperar y es posible procurarse otra, no es legítimo forzar a una persona a que dé la suya, si no quiere. Pero en caso de inminencia y si el mal que sufriría el paciente es muy grande, siendo en cambio nulo o ínfimo el de la persona forzada a procurar sangre, el médico puede extraérsela contra la propia voluntad, del mismo modo que un bombero o uno cualquiera, podría obligar al transeúnte obstinado en quedar inactivo, a prestar el ejercicio de sus músculos para mover la bomba de agua o extender la escala, a fin de socorrer a las víctimas de un incendio” (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 673).

En contra de esta opinión Bueno Arús refiere, con razón, que: “que no convence, por cuanto significa la valoración de la libertad o la integridad de un hombre con el mismo rasero económico que utilizamos para la valoración de la propiedad. Se puede estimular a una persona a que colabore voluntariamente en la cesión de órganos o en la hemodonación, pero, donde el ordenamiento rechaza expresamente la *venta* de partes del cuerpo humano, menos se podría pensar en legitimar su *expropiación* (BUENO ARÚS, “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico y la ley general de sanidad”, op. cit., p. 165).

⁷⁴⁶ BAJO FERNÁNDEZ, *Testigo de Jehová y transfusiones de sangre*, pp. 5-6, documento disponible en internet, página: <http://www.eutanasia.ws/> y en BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, en *CPC*, 1993, p. 720.

⁷⁴⁷ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 383 y BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., p. 720.

⁷⁴⁸ CERESO MIR, *Obras completas*, op. cit., T. I, pp. 688-689.

conforme al principio de la dignidad humana y del derecho a la libre autodeterminación de la persona, los Testigos de Jehová deberían ser respetados en sus convicciones religiosas, a menos que se pretenda sancionar el “hecho diferencial”, es decir, la marginalidad religiosa y el ser distinto de la mayoría⁷⁴⁹, lo cual, evidentemente implica la concesión a determinados individuos de un poder desorbitado sobre intereses ajenos y entraña el desprecio de la autonomía de decisión del hombre, postura más propia de una sociedad autoritaria que de otra respetuosa de las libertades, de los derechos de los marginados o de las minorías como en el caso de los Testigos de Jehová y de ahí que se sostenga que el mal causado contra la voluntad de quien lo sufre, producido por quien no se encuentra en una situación de necesidad, ha de considerarse superior al evitado, aunque se trate de la muerte, si falta la necesaria adecuación a los valores fundamentales de la comunidad jurídica⁷⁵⁰ y, por lo tanto, aun cuando se estimara que existe un conflicto entre la vida, la salud o la libertad, no cabría aplicar respecto del médico la exigencia del estado de necesidad.

Además, se señala que es erróneo ver un conflicto entre la vida y la libertad, ya que el causante del mal no trata de “evitar la muerte”, sino de “conjurar un peligro de muerte”. Cuando el mal causado implica una agresión física, como en el caso de las transfusión de sangre, que de forma próxima o remota, implica un peligro para la salud individual, resulta impropio hablar de un conflicto entre la vida o la salud individual y la libertad a resolver según criterios derivados de la gravedad de la pena a imponer a las conductas lesivas de tales bienes⁷⁵¹. En realidad existe un conflicto entre dos peligros:

⁷⁴⁹ BAJO FERNÁNDEZ, *Testigo de Jehová y transfusiones de sangre*, op. cit., p. 6.

⁷⁵⁰ BAJO FERNÁNDEZ, “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, en *ADPCP*, 1979, p. 495. En tal sentido Bajo Fernández afirma que no se puede ignorar la importancia que toda la doctrina ha otorgado a la dignidad de la persona humana como “punto de referencia de todos los derechos fundamentales”, cimiento de todo el edificio constitucional, principio material de justicia y límite inmanente del Derecho positivo. A ello hay que añadir que la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes no es más que una proyección de la dignidad humana y que como principio interpretativo ha de ponderarse también a la hora de saber cuál de los valores en conflicto es preponderante (BAJO FERNÁNDEZ, *Testigo de Jehová y transfusiones de sangre*, op. cit., pp. 6-7.). También sostiene que la imposición forzada de una actividad terapéutica constituiría un trato inhumano y degradante prohibido por el art. 15 de la CE y por las normas internacionales, ya que expropiar una decisión tan personalísima representa la cosificación del hombre y la negativa de un derecho absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana, BUENO ARÚS, “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico y la ley general de sanidad”, op. cit., p. 163 y BUENO ARÚS, “*Límites al consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del DP*”, op. cit., p. 18.

⁷⁵¹ Para Luzón Peña en el caso del sujeto en peligro de muerte o lesión por enfermedad o accidente y que se niega a una intervención médica, como no se mata ni se lesiona, puede sostenerse que tiene *derecho* a soportar el riesgo de una muerte o lesión debida a causas naturales, sin someterse a remedios artificiales. A su juicio, en este caso, las consecuencias del ejercicio de ese derecho no son un *mal* en sentido jurídico (la muerte o la lesión aceptadas solo constituirían en ese caso un mal naturalístico) y, por tanto, al no amenazar un “mal”, no cabe estado de necesidad que ampare una intervención médica impuesta por la fuerza. En cambio, en la huelga de hambre prolongada que puede provocar la muerte, sostiene que como es la propia conducta del sujeto la que causaría su muerte, a su juicio, al igual que en el caso de suicidio activo, ya no se podría hablar de un “derecho a matarse”. Aunque el intento de suicidio, en su opinión, no sea punible, no es una conducta legítima, sino que el Derecho la sigue desaprobando, y por eso se castigaría la participación en el suicidio. Como dicha causación de la muerte sería un *mal* en sentido jurídico, cabría para evitarla una actuación médica o funcional de alimentación forzosa amparada por estado de necesidad. Además sostiene que incluso se puede lícitamente intervenir para impedir el riesgo de muerte provocado por la prolongación de la huelga de hambre a partir de un determinado estadio no solo si el sujeto ha llegado a una situación de inimputabilidad o inconsciencia por extrema debilidad, intoxicación, etc., sino incluso antes, es decir, aunque el huelguista de hambre con pleno conocimiento del riesgo ya efectivo de muerte y en estado de responsabilidad decida seguir adelante. Si la huelga de hambre amenaza solamente con causar daños en la salud o integridad del sujeto,

de muerte o de afectación de la salud individual, que no puede resolverse atendiendo exclusivamente a la mayor o menor probabilidad de producción, sino que resulta del todo relevante considerar la ausencia de consentimiento por parte de quien sufre la agresión y el poder que, en caso de aprobar la conducta, se otorga a un sujeto sobre los intereses ajenos, facultándole a la agresión^{752/753}.

Descartado el estado de necesidad, García Álvarez afirma que sólo puede admitirse un tratamiento no consentido por el paciente si éste no está capacitado, por hallarse inconsciente, para adoptar una decisión, y si por la urgencia de la situación, no puede esperarse a que éste se recupere, ya que lo contrario, es decir, la admisión de un tratamiento médico contra la voluntad expresa del titular del bien jurídico, constituirá, coincidiendo con Bueno Arús, un encarnizamiento terapéutico y un paso hacia atrás en el respeto de los derechos fundamentales de la persona⁷⁵⁴.

9.2.4. Argumento del auxilio al suicidio

El TS español ha afirmado que la omisión en la prestación de la actividad médica, en esta clase de situaciones, genera responsabilidad para el médico, toda vez que tratándose de un suicidio, el médico debería responder por auxilio omisivo al suicidio ajeno. Sin embargo, no es posible argumentar que en la especie nos encontremos ante un suicidio⁷⁵⁵, toda vez que el Testigo de Jehová no tiene voluntad de morir⁷⁵⁶, sino que se trata de una persona que quiere vivir pero no a cualquier costo⁷⁵⁷, ni mucho menos pasando por sobre sus convicciones religiosas⁷⁵⁸.

entonces equivale a la autolesión activa. Y, a su juicio, las autolesiones no solo son penalmente atípicas, sino que no se castiga la participación en las mismas, y tampoco habrían razones para considerarlas antijurídicas, a no ser que afecten a intereses o derechos ajenos. En ese sentido, el daño para la salud no sería jurídicamente un *mal* y, por tanto, contra el mismo no cabría actuar en estado de necesidad (LUZÓN PEÑA, “Estado de necesidad e intervención médica o funcional, o de terceros en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, en *Avances de la medicina y DP*, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, pp. 72-76).

⁷⁵² BAJO FERNÁNDEZ, “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, en *ADPCP*, 1979, p. 496.

⁷⁵³ En un artículo posterior, Bajo Fernández afirma además que la transfusión de sangre realizada contra la voluntad del paciente constituye un trato inhumano y degradante que, salvo excepciones, no queda amparado por causa de justificación alguna y agrega que en la medida que la transfusión de sangre 1) implica una agresión física, aunque sea mínima, 2) provoca riesgos, por leves que sean, para la salud, 3) no procede de quien se encuentra en estado de necesidad, sino de un tercero y 4) se realiza contra la voluntad del agredido, no puede quedar exenta de responsabilidad criminal por aplicación del n° 7 art.8° (actual art. 20 número 5 del CPes), aunque se realice para evitar otro mal, incluso la muerte. La razón estriba en la falta de adecuación con valores elementales indispensables para la convivencia social como es la necesidad de respeto a la voluntad ajena, la necesidad de no otorgar a nadie poderes excepcionales de intervención en los intereses ajenos y la necesidad de no practicar tratos inhumanos y degradantes. De ahí que quien, contra la voluntad del paciente, realiza una transfusión de sangre para salvar su vida, comete, al menos, un atentado contra la libertad (si no una lesión o, al menos, un maltrato de obra) no amparado por la exigencia de estado de necesidad (BAJO FERNÁNDEZ, *Testigo de Jehová y transfusiones de sangre*, op. cit., p. 5 y en BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., p. 720).

⁷⁵⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999, p. 557.

⁷⁵⁵ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 66-67.

⁷⁵⁶ GONZÁLEZ RUS, “Formas de homicidio. Asesinato. Inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición. La eutanasia”, en COBO DEL ROSAL (Coord.), *DP español, PE, Editorial Dykinson*, Madrid, 2005, p. 107.

Parte de la doctrina⁷⁵⁹ postula que el suicidio, podría llevarse a cabo con dolo directo o con dolo eventual y utilizan este argumento para tildar de suicidas a los Testigos de Jehová que rechazan las transfusiones de sangre⁷⁶⁰. No concuerdo con esta posición, toda vez que, a mi juicio, pasa por alto el hecho de que no se puede extrapolar el análisis categorial del homicidio al suicidio, porque ambas instituciones son penalmente distintas en su esencia. En efecto, mientras en el homicidio una persona le quita la vida a otra, constituyendo dicha conducta una de las más graves del ordenamiento jurídico, en el caso del suicidio, se trata de un hecho no antijurídico en el cual es la propia persona quien, en muchos casos, de manera libre y consciente dispone de su propia vida, de manera que solo podemos hablar de suicidio en aquellas situaciones en las cuales el sujeto quiere su muerte. De lo contrario, podríamos de llegar al extremo de conceptualizar como suicidio todas aquellas situaciones en las cuales pese a existir un riesgo elevado, las personas confían en que dicho riesgo no se materializara, a pesar de que están consientes de que tal riesgo existe, como ocurre en las corridas de toro, en un salto al vacío en benji y en general en todos los deportes extremos. La vida moderna implica riesgos, mayores o menores, para la vida o para la salud individual, y por lo tanto, lo relevante es determinar que quien asume un determinado grado de peligro lo hace de manera libre y consciente del riesgo objetivo que la conducta entraña y de ahí, que más allá de que existen riesgos distintos según la peligrosidad intrínseca de la conducta, sostengo que los casos de tratamiento médico, como lo es una transfusión de sangre, deben ser solucionados apelado al consentimiento libre, válido e informado de la víctima⁷⁶¹. Por lo demás, desde el punto de vista semántico, según la RAE

⁷⁵⁷ BAJO FERNÁNDEZ, “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, en *ADPCP*, 1979 p. 498.

⁷⁵⁸ BAJO FERNÁNDEZ, “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, op. cit., nota 7, p. 495. Núñez Paz adhiere a esta tesis con reservas, toda vez que señala que cuando no existen alternativas a la transfusión de sangre y éste es el único tratamiento posible a fin de subsanar el inminente peligro para la vida del paciente, no debería excluirse esta situación del concepto de “voluntad de morir”, implícito en la noción de suicidio, y por ello, sostiene que cabe tanto el dolo directo, de segundo grado como el eventual. Así, si el paciente es consciente de que no existe otro medio de salvar su vida, existiría, a su juicio, una voluntad -al menos indirecta- de morir, lo que sería equivalente a una actividad suicida, ya que la muerte se presenta al paciente como consecuencia necesaria de su rechazo a la transfusión. Por tanto, afirma que ante un caso de extrema urgencia en que el paciente no tiene más alternativas que elegir entre la transfusión o la muerte, sabe que su rechazo implica necesariamente aquella y acepta el resultado; entonces podría hablarse de suicidio, lo cual, en todo caso no significaría que el rechazo a este tratamiento en cuanto corresponde a convicciones personales enraizadas a la conciencia del hombre- no deba ser respetado como comportamiento adecuado a los valores fundamentales de la comunidad jurídica (Núñez Paz, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., p. 109).

⁷⁵⁹ LUZÓN PEÑA, “Estado de necesidad e intervención médica o funcional, o de terceros en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, op. cit., pp. 67-68; SILVA SÁNCHEZ, “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros”, en *ADPCP*, 1987, p. 457; ROMEO CASABONA, *El médico y el DP*, op. cit., p. 375; NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., pp. 108-109 y Díez Ripollés, con un matiz, ya que opina que sólo las conductas más serias de huelga de hambre reivindicativa merecen el calificativo de comportamientos suicidas, pero señala que en los restantes supuestos, en la medida en que ya no exista voluntad de morir, solo podremos hablar, en el peor de los casos, de culpa consciente respecto al resultado de muerte, algo que ya no permite calificar la conducta como suicida (DÍEZ RIPOLLÉS, *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, en *CPC*, 1986, pp. 609-610).

⁷⁶⁰ Argumento que hacen extensivo a los reos que se encuentra en huelga de hambre reivindicativa.

⁷⁶¹ En el mismo sentido, Díaz Aranda sostiene que la teoría del dolo eventual ha sido creada para analizar conductas delictivas, es decir, con ella se determina si la conducta del sujeto que causa un resultado prohibido por la norma penal se debe imputar a título de dolo o de imprudencia. Lo que no cabe en dicha teoría es el análisis de conductas socialmente adecuadas para el DP o simplemente atípicas (DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Editorial Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia e Interior y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, pp. 251-252).

suicidarse es quitarse voluntariamente la vida, concepto que se condice mejor con el concepto de dolo directo, en donde el autor persigue la realización del delito y no con el dolo eventual^{762/763}. Por lo tanto, al afirmar que el suicidio no admite el dolo eventual no se está desfigurando el concepto de suicidio como sostiene Diez Ripollés⁷⁶⁴. Así las cosas, desde el punto de vista penal podemos definir el suicidio como la muerte directamente querida que una persona imputable se causa a sí misma, en donde la decisión de morir se reconduce a un acto de voluntad válido, libre y expreso⁷⁶⁵. De esta manera, necesario es concluir que mientras la negativa a practicarse un tratamiento médico no sea utilizada por el titular del bien jurídico como medio para quitarse la vida, no puede ser identificada con el suicidio⁷⁶⁶, ya que, no se trata más que de una actividad de riesgo en la que la persona enferma no quiere morir, pero tampoco vivir a toda costa, por lo tanto, si elige poner en riesgo su salud y/o su vida al negarse a ser tratado médicamente, siendo él el que determina objetiva y positivamente su conducta, las negativas a recibir transfusiones sanguíneas por parte de los testigos de Jehová constituyen auxilio al suicida⁷⁶⁷ y se asemejan a lo que normativamente se denomina como una *autopuestas en peligro*⁷⁶⁸.

⁷⁶² MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 261.

⁷⁶³ En el mismo sentido, García Álvarez refiere que la expresión “voluntad de morir” tan sólo nos permite abarcar un *dolo directo*, pero no un *dolo eventual* (GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, op. cit., p. 544). De la misma opinión, GONZÁLEZ RUS, “Formas de homicidio, asesinato, inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición. La eutanasia”, op. cit., p. 107 y BUENO ARÚS, “*Límites al consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del DP*”, op. cit., p. 14; MUÑOZ CONDE, DP, PE, op. cit., pp. 67-68, DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, en CPC, 1986, p. 608).

⁷⁶⁴ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., p. 610.

⁷⁶⁵ GONZÁLEZ RUS, “Formas de homicidio. Asesinato. Inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición. La eutanasia”, op. cit., p. 106.

⁷⁶⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, op. cit., p. 545 y DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, op. cit., p. 253.

⁷⁶⁷ Núñez Paz pese a sostener que el suicidio puede llevarse a cabo tanto con dolo directo, como con dolo de segundo grado o de las consecuencias necesarias o incluso con dolo eventual, afirma que dado el contenido garantista de la CE, que no toma posición en los supuestos de renuncia a la vida de su titular, puede ser que una persona capaz y mentalmente sana pueda rechazar el tratamiento aunque su decisión ponga en peligro su vida, y sin que incurra por ello en un delito de auxilio omisivo al suicidio. Afirma que en la interpretación de los preceptos del CP que consideran preferente la protección de la vida humana, realizada de acuerdo a la base garantista, no cabe tal protección contra la voluntad del propio interesado (*voluntas aegroti suprema lex*). Agrega que si el médico ha informado al paciente sobre el peligro que corre su vida y la transcendencia de su decisión y, así todo, aquel persiste en la misma, desaparece la posición de garante y, consiguientemente, el conflicto de deberes no llega a producirse tanto porque pueda existir un trato inhumano o degradantes, como porque no exista el deber de intervención por parte del médico, salvo en los casos establecidos en la Ley General de Salud. Si el testigo de Jehová llega a una situación de inconsciencia, habrá que acudir a la voluntad presunta, bien porque exista una declaración previa del paciente o a través de la necesaria intervención de sus representantes. Pero en ningún caso puede admitirse el rechazo a la transfusión por parte de familiares, allegados o representantes cuando no hay forma de comprobar cuál hubiera sido la voluntad del paciente, por ejemplo, menores, deficientes mentales y oligofrénicos. Sólo inconsciente y adulto si hubiera podido expresarse, esencialmente -como algún autor propone- a través de una declaración escrita al igual que en el caso del llamado testamento biológico autorizado previamente por los miembros del Grupo, a pesar de todo lo cual, la cuestión ofrece serias dudas (NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., pp. 112-114).

⁷⁶⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, op. cit., p. 546.

10. Huelgas de hambre reivindicativas llevadas a cabo por reclusos penitenciarios

Se suele entender por huelga de hambre aquel método pacífico de protesta consistente en la negativa prolongada, voluntaria y reivindicativa a ingerir alimentos y en ocasiones agua, en contra de lo que se considera injusto, hecho que por lo general, se produce en las prisiones⁷⁶⁹.

Sin embargo, en realidad podemos distinguir tres clases de huelga de hambre: la huelga de hambre *patológica*, que es el producto de desequilibrios psíquicos, la huelga de hambre entendida como un método intencionado de *suicidio*, pudiendo ser la intención de morir fruto de una decisión libre o no, y la huelga de hambre *reivindicativa*, en la que no se aprecia ni intención de morir ni rasgos psicopatológicos⁷⁷⁰.

La huelga de hambre reivindicativa se caracteriza por su contenido de sacrificio y autoinmolación, por su carácter pacífico, por la necesidad de obtener resonancia social respecto de alguna decisión o situación que al huelguista le parece injusta, por tratarse de un instrumento extremo, en el que se ponen en juego bienes de la máxima valía como la salud individual o, incluso la vida y por intentar forzar un diálogo, hasta entonces no logrado o no en el grado deseado por el recluso, con la administración del recinto penitenciario o con las autoridades políticas⁷⁷¹, para conseguir diversas exigencias políticas, ideológicas, sociales o personales⁷⁷².

En este acápite nos referiremos a las huelgas de hambre reivindicativas, las cuales han tenido una cierta importancia en España a partir de la política penitenciaria desarrollada ya desde hace algunos años de dispersión de los presos por terrorismo (GRAPO y ETA) entre la delincuencia común, para impedir la formación de grupos en las prisiones y el consiguiente adoctrinamiento mutuo y fortalecimiento ideológico⁷⁷³. Dicho mecanismo de presión, también ha tenido repercusión en Cuba, con el conocido caso del preso político Guillermo Fariñas y en Chile recientemente, con las huelgas de hambre llevadas a cabo por personas pertenecientes a la etnia mapuche, quienes se encuentran actualmente acusados por delitos terroristas y que solicitan ser juzgados conforme a las figuras genéricas contenidas en el CPCh y, en la mayoría de los casos, de acuerdo con el tipo penal común de incendio⁷⁷⁴.

⁷⁶⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 685 y BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., p. 726.

⁷⁷⁰ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., p. 604 y en DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, op. cit., p. 241.

⁷⁷¹ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., pp. 605-606.

⁷⁷² NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., p. 121.

⁷⁷³ DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, op. cit., p. 241 y BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit. p. 726.

⁷⁷⁴ Al respecto escribe Bascuñán Rodríguez: “El pasado 24 de agosto la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso de protección que interpuso Gendarmería de Chile en contra de los internos mapuches que sostenían una huelga de hambre, autorizándola alimentarlos por la fuerza (Rol N° 1154-2010). El 1° de octubre la Corte Suprema confirmó esa decisión (Rol N°7074-2010). El caso de la huelga de hambre es semejante a aquel en que el paciente rehúsa un tratamiento terapéutico, por ejemplo, una transfusión de sangre. Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han acogido recursos de protección interpuestos por directores de hospitales, autorizándolos para someter a sus pacientes por la fuerza al tratamiento terapéutico. En ambos casos la pregunta es la misma. Se trata de instituciones que tienen un deber legal de cuidado respecto de determinadas personas, de personas que lo rechazan y de situaciones en que hay un riesgo de muerte por falta de ese cuidado. La pregunta es qué debe primar, si el cumplimiento de ese deber institucional de evitar la muerte o el respecto por la autonomía de la persona que lo rechaza y está dispuesta a morir. Se puede leer la jurisprudencia chilena en el sentido de una afirmación de la preponderancia de los deberes institucionales de cuidado cuando hay riesgo de muerte.

El problema que desde el punto de vista penal se ha producido en el caso de quienes se encuentran en huelga de hambre en recintos penitenciarios, consiste en determinar si es posible obligar a los reclusos coactivamente a ingerir alimentos o, cuando ha pasado un periodo prolongado, a practicarle alguna clase de tratamiento médico y si la práctica o la omisión de tal actividad conlleva para el funcionario penitenciario responsabilidad penal⁷⁷⁵.

10.1. Huelgas de hambre patológicas y huelgas de hambre realizadas bajo coacción

Evidentemente, en aquellos casos en los cuales no podemos señalar que la decisión

Esa afirmación, sin embargo, carece hasta el momento de justificación racional en la jurisprudencia. El mismo déficit exhibe la reflexión pública. Porque este es un caso de paternalismo y no es evidente que en un Estado de Derecho sea correcto que los gendarmes y los médicos traten a sus internos como si fueran niños. No pretendo ofrecer aquí una respuesta a la pregunta moral que el caso plantea. Sí quiero ofrecer una explicación de por qué esta pregunta no tiene todavía una respuesta racional entre nosotros. La explicación es simple: no la tiene porque aún no ha sido planteada. Aunque suene paradójico, es así. Entre nosotros –ante los tribunales y ante la opinión pública– el planteamiento de la pregunta está bloqueado. Lo que ha impedido hasta ahora que asumamos la tarea de dar una respuesta racional a esa pregunta es un prejuicio basado en una falacia, que los conservadores católicos han instalado hábilmente. Se trata de la idea de que quien pone en peligro su salud atenta contra su derecho a la vida. Esta idea quedó incrustada en la jurisprudencia en pleno gobierno militar. En 1984 un grupo de estudiantes de la Universidad Católica realizó una huelga de hambre. Se recurrió de protección en contra de ellos, argumentando que atentaban contra su vida. La Corte de Apelaciones de Santiago no aceptó el argumento: con toda razón, observó que la lógica de los derechos no admite la idea de que el titular de un derecho viole su propio derecho. La Universidad Católica apeló a la Corte Suprema, la cual ordenó a la Corte de Apelaciones que acogiera el recurso. Obediente, la Corte de Apelaciones ordenó el término de la huelga de hambre estudiantil (*Rozas Vial contra Párroco de San Roque*, CA Santiago, 9 de agosto de 1984; quizás sea de interés del lector saber que el Párroco de San Roque que cobijó a los estudiantes era Gerardo Whelan, el sacerdote en que se inspira la película *Machuca* de Andrés Wood). El argumento de la Corte de Apelaciones de Santiago en 1984 consistió en sostener que la huelga de hambre es un acto suicida y que el suicidio es una violación al derecho a la vida. Eso es una falacia. Sin duda, el suicidio es un atentado contra la propia vida. Pero eso no es conceptual ni moralmente idéntico a una violación del derecho a la vida. Del derecho a la vida sólo se deriva la prohibición de matar a otro contra su voluntad. Que esto no sea evidente para los conservadores católicos se explica por el hecho de que en su visión de las cosas los derechos no son los fundamentos de los deberes, sino más bien instrumentos institucionales al servicio del cumplimiento de deberes que tienen otro fundamento. El punto de partida del conservador católico es que la vida es un bien, por lo que todos deben abstenerse de dañarlo, ya sea respecto de la vida ajena como de la propia. Ese punto de partida explica la equivalencia que los tribunales hacen constantemente entre la consideración de la vida como un estado de cosas valioso y el derecho a la vida como expresión de esa valoración. Pero el derecho a la vida no es mera expresión de una valoración, sino razón y fundamento de esa valoración. La vida es valiosa porque nos reconocemos recíprocamente un interés en la supervivencia. Ausente el interés en sobrevivir, desaparece la razón para valorar negativamente la supresión de la vida o la no evitación de la muerte como violación del derecho. La conclusión anterior no implica que no haya razón alguna, distinta del derecho a la vida, para valorar negativamente la supresión de la vida o la no evitación de la muerte, ya sea en un caso de auxilio al suicidio o de homicidio consentido, y para atribuir a esa valoración tanta importancia como para prohibir esas acciones. De hecho, la existencia en distintos países de esas prohibiciones demuestra que el legislador se basa en otras razones, distintas al derecho a la vida, para establecer esas reglas. ¿Cuáles son esas razones? ¿Pesan ellas más que el respeto a la autonomía de las personas? Cuando Gendarmería de Chile y los directores de hospitales recurren de protección, en rigor lo que están haciendo es solicitar autorización judicial para cumplir por la fuerza deberes legales de cuidado basados en esas otras razones. Pero como piden –y obtienen– esa autorización invocando falazmente el derecho a la vida del que fuerzan a vivir, nunca han dado respuesta a las dos preguntas esenciales para el Estado de Derecho: cuáles son esas razones y por qué tienen más importancia que el respeto a la autonomía de las personas. Esa es la pregunta que desde 1984 está bloqueada en Chile” (BASCUNÁN RODRÍGUEZ, “Huelga de hambre y Estado de Derecho, documento disponible en internet, página: <http://elpost.cl/content/huelga-de-hambre-y-estado-de-derecho>).

⁷⁷⁵ DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, op. cit., p. 241.

es fruto de la libertad del recluso quedan dentro del deber del Estado de intervenir, ya que la voluntad no libre del huelguista es irrelevante y la obligación de velar por la vida y salud de los reclusos se manifiesta en toda su intensidad, lo cual es aplicable a enfermos mentales que desarrollan una huelga de hambre patológica y en caso de huelgas de hambre realizadas bajo coacción, en especial si se trata de huelgas de hambre colectivas en las cuales la mayoría obliga a la minoría a adoptar la huelga de hambre en contra de la voluntad de los presos minoritarios⁷⁷⁶. Sin embargo, no se debe partir de la base de que existe falta de libertad de decisión de las personas internadas en instituciones como las prisiones, aun cuando sea necesario analizar los efectos que el régimen carcelario ha provocado en el huelguista, ya que afirmaciones generalizadoras en tal sentido, solo conducen a privar o limitar a los reclusos de más derechos de los que la condena penal impone. No cabe equiparar una conducta difícil de comprender con una conducta carente de libertad y, por lo tanto, la ausencia de libertad debe probarse, porque de lo contrario la autoridad penitenciaria contaría con un peligroso pero eficaz mecanismo para imponer coactivamente la alimentación forzosa aun cuando la decisión hubiese sido tomada por el recluso de manera libre y consciente de los riesgos que la huelga de hambre le pudiera acarrear.

10.2. Huelga de hambre reivindicativa y derechos del recluso

Una mirada acorde a la dignidad humana y con el respeto del principio de la autodeterminación de la persona, nos obliga a respetar la decisión que ha sido tomada por el recluso, titular de los derechos personalísimos en juego, de manera libre y con pleno conocimiento de los riesgos que su conducta importa para la salud individual y, en último término, para la vida.

Al respecto, debemos tomar en consideración que en la actualidad resulta incuestionable el carácter directamente normativo, y no meramente programático, de la Constitución, particularmente en lo que a los derechos fundamentales se refiere. La norma fundamental tiene repercusiones directas en la delimitación de los bienes jurídico-penales y en la interpretación de los textos legales propios del DP. De esta manera, en lo que a nuestro tema se refiere, la Constitución, en su art. 25.2, prescribe expresamente que el condenado a pena de prisión gozará de *todos los derechos fundamentales*, a excepción de los expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria⁷⁷⁷. De ahí que la legislación penitenciaria, así como la doctrina, han insistido en la consideración del recluso como sujeto de derecho que no está excluido de la sociedad, sino que sigue poseyendo el *status* jurídico propio del ciudadano e intentando reducir en lo posible las diferencias con la vida en libertad⁷⁷⁸.

La *idea de la dignidad de la persona* y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, mencionados en el art. 10.1 de la CE, son el núcleo o punto de referencia del que fluyen todos los derechos y libertades fundamentales y están claramente recogidas en la legislación penitenciaria, en donde el respeto a la dignidad humana y a la personalidad y a su desarrollo por parte de los reclusos, se constituyen en principios

⁷⁷⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 732.

⁷⁷⁷ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., p. 614.

⁷⁷⁸ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., p. 614.

inspiradores de la actividad penitenciaria, sin limitaciones y, en tal sentido, la misión más importante del sistema penitenciario es preservar la dignidad del recluso⁷⁷⁹.

Así por ejemplo, el *derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes*, contenido en el art. 15 de la CE, se relaciona directamente con la protección de la dignidad de la persona humana como idea inspiradora de todos los derechos fundamentales y opera como *límite* al derecho a la vida o la salud, en aquellas situaciones en las cuales el respeto al Derecho constitucional de no imponer tratos inhumanos o degradantes obliga a dar relevancia a la voluntad del titular de esos bienes jurídicos⁷⁸⁰. De este modo, la Declaración de Tokio, emanada de la Asociación Médica Mundial en 1975, señala expresamente en el apartado 5, que: “en el caso de un prisionero que rechaza alimentos y a quien el médico considera capaz de comprender racional y sanamente las consecuencias de dicho rechazo voluntario de alimentación, no deberá ser alimentado artificialmente. La decisión sobre la capacidad racional del prisionero debe ser confirmada al menos por otro médico ajeno al caso. El médico deberá explicar al prisionero las consecuencias de su rechazo a alimentarse”. Dicho precepto se encuentra en plena sintonía con las normas internacionales que prohíben la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes⁷⁸¹.

La CE garantiza además el *derecho a la libertad de expresión*, el cual también se encuentra íntimamente ligado a la dignidad de la persona⁷⁸². Al respecto, la legislación penitenciaria española establece que “los reclusos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin excepción del derecho de sufragio, salvo que sean incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena”. De esta manera, debe concluirse que la huelga de hambre reivindicativa es una manifestación del derecho fundamental a la libertad de expresión, aun cuando el art. 20 de la CE alude a la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, toda vez que dicha norma debe ser interpretada en sentido amplio incluyendo cualquier forma de expresión como, por ejemplo, la expresión simbólica, lo que se ve corroborado por diferentes textos internacionales ratificados por España⁷⁸³.

Por lo tanto, la intervención médica contra la voluntad del recluso en estos casos no puede ser admitida ya que vulneraría los anteriores derechos, constituyendo una actuación contraria al derecho de autodeterminación de la persona y, en último término a la dignidad del ser humano.

Parte de la doctrina sostiene, que lo anterior no implica la obligación del médico o del funcionario penitenciario de quedarse con los brazos cruzados esperando que el recluso pierda la vida, ya que la libertad del recluso en orden a mantener la huelga debería ser respetada en tanto sea manifestada, pero una vez que el recluso huelguista ha entrado en un estado de inconsciencia, como no existe posibilidad de saber si mantiene o no su decisión libre de mantener la huelga de hambre o si, por el contrario, desea ponerle término a dicha situación, estaría facultado el médico o el funcionario penitenciario para alimentarle de manera forzosa⁷⁸⁴.

⁷⁷⁹ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., p. 616.

⁷⁸⁰ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., p. 618.

⁷⁸¹ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., p. 618.

⁷⁸² DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., p. 618.

⁷⁸³ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., pp. 618-619.

⁷⁸⁴ En este sentido se pronuncia GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 226-227; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 2004, op. cit., pp. 72-73; DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., p. 658; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 155 y GARCÍA

A mi juicio, al igual que en el caso de negativa de los Testigos de Jehová a practicarse transfusiones de sangre, estamos en el caso de las huelgas de hambre reivindicativas llevadas a cabo en centros penitenciarios, ante situaciones consentidas voluntariamente por el titular del derecho, en este caso el recluso, razón por la cual no cabe imputar responsabilidad penal al médico o al funcionario penitenciario, que respetando la voluntad del recluso, no persiste en la idea de alimentarle coactivamente. Sin embargo, mirado desde la otra cara de la medalla, me parece que la conducta del médico o funcionario que alimenta forzosamente a un recluso constituye una conducta ilícita que afecta la libertad del ser humano y que incluso constituye un trato inhumano o degradante⁷⁸⁵. Además, dicho comportamiento atenta en contra de la libertad de expresión^{786/787}. Lo contrario implica la idea consecuencialista de esperar a que el recluso quede en situación de inconsciencia para luego pasar por sobre su voluntad con la excusa de que ya no sabemos si persiste en su decisión de continuar la huelga⁷⁸⁸. ¿Sostendrían los partidarios de esta tesis su opinión en el caso de que el huelguista antes

ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, op. cit., p. 557.

En contra Silva Sánchez quien sostiene que en lo que se refiere a la comisión por omisión, el deber de garantía resulta “cancelado” por la libre decisión del suicida, que supone algo así como una liberación del garante del compromiso que le vinculaba al otro sujeto. Esto valdría incluso para las situaciones de inconsciencia subsiguientes a un suicidio cometido con libre responsabilidad (SILVA SÁNCHEZ, “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros”, op. cit., pp. 473-474). Por su parte, Luzón Peña opina que, en virtud de la concurrencia del estado de necesidad, se puede lícitamente intervenir para impedir el riesgo de muerte provocado por la prolongación de la huelga de hambre a partir de un determinado estadio o provocado por un intento directamente suicida, no solo si el sujeto ha llegado a una situación de inimputabilidad o inconsciencia por extrema debilidad, intoxicación, etc. sino incluso antes, es decir, aunque el huelguista de hambre con pleno conocimiento del riesgo ya efectivo de muerte y en estado de responsabilidad decida seguir adelante (LUZÓN PEÑA, “Estado de necesidad e intervención médica o funcional, o de terceros en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, op. cit., p. 74).

⁷⁸⁵ NÚÑEZ PAZ, op. cit., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, pp. 130-131.

⁷⁸⁶ En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit. p. 732.

⁷⁸⁷ En cambio, Cerezo Mir, opina que La conducta del juez o el médico no realiza, el tipo del delito de tortura, del art. 174.2, ni el de trato degradante, del art. 173, siempre que no se suministrase alimentación forzosa al recluso por vía bucal (CEREZO MIR, *Curso de DP español, PG, Editorial Tecnos*, Madrid, 2005, T. II, p. 296, nota 25).

⁷⁸⁸ No parece por lo tanto aceptable la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual para evitar la consideración de trato inhumano o degradante, autoriza la alimentación y el tratamiento médico sin que en ningún caso pueda suministrarse la alimentación por vía bucal.

Por su parte, la ya aludida STC N° 120/1990 se refiere exclusivamente a la alimentación por vía parenteral advirtiendo expresamente que la alimentación oral es la única cuyo empleo podría ser entendido como una humillación para quien hubiera de sufrirla.

Con razón Bajo Fernández sostiene que es altamente vejatorio atar de pies y manos a un sujeto y abrirle la boca con un forceps para alimentarlo como a una oca, pero no es menos humillante la alimentación por vía parenteral para quien debe ser esposado con los brazos en cruz evitando que alcance la sonda inserta en la vena con la boca o los pies. El TC utiliza un *argumento teleológico* para negar la existencia de tortura o trato inhumano o degradante, porque la intervención médica “no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos y porque la actuación médica esta, a su juicio, ajustada a la *lex artis*. Lleva razón Bajo Fernández cuando señala que dicho argumento es falaz, porque el hecho de que la intención del alimentador no sea producir padecimientos, no quiere decir que no se produzcan de hecho y, si esto es así, no puede entenderse cumplida la *lex artis*. Además, hay que recordar que el punto 5 de la Declaración de Tokio de la Asamblea Médica Mundial de 1975 prohíbe a los facultativos el empleo de la alimentación forzada cuando conste una decisión contraria, consciente y racional del recluso (BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., pp. 731-732).

de quedar inconsciente manifestara su voluntad expresa y libre de continuar su huelga de hambre hasta las últimas consecuencias, aun cuando dicho persistencia le provoque la muerte? Afirmar que ante un estado de inconsciencia el funcionario penitenciario está obligado a actuar amparado en que no puede saber si el recluso cambió o no su decisión de mantener la huelga, es un criterio bastante peligroso, toda vez que hay que tomar en consideración que el privado de su libertad goza de los derechos constitucionales en la misma medida que el resto de los ciudadanos, salvo en aquellas restricciones impuestas en la sentencia penal. Luego con el criterio aquí criticado, no podría funcionar en modo alguno, por ejemplo el sistema de voluntades anticipadas, toda vez que ante una situación de inconsciencia, tampoco podríamos saber si el paciente se mantiene, por ejemplo, en su decisión de donar sus órganos.

No me parece convincente el argumento consistente en que un respeto a ultranza de la voluntad del huelguista, puede ser utilizado por el Gobierno como expediente para desembarazarse de sus adversarios políticos, ya que bastaría con colocarlos en una situación desesperada u opresiva en prisión, para inducirles a la huelga de hambre, dejando, en un “escrupuloso y democrático” respeto a la libertad individual, que ésta llegue hasta el final⁷⁸⁹. En efecto, en un Estado totalitario como aquel en el cual parece estar pensando Muñoz Conde, las cosas pueden suceder como esta opinión señala, pero en tal caso, las dictaduras latinoamericanas nos han enseñado de sobra que en tal régimen de gobierno no existe respeto alguno por los derechos humanos ni de los reos ni de los ciudadanos en libertad. Por el contrario, en un Estado social y democrático de Derecho, régimen de gobierno que prima en la mayoría de los estados occidentales luego de las guerras mundiales y de los gobiernos dictatoriales, resulta esperable que las instituciones funcionen y que, particularmente en este caso, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, cumplan sus labores impidiendo el uso político del cumplimiento de la pena por parte de un poder distinto del estrictamente jurisdiccional, razón por la cual este argumento me parece más propagandístico que real y una falsa protección a favor del reo que esconde un argumento para pasar por sobre su voluntad.

Tampoco concuerdo con aquella postura que analiza el problema tomando como referencia las fases del proceso de la huelga. En efecto, parte de la doctrina distingue en la huelga de hambre en dos fases, consistiendo la primera en que el recluso toma la decisión y se niega a alimentarse⁷⁹⁰. El huelguista se encuentra consciente y; no existe riesgo actual ni inminente de muerte, de tal modo que la negativa del recluso a alimentarse sólo compromete su estado de salud⁷⁹¹. La actitud del interno sólo afectaría a intereses suyos totalmente disponibles, y no a intereses ajenos, por lo que no estará justificada una intervención de terceros para impedirle llevarla a cabo, porque el interno que se niega a alimentarse asume el *riesgo* de que un resultado lesivo se produzca, conducta que corresponde a los esquemas teóricos de las *autopuestas en peligro*⁷⁹². En

⁷⁸⁹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 2004, op. cit., pp. 72-73 y NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., p. 141-142, LUZÓN PEÑA, “Estado de necesidad e intervención médica o funcional, o de terceros en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, op. cit., pp. 62 y ss.

⁷⁹⁰ DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, op. cit., pp. 242 y ss.

⁷⁹¹ GÓMEZ RIVERO, *La Responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 201-202.

Diez Ripollés condiciona el respeto por la huelga de hambre, en esta primera etapa, al cumplimiento por parte del huelguista de las normas disciplinarias que imponen, a su juicio, la especial situación de sujeción administrativo-disciplinaria del interno, con el centro penitenciario, pues este no llega hasta el extremo de que el interno tenga obligación de comer, o de ingerir más o menos alimento bebida (LUZÓN PEÑA, “Estado de necesidad e intervención médica o funcional, o de terceros en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, op. cit., pp. 63).

⁷⁹² GÓMEZ RIVERO, *La Responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 202-211

la segunda fase, la negativa del reo a alimentarse pondría en peligro inminente la vida del huelguista, momento a partir del cual sería lícito para algunos alimentarlo forzosamente⁷⁹³, en tanto que para otros dicha conducta sólo puede llevarse a cabo con la pérdida de la conciencia del interno, toda vez que a partir de este momento no habría certeza sobre si mantiene o no su posición de llevar hasta sus últimas consecuencias la huelga de hambre como una manifestación del ejercicio de sus derechos constitucionales^{794/795}.

En mi opinión, dicha disquisición no tiene sentido, toda vez que en ambas situaciones el reo es quien dispone libre y conscientemente de sus propias garantías constitucionales, asumiendo con ello los riesgos derivados de la conducta que lleva a cabo, razón por la cual no puede haber responsabilidad alguna para el funcionario que respeta la decisión del reo. Esperar a que el reo quede en estado de inconsciencia para proceder a alimentarlo de manera forzada, es equivalente a esperar a que éste ya no pueda oponer resistencia a los funcionarios penitenciarios quienes estarían en situación de avasallar la voluntad del sujeto que se encuentra privado de su libertad.

Por supuesto difiero de aquella opinión que sostiene que no es por completo excluible la constitucionalidad de la prohibición legal de las huelgas de hambre de presos y la correspondiente previsión de la alimentación forzosa, amparada en un interés perentorio, en exigencias de orden público, y en el hecho de que tanto ceder a las peticiones de este tipo de huelguistas como abstenerse de toda ayuda para alimentarlos sería previsible que tenga consecuencias muy negativas para el sistema político democrático, y no solamente en el caso concreto, sino incluso en otras eventuales huelgas de esos mismos o de otros grupos de presos⁷⁹⁶. Evidentemente se trata de una visión absolutamente consecuencialista, pragmática y fría del problema, que pasa por alto que detrás de las huelgas de hambre hay derechos fundamentales que no pueden ser pasados a llevar por razones utilitaristas. Por lo demás, nadie postula la necesidad de acceder necesariamente a las peticiones de los reos que realizan la huelga de hambre, sino la de respetar las decisiones libres y conscientes de los riesgos que las huelgas de

⁷⁹³ Esta es la posición que siguió el TC español en sentencia N° 11/1991, de 17 de enero, al afirmar que es el inminente o evidenciable peligro de muerte lo que justifica la intervención coactiva de la administración del centro penitenciario para prestar asistencia terapéutica y alimentaria a los reclusos en huelga de hambre, lo cual se determina en base a informes médicos y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria establezca.

En el mismo sentido, Luzón Peña refiere que se puede lícitamente intervenir para impedir el riesgo de muerte provocado por la prolongación de la huelga de hambre a partir de un determinado estadio (o provocado por un intento directamente suicida), no sólo si el sujeto ha llegado a una situación de inimputabilidad o inconsciencia por extrema debilidad intoxicación, etc., sino incluso antes, es decir, aunque el huelguista de hambre con pleno conocimiento del riesgo ya efectivo de muerte y en estado de responsabilidad decida seguir adelante (LUZÓN PEÑA, “Estado de necesidad e intervención médica o funcional, o de terceros en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, op. cit., p. 74).

⁷⁹⁴ GÓMEZ RIVERO, *La Responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 202-211; DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., p. 658; BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., p. 731, nota 85 y MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 2004, op. cit., pp. 72-73.

⁷⁹⁵ García Álvarez coincide en que en que en las huelgas de hambres existe una autopuesta en peligro, sin embargo es de opinión sólo puede admitirse un tratamiento no consentido por el paciente si éste no está capacitado, por hallarse inconsciente, para adoptar una decisión, y si por la urgencia de la situación no puede esperarse a que éste se recupere GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, op. cit., pp. 572-573.

⁷⁹⁶ RUIZ MIGUEL, “Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 14 Enero-abril 1993, documento disponible en internet, página: <http://www.cepc.es>.

hambre involucran. Una vez más parece necesario recordar que los presos sólo tienen restringidas aquellas garantías referidas en la sentencia, con el objetivo de dar cumplimiento a la sanción penal, gozando en consecuencia el reo, de los mismos otros derechos que el resto de la ciudadanía.

Un caso característico en el cual se discutieron las problemáticas aquí esbozadas, se produjo en España por la protesta de los presos terroristas (fundamentalmente los del GRAPO) quienes mantuvieron una huelga de hambre para reivindicar el reagrupamiento en un solo centro penitenciario⁷⁹⁷. La persistencia en la negativa a ingerir alimentos produjo una preocupación en el poder político que no quería ver repetidos aquí sucesos letales como los de la banda Baader-Meinhof en Alemania o los terroristas del IRA en las cárceles inglesas durante el mandato de la señora Thatcher. El hecho de que la alimentación de los huelguistas obligaba al uso de la fuerza en condiciones muy impactantes (había que encadenarlos, inmovilizar su cabeza si se pretendía la alimentación por boca, o atarlos fuertemente a la cama si lo hacían por vía parenteral) la Administración penitenciaria solicitó autorización a los distintos Jueces de Vigilancia Penitenciaria aportando informes médicos sobre los graves peligros para la salud y la vida en caso de persistir en la huelga. Inicialmente se optó por respetar la voluntad de decisión de los huelguistas permitiendo la alimentación forzada sólo en el caso en que éste haya perdido la conciencia y no se conozca, por tanto, su voluntad de persistir en dicha actitud, sin embargo, todas las resoluciones de los jueces en este sentido fueron revocadas por las Audiencias Provinciales, atendiendo a los recursos de Fiscalía, criterio que fue confirmado por el TC con importantes discrepancias en el seno de este Tribunal expresadas a través de dos votos particulares, esta discrepancia se funda en la complejidad ética y valórica de la cuestión que se plantea y que afecta a todo el entramado de principios mínimos para la convivencia social, al respecto, Bajo Fernández no trepida en adherir a la posición ideológica de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, de los votos discrepantes del TC sostenidos por Rodríguez-Piñero y Leguina y concluye que la alimentación forzada de quien quiere manifestar su protesta a través de la huelga de hambre, es un comportamiento ilícito y constituye un trato inhumano y degradante y, en consecuencia, sería legítima la actitud defensiva⁷⁹⁸. Evidentemente, ello supone que la decisión del huelguista fue tomada en el ejercicio de su libertad (por ejemplo, no fue obligado por otros internos a realizar la huelga de hambre) y que la huelga de hambre no se realice de manera antijurídica^{799/800}.

⁷⁹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., pp. 726-728.

⁷⁹⁸ BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., pp. 726-728.

⁷⁹⁹ BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., pp. 726-728.

⁸⁰⁰ La opinión del TC consta en la sentencia N° 120/1990, de 27 de junio, relativa a la huelga de hambre mantenida reclusos del colectivo “Grapo”, la cual resuelve la constitucionalidad de la resolución que ordenaba a la Administración prestar asistencia médica obligatoria a los huelguistas y a alimentarles, incluso contra su voluntad, cuando con ello se pusiera en peligro su vida hasta el punto de llevarles a una situación de inconsciencia, argumentando que la relación de dependencia y custodia de los reclusos frente a la Administración, obligada a velar por su vida y por su salud; de acuerdo con lo prevenido en el art. 3.4 de la LOGP, que remite al art. 25.2 de la Constitución como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, y que tiene por finalidad proteger bienes constitucionalmente consagrados, como la vida y la salud. Agrega, que el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide considerarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Reconoce que el poder fáctico de disposición sobre la propia muerte pertenece al ámbito personal del individuo, pero concluye que no implica la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni un derecho subjetivo de extender esa

10.3. Huelga de hambre reivindicativa y obligación asistencial de la administración penitenciaria

El deber de cuidado de la Administración penitenciaria se ha de interpretar desde una *perspectiva garantista* y, por consiguiente, implica el deber de ofrecer prestaciones, sanitarias o alimenticias, pero no una autorización a intromisiones en contra de la voluntad del afectado o el surgimiento en el recluso de un deber de soportarlas⁸⁰¹. Por lo tanto, es posible sostener que la obligación asistencial penitenciaria cesa si el recluso renuncia a ella y mientras no haya intereses de otras personas o de la sociedad directamente afectados y merecedores de expresa consideración en el ámbito penitenciario⁸⁰². Por lo demás, no hay que olvidar que la actividad penitenciaria debe orientarse al *fin primordial de la reeducación* y reinserción social y, en el caso de análisis, la idea de la resocialización puede aconsejar no intervenir en los casos de huelga de hambre, entre otras razones, por el importante efecto resocializador que tiene el que el recluso aprenda a defender de una manera pacífica lo que cree que son sus derechos⁸⁰³. Por el contrario, los efectos desocializadores de una alimentación forzada pueden ir en contra del fin antes referido⁸⁰⁴. Tampoco se debe olvidar que no deben establecerse condiciones distintas a las que rigen en la vida libre para la asistencia médica en el ámbito penitenciario⁸⁰⁵. Por lo tanto, debe rechazarse aquella postura que considera irrelevante la negativa del recluso a ser alimentado, pudiendo utilizarse medios coercitivos con ese fin, y estando todo ello amparado en el deber de velar por la

posibilidad frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. Parece admitir la prevalencia del derecho a decidir al referir que una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él le afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico. Sin embargo, los votos particulares de Rodríguez-Piñero y Leguina, sostienen que el deber de la Administración penitenciaria de velar por la salud e integridad física de los reclusos encuentra su límite en la voluntad del enfermo. Rodríguez-Piñero refiere que la obligación de la Administración penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, el cual, en relación a su vida y salud y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocerse el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria. Leguina refirió que no estando en juego derechos fundamentales de terceros, ni bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda costa, ninguna relación de supremacía especial —tampoco la penitenciaria— puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin menoscabo ni daño de los demás.

En Sentencia N° 137/1990, de 19 de julio, el TC resuelve un recurso de amparo planteado por reclusos del Centro Penitenciario de Soria del grupo Grapo que estaban en huelga de hambre para obtener la concentración en un establecimiento de los internos pertenecientes a dicha organización. El recurso se interpuso frente a la decisión de la Audiencia Provincial de Guadalajara que confirmó lo acordado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, autorizando el empleo de medios coercitivos estrictamente necesarios para evitar un daño a su integridad física, sin esperar la pérdida de conocimiento debido a la posible irreversibilidad del coma que pudiera producirse. El TC reitera los argumentos de la sentencia N° 120/1990 negando la vulneración de los derechos previstos en los arts. 15, 16.1, 17.1 y 18.1 de la CE.

⁸⁰¹ BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., p. 730.

⁸⁰² NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., pp. 127-128 y DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., p. 621.

⁸⁰³ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., pp. 620-624.

⁸⁰⁴ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., pp. 620-624.

⁸⁰⁵ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., pp. 620-624.

vida y salud del recluso, específico de la administración penitenciaria⁸⁰⁶. Lo anterior no impide la persistencia de un deber en la Administración de fomentar en el recluso la decisión de cuidar de su vida y salud, así como de atenuar los riesgos derivados de la huelga de hambre, pero ello no implica la utilización de *vías indirectas de coerción*, como la privación del tabaco o la sustitución del agua, que él está dispuesto a tomar, por un líquido más nutritivo especialmente preparado⁸⁰⁷. Tampoco proceden actuaciones no inspiradas en fines asistenciales, sino políticos, como una alimentación forzada muy temprana para así desactivar la protesta o un aislamiento de los huelguistas debido no a razones sanitarias, sino de obstaculización de la comunicación entre ellos⁸⁰⁸. Por lo tanto, la opinión del TC en lo relativo a no dejar morir a los huelguistas deja de ser cuestionable, toda vez que basa la intervención coactiva del médico penitenciario y del juez autorizante en el muy discutible concepto de la “relación de sujeción” que vincula al recluso huelguista con la administración penitenciaria; privilegiándola por sobre los derechos fundamentales del interno, aun cuando resulta del todo evidente, que éste sigue gozando de los derechos fundamentales de la libertad ideológica, de expresión y a no ser tratado de forma inhumana o degradante, de hecho hoy en día la legislación penitenciaria no considera a la huelga de hambre como infracción penitenciaria⁸⁰⁹.

10.4. Huelga de hambre reivindicativa y estado de necesidad

Como dijimos más arriba, los derechos de la vida y de la salud individual deben ser interpretados armónicamente a la luz de la dignidad humana y del derecho a la autodeterminación, razón por la cual no parece adecuado señalar que existe una obligación del médico o del funcionario penitenciario de alimentar forzosamente al huelguista, amparado por la eximente de responsabilidad penal del estado de necesidad, toda vez que, parece fuera de lugar argumentar que existe una colisión de derechos que ha de resolverse a favor de la vida o de la salud y en desmedro de la libertad, cuando es el propio titular de la garantía, quien ha decidido libremente poner en riesgo su salud o incluso su vida, renunciando con ello a la protección que la ley le otorga^{810/811}.

⁸⁰⁶ DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., pp. 620-624.

⁸⁰⁷ NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., pp. 133-135.

⁸⁰⁸ NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., pp. 133-135.

⁸⁰⁹ NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., pp. 133-135.

⁸¹⁰ Sostiene que en la especie concurre un estado de necesidad LUZÓN PEÑA, “Estado de necesidad e intervención médica o funcional, o de terceros en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, op. cit., p. 72 y ss.; DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, op. cit., p. 248; GIMBERNAT, “Justificación y exculpación en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, en ESER, GIMBERNAT Y PERRON, *Justificación y exculpación en DP*, (Coloquio hispano-Alemania de DP), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1995, pp. 69-70, quien refiere que: “Desde hace meses asistimos en España a una huelga de hambre masiva de más de cincuenta miembros de la banda terrorista GRAPO que con ello quieren forzar su reagrupamiento en el mismo establecimiento penitenciario; en el momento en el que se ha presentado un peligro de muerte la mayoría de los Jueces de vigilancia españoles han decretado, sobre la base del art. 8.7, la alimentación forzosa. Sólo unos pocos Jueces de Vigilancia han considerado antijurídica esa alimentación forzada, pero sus resoluciones han sido revocadas posteriormente por las Audiencias Provinciales competentes. Estimo que esta jurisprudencia que acabo de exponer en referencia a los testigos de Jehová y a los miembros del GRAPO es, en principio, correcta; pues aunque con las correspondientes medidas judiciales de carácter coercitivo se están lesionando derechos fundamentales, ello se lleva a cabo para salvar el superior valor de la vida”.

En tales circunstancias no hay ni puede haber estado de necesidad alguno⁸¹².

10.5. Huelga de hambre reivindicativa y cumplimiento de un deber

Tampoco puede sostenerse que el médico o funcionario penitenciario está obligado a alimentar forzosamente al reo amparado por la causal de cumplimiento de un deber, toda vez que dicho deber decae cuando el titular del derecho a la salud y a la vida ha renunciado libremente a la protección que dichas garantías involucran. Por lo tanto, gozando el huelguista de todos los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, han de regir los mismos criterios referidos a propósito de la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre, los cuales se entienden reproducidos para estos efectos y ello es del todo válido incluso para la persona que se encuentra privada de su libertad en un establecimiento penitenciario, toda vez que no por ello pierde sus derechos fundamentales ni deja de ser persona⁸¹³.

En todo caso vale la pena señalar que si se tiene en consideración que las normas constitucionales tienen aplicación material, no puede luego sostenerse que exista un deber de garante por parte de la Administración Penitenciaria en contra de la voluntad del recluso en huelga de hambre y pasando, incluso, por sobre sus libertades ideológicas y de expresión, así como la prohibición de darle al interno un trato inhumano y degradante⁸¹⁴. Así las cosas, no parece factible justificar la alimentación forzada en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho (art. 20.7 del CPes)⁸¹⁵.

⁸¹¹ Gimbernat comentando el caso Haidar sostiene que: "...no puede ser correcto el punto de vista expresado por Fernando de Rosa y el Gobierno de España de que, en caso de peligro para su vida, y para salvar ésta, se debe ordenar la alimentación forzosa de Aminatu Haidar. Aquí no se puede aplicar miméticamente el principio de proporcionalidad del estado de necesidad, porque éste queda marginado por el de adecuación: por el del "consentimiento" contenido en la Ley de Autonomía del Paciente, de tal manera que, sin la autorización de la activista saharauí, sería antijurídico y punible cualquier intento de alimentarla forzosamente (a diferencia del caso de la huelga de hambre de los Grapo, donde la Administración penitenciaria estaba obligada, legal y expresamente, a velar por la vida de los presos, acudiendo también, si ello era necesario, a una alimentación coactiva, Haidar no está sometida a ninguna "relación especial de sujeción", por lo que no existe persona alguna que sea "garante" específico de su vida). Y del mismo modo que el enfermo de melanoma no puede ser sometido a un tratamiento quirúrgico en contra de su voluntad, a pesar de que, con ello, se le salvaría la vida, también Haidar tiene el mismo derecho a negarse a recibir cualquier clase de tratamiento médico, por mucho que, con esa negativa, se sitúe ante las puertas de la muerte. Reitero, por tanto, lo expuesto en mi Tribuna publicada en este mismo periódico el día 8 del presente mes de diciembre: cualquiera que ordene (o colabore en) una medida de alimentación coactiva de Haidar cometería un delito contra la libertad, porque: qui bene distinguit, bene iudicat" (GIMBERNANT, "De nuevo sobre el caso Haidar", en *El mundo*, V. 15 de diciembre de 2009, documento disponible en internet, página: <http://www.elmundo.es>).

⁸¹² En base a otra argumentación concluye la no concurrencia del estado de necesidad, Núñez Paz, quien sostiene que desde el plano del estado de necesidad justificante, si el mal causado es menor que el que se trata de evitar pero se ha cometido una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona humana, la conducta sería ilícita y el estado de necesidad solo podría tener en este caso la naturaleza de una causa de exculpación (NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., p. 137).

⁸¹³ BAJO FERNÁNDEZ, "Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante", op. cit., p. 729-730. Quien, no obstante sostener que existe un conflicto de intereses que solucionar, concluye que no concurre el estado de necesidad y que la alimentación forzada constituye un trato inhumano y degradante.

⁸¹⁴ NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., p. 135.

⁸¹⁵ NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., p. 135.

10.6. Huelga de hambre reivindicativa y comisión por omisión

La huelga de hambre es un proceso con distintas fases, sin embargo en tanto el huelguista hubiere manifestado su voluntad libre y consciente de los riesgos que su comportamiento comporta, debe respetarse su derecho a la autodeterminación y en último término dignidad humana. Por lo tanto, los riesgos que de dicha conducta se desprendan, pertenecen al ámbito de competencia del propio interno. Respetar la dignidad humana implica respetar el derecho de la persona a autodeterminarse, a elegir los valores que sustenta, a utilizar su libertad para perseguirlos y a morir incluso por ellos⁸¹⁶.

La doctrina discute si existe o no responsabilidad penal para el médico que se abstiene de actuar y la de aquél que actúa en contra de la voluntad del recluso. Así, se sostiene que de producirse la muerte del huelguista quien mantuvo conscientemente su posición pese a que el estado de avance de la huelga de hambre era avanzado y, por ende peligraba su vida, el médico debería responder como autor de homicidio en comisión por omisión^{817/818/819}.

⁸¹⁶ FIGUEROA YÁÑEZ, “La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)”, op. cit., p. 135.

⁸¹⁷ Para Muñoz Conde, cuando la huelga de hambre llega al punto de que su continuación coloca al huelguista en peligro de muerte, el médico debería responder por homicidio en comisión por omisión, si se dan los siguientes requisitos: 1º) Peligro inminente de muerte. 2º) Propósito eventual del huelguista de llegar hasta el fin. 3º) Una posición de garante derivada del carácter funcional del médico y de la propia situación en que se encuentra el huelguista frente a la Administración penitenciaria. 4º) Pérdida permanente de conciencia o debilitamiento de la misma, hasta el punto de que éste ya no esté en condiciones de decidir libremente o, por lo menos, con una voluntad jurídicamente relevante. A su juicio, la voluntad tiene que ser respetada mientras el huelguista esté consciente y en el caso del enfermo que rechaza un determinado tratamiento incluso aunque caiga en estado de inconsciencia, porque aquí no se trata ni de aceptar el resultado eventual de la muerte, sino de intentar evitarlo con un tratamiento alternativo que incluso se estima más eficaz. En el caso del huelguista cuya voluntad no pueda ser ya manifestada o no se pueda conocer si ha cambiado de opinión, desde este momento surgen ya para los demás (familiares, médicos. Administración) la obligación de alimentarle, porque ya no es posible saber, qué es lo que realmente quiere y la duda debe resolverse en este caso en favor de la vida. (MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 2004, op. cit., pp. 72-73).

⁸¹⁸ Contrario a la concurrencia del delito de homicidio o lesiones en comisión por omisión, se pronuncia Luzón Peña no habría comisión por omisión de lesiones u homicidio aunque la persona no atendida sufriera menoscabo en su salud o integridad o muriera, ni siquiera aunque el médico o funcionario penitenciarios tengan un deber de garantía de la vida y salud de los internos o por otras circunstancias un médico o un tercero estuvieran en posición de garante, ya que ésta no es suficiente para fundamentar la comisión por omisión de un delito de resultado, que a su juicio, sólo se dará cuando la propia conducta omisiva cree o desencadene de modo decisivo el riesgo de producción del resultado; mientras que aquí el peligro de muerte o lesiones se debe exclusivamente a la conducta anterior del propio sujeto que ha mantenido la huelga de hambre o ha atentado contra sí mismo, y la omisión del médico o tercero se limita a no contrarrestar ese peligro, y dejar que siga su curso. No obstante, Luzón Peña dice que la situación variaría (habría comisión por omisión) si el omitente impide u obstaculiza que pueda prestársele auxilio procedente del exterior a la persona en peligro, es decir, si hubiera una interrupción de un curso causal salvador” (Luzón Peña, “Estado de necesidad e intervención médica o funcional, o de terceros en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, op. cit., p. 61).

⁸¹⁹ En opinión de Núñez Paz desde el momento en que el huelguista no puede expresar su voluntad, no se puede saber -sino solamente presumir o conjeturar- lo que realmente quiere, y si se ha cambiado o no de opinión. Así pues la duda debe resolverse a favor de la vida (*in dubio pro vitae*). Por tanto, no podrían excluirse los deberes de garantía de la Administración Penitenciaria, ya que la abstención de actuar podría dar origen a un delito de comisión por omisión del art. 138 del CPes y, en último término, por lo que se refiere a la omisión de socorro, de los arts. 195 y 196 del nuevo Código, no podría negarse que el recluso se encontrara en situación de desamparo y en peligro manifiesto y grave (NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., pp. 140).

No me parece adecuado sostener que el médico penitenciario se encuentre obligado a actuar bajo la amenaza de incurrir en un delito de homicidio en comisión por omisión, ya que, el deber de actuar del facultativo derivado de la relación médico-paciente que fundamenta la posición de garante, decae cuando el beneficiario de dicha protección no quiere ejercer ese derecho sino que, por el contrario, renuncia a él. Como decíamos más arriba, la Constitución no le otorga al Estado un derecho para proteger los derechos fundamentales sino exclusivamente un deber de garantizarlos a los reclusos, titulares de los mismos y por lo tanto, debería entenderse que el mencionado deber de protección no existe cuando el titular del derecho decide renunciarlo⁸²⁰. Debe respetarse escrupulosamente la libertad individual, de manera que no se acabe imponiendo un inexistente deber jurídico-penal de vivir⁸²¹ y un derecho correlativo del Estado para exigir de parte del recluso de tolerar un tratamiento médico en contra de su voluntad, idea propia de un Estado paternalista que violenta el principio de la dignidad humana y del derecho a la autodeterminación del recluso. Por lo tanto, el Estado tiene el deber de garantizar al recluso el goce de los derechos fundamentales no limitados en la sentencia, pero es el recluso el titular de la garantía y, por lo tanto, quien decide en base al principio de autodeterminación la forma en que ejerce sus derechos no restringidos, toda vez que los reclusos sólo se encuentran privados de los derechos referidos en la sentencia, pudiendo gozar del resto con las mismas garantías que los demás ciudadanos.

Si bien del art. 210.1 del Reglamento Penitenciario, podría desprenderse una conclusión distinta, resulta cuestionable que por Real Decreto se pueda restringir el derecho a la voluntariedad del tratamiento establecido en la Ley General de Sanidad. Esta previsión contradice que los reclusos no han de tener restringidos sus derechos más que en lo estrictamente necesario y más tratándose de un paciente cuyos derechos deben ser los mismos que los que ostentan el resto de los ciudadanos, de manera que si el recluso en huelga de hambre rechaza un tratamiento médico, no es más que una persona enferma que no quiere someterse a una intervención médica coactiva y ha de ostentar, ya que en realidad estamos en presencia de un enfermo que, además, es un recluso. El recluso-enfermo dispone de los mismos derechos que cualquier otro enfermo, por lo que el deber de asistencia de la Administración y la previsión contenida en el art. 210 Reglamento Penitenciario no legitima una intervención coactiva contra su voluntad expresa.

El deber de actuar, en los delitos de comisión por omisión, no puede subsistir en contra la voluntad del enfermo, porque no son personas incapaces, son personas enfermas que conservan la plenitud de sus derechos para consentir o para rechazar los tratamientos médicos que se les propongan, más allá de cual fuera la causa de la enfermedad, la cual en el caso de las huelgas de hambre reivindicativas, obedece a la decisión consciente de no ingerir alimentos y en casos extremos agua⁸²².

10.7. Huelga de hambre reivindicativa y cooperación o inducción al suicidio

Tampoco concurre la figura de cooperación o inducción al suicidio por omisión, ya que, al igual que en el caso de la negativa de los Testigos de Jehová a realizarse

⁸²⁰ CORCOY BIDASOLO Y GALLEGU SOLER, “Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia)”, op. cit., p. 231.

⁸²¹ FELIP I SABORIT, “El homicidio y sus formas”, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Lecciones de DP*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, p. 41.

⁸²² BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., p. 732.

transfusiones de sangre, en las huelgas de hambre reivindicativas, llevadas a cabo libre y consciente de los riesgos, el huelguista no quiere su muerte sino determinadas reivindicaciones penitenciarias, por lo que resulta imposible decir que estamos en presencia de un suicida⁸²³. Por lo demás, resulta discutible que dicha figura penal pueda llevarse a cabo por omisión, toda vez que el tipo penal pareciera ser de aquellos de medios determinados que sólo pueden ser llevados a cabo de manera activa. Además, tal como sucede en el caso de la comisión por omisión, la posición de garante no existe en los casos en los que el titular de la garantía ha renunciado libre y conscientemente a ella. De hecho la propia STC N° 120/1990 reconoce que no estamos ante suicidas, porque “el riesgo de perder la vida que han asumido no tiene por finalidad causarse la muerte, sino la modificación de una decisión de política penitenciaria que tratan de obtener incluso a expensas de su vida. Puede ser, por tanto, la muerte de los recurrentes consecuencia de su protesta reivindicativa, pero no resultado directamente deseado”^{824/825}.

10.8. Huelga de hambre reivindicativa y omisión de socorro

En cuanto a la posibilidad de que el médico o el personal penitenciario incurra en responsabilidad penal a título de omisión del deber de socorro, de respetar la decisión del huelguista en orden a no ingerir alimentos, debe considerarse que mientras el huelguista libre y consciente de los riesgos que su conducta implica, decide y manifiesta mantener la huelga de hambre y el médico cumpla su deber profiláctico, informativo y de oferta de asistencia curativa inmediata, no cabe afirmar que estemos ante una persona

⁸²³ En el mismo sentido se pronuncia DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, op. cit., p. 249. Contrario a esta idea se manifiesta SILVA SÁNCHEZ, “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros”, en *ADPCP*, 1987, pp. 454 y ss. y DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., pp. 609-610, quienes admiten que el suicidio puede ser llevado a cabo tanto con dolo directo, dolo de segundo grado o de las consecuencias necesarias o con dolo eventual.

Para Muñoz Conde, mientras el huelguista permanezca consciente, en ningún caso puede considerarse como un auténtico suicidio (MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 67).

Núñez Paz sostiene que cuando la huelga se prolonga hasta alcanzar un estado avanzado, persistiendo en ella hasta tal punto que -con una probabilidad altísima- puede llegar a perder su vida; entonces sí puede hablarse de voluntad suicida, pues no me parece que puedan dejar de incluirse en el concepto “voluntad de morir” -inserto en la noción de suicidio - tanto el dolo directo de segundo grado como el dolo eventual (NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., p. 125).

⁸²⁴ BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., p. 732 y DIEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, op. cit., p. 609.

⁸²⁵ En contra de esta opinión se manifestaba Bustos Ramírez quien sostenía que: “El Estado no puede ser indiferente ante el suicidio, no puede favorecerlo en modo alguno. Tiene posición de garante lo cual lo obliga mientras ello no vulnere el derecho a la vida del sujeto —y por tanto su disponibilidad—, a hacer todo lo que sea necesario para evitar la muerte (esto tiene suma importancia, por ejemplo, para los casos de huelga de hambre, llegado el momento crítico, en que los sujetos pierden su conciencia y pueden morir, el Estado no puede dejarlos entregados a su suerte, sino tiene que evitar su fallecimiento; del mismo modo tiene que prestar toda su ayuda —disuasoria o material— al posible suicida o al suicida frustrado; así Diez-Ripollés, p. 658). En suma, ésta es la importancia político-criminal que hoy se le puede asignar al art. 409, una ratificación del mandato constitucional sobre el deber de favorecimiento a la vida por parte del Estado, lo cual, desde un punto de vista dogmático, tiene como consecuencia la especialidad y autonomía de este tipo legal (con razón MUÑOZ CONDE señala —*DP, PE*, op. cit., p. 72— que en caso de inconsciencia del huelguista, habría homicidio por omisión, y no auxilio al suicidio, por omisión por parte de los funcionarios judiciales que no hacen nada por evitar la muerte, ya que de partida tienen posición de garante respecto de la vida de los internos y, por otra parte, no se puede presumir en caso alguno cuál es la voluntad del huelguista)” (BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p.37).

desamparada⁸²⁶. Por lo tanto, *no* son *obligatorias* las intervenciones médicas si la decisión procede de un sujeto responsable y que actúa libremente aun cuando el camino elegido por el huelguista desemboque en la pérdida de conciencia, toda vez que dicho comportamiento corresponde a una autopuesta en peligro aceptada voluntariamente por el reo y proceder de manera contraria implica la idea consecuencialista de esperar a que el huelguista pierda la conciencia para luego pasar por sobre su voluntad, sin embargo, si huelguista expresa el cese de la huelga de hambre, surge el deber del médico de suministrarle inmediatamente una realimentación médicamente adecuada^{827/828}.

11. Conclusiones

1. La dignidad es la capacidad inherente a los seres humanos para darse *ley moral a sí mismo* y para autodeterminarse con respeto por la libertad y la dignidad ajena. Nadie puede perder su dignidad ni hacerse señor de otro para subordinarlo a su voluntad. Nadie puede darse en esclavitud y debe concederse al criminal más atroz la oportunidad y el derecho a rehabilitarse, así como desautorizarse la pena de muerte y la tortura. La dignidad humana es un concepto normativo cuya función es valorar la realidad, estableciendo relaciones de justificación y enunciando pautas que quizá no nos permitan especificar qué comportamientos son dignos y justos, pero sí señalar las injusticias y las indignidades tales como la esclavitud. Su transgresión es incuestionable cuando se utiliza al hombre como una cosa, como un mero medio para fines ajenos, cuando se encuentra entregado al poder o al arbitrio de otro u otros hombres, los cuales pueden hacerle lo que quieran, hasta perder la confianza en sí mismo y sus expectativa de socorro. La violación de la dignidad humana, se produce por la destrucción de una nota o atributo del ser humano en cuanto tal, como sucede en los casos de tortura. Cada hombre es un fin en sí mismo y debe ser considerado como alguien libre, capaz de adoptar sus propios fines y de escoger su propio destino en virtud de su autonomía.

2. La dignidad humana es el fundamento de los derechos humanos y el principio que sirve de justificación última a todos los derechos fundamentales, que son manifestaciones del primero. Así es reconocido en las constituciones entendidas como norma material. Además, es el fundamento del deber de protección general del Estado y el “límite de límites” a la injerencia estatal. Es el fundamento de la legitimación del orden político español en su conjunto y del ejercicio de todos los poderes públicos, así como el principio rector del ordenamiento jurídico, cuya función consiste en la promoción de los derechos inherentes a la persona y en guiar la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico tanto en el plano interno como en el supranacional.

3. El Derecho internacional considera como sujeto de Derecho a la persona y obliga a los Estados a concretar la idea de dignidad humana en el reconocimiento de derechos fundamentales, universales, indivisibles e interdependientes. Reconoce que el hombre es

⁸²⁶ Bajo Fernández concuerda con esta opinión solo en tanto el huelguista no pierda la conciencia y el control (BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., p. 733).

⁸²⁷ Bajo Fernández concuerda con esta opinión solo en tanto el huelguista no pierda la conciencia y el control (BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, op. cit., p. 733).

⁸²⁸ Así, Núñez Paz opina que si el huelguista se niega amparado en su libertad ideológica o religiosa, a nutrirse, la alimentación forzada amparada en el deber de prestar socorro (supuesto de que se considere al huelguista como persona desamparada) como en el de garante, aun si se considera de rango superior al de omitir la acción prohibida en el delito de coacciones, implicaría un grave atentado a la persona humana (NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., pp. 136-137).

el valor límite de toda organización política y social. La libertad y racionalidad son valores constitutivos y rasgos identificadores de la persona. Los hombres son iguales, en cuanto a la tenencia y disfrute de la dignidad, la racionalidad y la libertad. El ser humano es titular de derechos propios oponibles directamente a todos los Estados.

4. La Constitución reconoce el valor de la dignidad humana y protege de modo no jerarquizado el derecho a la vida, a la salud individual, a la libertad religiosa y de culto. Tratándose de adultos capaces y autónomos, el Estado no puede imponer al ciudadano la obligación de vivir en contra de su voluntad y en cualquier circunstancia, ya que, su deber de velar por la vida y la salud, finaliza con la renuncia expresa del titular a recibir protección y tratamiento médico.

5. La vida y la salud son bienes jurídicos relativos, toda vez que el ordenamiento permite disponer de ellos, como sucede cuando ante una conducta constitutiva de homicidio o de lesiones, concurre una eximente de responsabilidad penal o una causa de exculpación. Las autolesiones son atípicas y acorde con el principio de accesoriedad media, también es atípica la participación en una autolesión. Tampoco es punible el mero consentimiento en ser lesionado. Tratándose de delito de lesiones, se atenúa la pena si hay consentimiento del lesionado y de la sola referencia a los delitos, se desprende que, en la falta de lesiones, el consentimiento del afectado tiene plena relevancia.

6. No es posible admitir el consentimiento respecto de prácticas que atenten contra la dignidad humana o que constituyan tratos inhumanos o degradantes, como el “cobayismo” o la autorización para amputar de algún miembro por mero masoquismo o como el tráfico de órganos. Las lesiones sadomasoquistas, quedan, dentro de ciertos límites, en la intimidad de la pareja dentro de ciertos límites, en tanto sean libremente consentidas por ambas personas, pero de consentir el afectado la mutilación de un miembro del cuerpo humano, resulta discutible sostener que ha consentido de manera consciente, libre y voluntariamente la provocación de una lesión tan intensa y permanente como la amputación de un brazo.

7. En la actualidad, el sistema sanitario paternalista se encuentra en crisis y se hace cada vez menos aceptable en una sociedad más pluralista, crítica y autónoma. Factores científicos, sociales y jurídicos, han hecho variar la relación médico paciente, desde una estructura jerárquica, hacia una relación de igualdad, en la que la *libertad de terapia* es un derecho del paciente que se materializa en la elección entre los diversos tratamientos para una misma enfermedad o entre terapias o medicinas alternativas. El médico debe ofrecer e informar los diversos tratamientos disponibles y el paciente puede elegir alguno y rechazar cualquier forma de intervención, toda vez que la protección de la salud física puede entrar en colisión con la salud psíquica.

8. La masificación de la salud, la prestación médica en centros asistenciales bajo dependencia, con el ámbito de actuación limitado por pautas impuestas y la especialización de la medicina, han producido la despersonalización de la relación médico paciente. Hoy la medicina es un servicio más y el médico se ha convertido en un sujeto a quien es posible discutir y en quien se puede desconfiar.

9. El reconocimiento de los derechos del paciente ha permitido desarrollar los principios de autonomía, consentimiento informado y libertad de terapia como patrimonio del paciente. El respeto por la autonomía como expresión de la libertad y, en particular, de la libertad religiosa, así como por el valor de la dignidad humana, impide imponer un tratamiento médico en contra de las creencias de pacientes capaces y autónomos para tomar sus propias decisiones. Además, el médico debe reconocer y respetar la

importancia de la calidad de vida, la dignidad humana y la libertad del individuo. El paciente, como sujeto de Derecho, debe ser escuchado. La actuación médica para ser legítima requiere *ex ante* del consentimiento informado del enfermo sobre los riesgos del tratamiento, en el lugar y con los medios técnicos que se emplearan, como expresión del *libre desarrollo de la personalidad*. Aun cuando la intervención sea necesaria para salvaguardar la salud o la vida del paciente, hay que omitirla, si éste no consiente en su realización o en la etapa hasta la cual desea llegar, lo que implica abandonar el campo de las decisiones “sensatas” y de las recomendaciones médicas, ya que el médico debe respetar la voluntad del enfermo, aun cuando le parezca contraria a sus intereses. La práctica de un tratamiento médico forzado, sólo se justifica cuando la no realización comporta riesgos para la salud pública o si el usuario no está capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el consentimiento lo darán sus familiares o bien cuando la urgencia no permita demoras por riesgos de lesión o de muerte y no es posible conocer la voluntad del paciente o cuando éste renuncia expresamente a la información total o parcial.

10. La autonomía implica respetar los valores, ideales, creencias y proyecto de vida del paciente quien en uso de su derecho a la autodeterminación, está legitimado para disponer sobre su propio cuerpo y para decidir en qué condiciones quiere vivir, sin que quepa obligarlo a realizarse un tratamiento que no quiere o compelerlo a llevarlo a cabo de manera engañada o forzándolo a vivir en condiciones inhumanas y degradantes. Su decisión debe formarse en condiciones de libertad, sin la cual, cualquier tratamiento habrá de reputarse ilícito. Como ninguna actividad médica está exenta de riesgos, lo sensato es respetar la voluntad del titular del bien jurídico que se pondrá en peligro.

11. Los Testigos de Jehová se niegan a recibir transfusiones de sangre pese a no existir una terapia alternativa y que su vida o su salud, corran serio peligro, por razones religiosas. El problema consiste en determinar si el médico está legitimado a practicar una transfusión de sangre, pese a la oposición del paciente, formulada libre y voluntariamente y si la práctica o la omisión implica para el médico responsabilidad penal. El TS acertadamente ha autorizado la práctica de una transfusión de menores de edad en contra de la voluntad de sus padres, ya que no puede afirmarse que un niño de corta edad tenga sólidas convicciones religiosas que le permitan autodeterminarse, pero también validó la práctica de transfusiones de sangre a personas mayores de edad, quienes libre y conscientemente se oponían por motivos religiosos, partiendo de un supuesto conflicto constitucional entre el derecho a la vida y el respeto por la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y por la dignidad humana.

12. Sin embargo, no existe en la vida o en la salud un componente supraindividual que determine la obligación del Estado de protegerlos, en contra de la voluntad de su titular, ya que tratándose de bienes personalísimos el deber del Estado de protegerlos decae cuando el titular declina esa protección. El núcleo de la dignidad es la posibilidad de ejercer la libertad y no existiendo un deber de vivir, debe darse la debida protección jurídica a quien renuncia libremente a su derecho. En un Estado laico, pluralista y democrático, los derechos deben ser interpretados armónicamente con el libre desarrollo de la personalidad y no contrapuestos en base a un supuesto elemento supraindividual. El bien jurídicamente tutelado es la vida y la salud libremente queridas por su titular.

13. En caso de que la transfusión de sangre se lleve a cabo de manera coactiva, no concurre la eximente de estado de necesidad. El derecho a la vida y a la libertad de religión, pertenecen al mismo titular y por lo tanto, no se encuentran en conflicto cuando éste libremente renuncia a la protección constitucional. No existe el deber del Estado de proteger un derecho personalísimo que ha sido renunciado por su titular. La

libertad da sentido al derecho a la vida y a la salud individual como derechos fundamentales personalísimos, no expropiables por la colectividad. La decisión relativa a la intervención sobre el cuerpo humano, pertenece, como *valor superior del ordenamiento*, a la libertad de la persona. Elegir entre el riesgo del tratamiento médico u otro distinto o aquél que conlleva prescindir de los mismos, elegir entre el dolor de la enfermedad o el dolor de la intervención, elegir entre el bienestar físico o la tranquilidad de conciencia, pertenece a la autonomía del hombre y a su condición de sujeto de derecho, sin que nadie, salvo casos de incapacidad legal, pueda sustituirle en tal decisión.

14. La exención de responsabilidad en estos casos, implica la concesión al médico de facultades de decisión intolerables. Sin embargo, la jurisprudencia casi automáticamente realiza una ponderación de bienes jurídicos atribuyendo a la vida y en menor medida a la salud, una primacía directa e inmediata por sobre la libertad. Pero con dicho criterio obraría en estado de necesidad, el médico que para salvar la vida de un accidentado, extrae un riñón sano a otro paciente en contra de su voluntad, en oposición a los valores que rigen en la comunidad jurídica y a la dignidad humana. Los Testigos de Jehová deben ser respetados en sus convicciones religiosas, si no se quiere sancionar la marginalidad religiosa. El mal causado contra la voluntad de quien lo sufre, producido por quien no se encuentra en una situación de necesidad, es superior al evitado, aunque se trate de la muerte, si falta la necesaria adecuación a los valores fundamentales de la comunidad jurídica. Por lo tanto, aun cuando se estimara que existe un conflicto entre la vida, la salud o la libertad, no cabría aplicar, respecto del médico, la eximente de estado de necesidad.

15. El médico no incurre en *auxilio omisivo al suicidio ajeno*, por respetar la decisión del paciente, porque no estamos ante un suicida, sino ante una persona que quiere vivir pero no a costa de pasar por sobre sus convicciones religiosas. Suicidarse es quitarse voluntariamente la vida, concepto que se condice con el concepto de dolo directo, en donde el autor persigue la realización del delito. El suicidio es la muerte directamente querida que una persona imputable se causa a sí misma, en donde la decisión de morir se reconduce a un acto de voluntad válido, libre y expreso. Mientras la negativa a practicarse un tratamiento médico no sea utilizada por el titular del bien jurídico como medio para quitarse la vida, su decisión no puede identificarse con el suicidio, ya que, el paciente sólo está eligiendo entre el riesgo que implica la intervención médica y el de evitarla.

16. La huelga de hambre reivindicativa es un método pacífico de protesta consistente en la negativa prolongada, voluntaria y reivindicativa a ingerir alimentos y en ocasiones agua, en contra de lo que se considera injusto, hecho que por lo general, se produce en las prisiones. Se caracteriza por su contenido de sacrificio y autoinmolación, por su carácter pacífico, por la necesidad de obtener resonancia social respecto de alguna decisión o situación que al huelguista le parece injusta, por tratarse de un instrumento extremo, en el que se ponen en juego bienes de la máxima valía como la salud individual o la vida y por intentar forzar un diálogo con la administración penitenciaria o con las autoridades políticas, para conseguir exigencias políticas, ideológicas, sociales o personales. El problema consiste en determinar si es posible obligar al recluso coactivamente a ingerir alimentos o a practicarle algún tratamiento médico y si su práctica o su omisión conllevan responsabilidad penal.

17. Cuando la decisión no es fruto de la libertad del recluso, la voluntad no libre del huelguista es irrelevante y la obligación de velar por la vida y por la salud de los reclusos se impone. Ello ocurre con enfermos mentales en huelga de hambre patológica

y en huelgas de hambre realizadas bajo coacción. Sin embargo, la ausencia de libertad debe probarse, porque de lo contrario la autoridad penitenciaria contaría con un mecanismo para imponer coactivamente la alimentación forzosa, aunque la decisión hubiese sido tomada de manera libre y consciente por el reo.

18. El recluso es un sujeto de derecho que no está excluido de la sociedad, sino que sigue poseyendo el *status* jurídico de ciudadano. La *dignidad de la persona*, el libre desarrollo de la personalidad, el *derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes* y el *derecho a la libertad de expresión*, impiden realizar la alimentación forzada y permiten sostener que la huelga de hambre reivindicativa es una manifestación del derecho fundamental a la libertad de expresión.

19. No cabe imputar responsabilidad penal al médico que respetando la voluntad del reo, no le alimenta coactivamente, aun cuando entre en estado de inconsciencia, toda vez que ha sido el propio recluso, titular del derecho, quien en uso de su libertad ha decidió poner en riesgo su salud o incluso su vida. Por lo tanto, su voluntad, en orden a mantener la huelga debe ser respetada. Alimentar coactivamente al recluso constituye una conducta ilícita que afecta la libertad su expresión y que constituye un trato inhumano o degradante que implica la idea consecuencialista de esperar a que el recluso no pueda oponer resistencia para atropellar su voluntad.

20. En un Estado social y democrático de Derecho, resulta esperable que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, impidan el uso político del cumplimiento de la pena por parte de un poder distinto del jurisdiccional, por lo que el argumento de que el gobierno podría hostigar a los presos para que hagan huelgas de hambre y deshacerse de ellos es más propagandístico que real y una falsa protección a favor del reo que esconde la decisión de pasar por sobre su voluntad.

21. El deber de cuidado de la Administración penitenciaria es una *garantía*, consistente en el deber de ofrecer prestaciones, no una autorización para atropellar la voluntad del reo, ni el deber de éste de soportarlas. Dicho deber cesa, si el recluso lo renuncia, mientras no haya intereses supraindividuales afectados en el ámbito penitenciario. La actividad penitenciaria debe orientarse a la *reeducación y reinserción social* y que más resocializador que el reo aprenda a defender pacíficamente lo que cree justo. Los efectos desocializadores de una alimentación forzada atentan contra dicho fin. Además, no deben establecerse condiciones distintas a las que rigen en la vida libre para la asistencia médica en el ámbito penitenciario. La Administración debe fomentar en el recluso la decisión de cuidar de su vida y su salud, así como la posibilidad de atenuar los riesgos derivados de la huelga de hambre, pero ello no implica la utilización de *vías indirectas de coerción*, como la privación del tabaco o la sustitución del agua por un líquido más nutritivo. Tampoco procede la alimentación forzada muy temprana para desactivar la protesta o un aislamiento de los huelguistas para obstaculizar la comunicación entre ellos.

22. El concepto de “relación de sujeción”, que vincula al huelguista con la administración penitenciaria, no puede superponerse a los derechos fundamentales del interno, quien sigue gozando de los derechos de libertad ideológica, de expresión y a no ser tratado de forma inhumana o degradante.

23. No existe obligación del médico o del funcionario penitenciario de alimentar forzadamente al huelguista, amparado por un estado de necesidad, toda vez que no existe una colisión de derechos cuando es el propio titular de la garantía, quien ha decidido libremente poner en riesgo su salud o incluso su vida, renunciando a la protección que la ley le otorga.

24. El médico no está obligado a alimentar forzosamente al reo en virtud del cumplimiento de un deber, toda vez que dicho deber decae cuando el titular del derecho a la salud y a la vida ha renunciado libremente a la protección que dichas garantías involucran. Las normas constitucionales tienen aplicación material, por lo tanto, no existe un deber de garante por parte de la Administración Penitenciaria, en contra de la voluntad del recluso, titular de sus libertades ideológicas y de expresión y con derecho a no recibir un trato inhumano y degradante.

25. En tanto el huelguista hubiere manifestado su voluntad libre y consciente de los riesgos que su comportamiento comporta, debe respetarse su derecho a la autodeterminación y en último término dignidad humana. Los riesgos que de dicha conducta se desprendan, pertenecen al ámbito de competencia del propio interno. Respetar la dignidad humana implica respetar el derecho de la persona a autodeterminarse, a elegir los valores que sustenta, a utilizar su libertad para perseguirlos y a morir incluso por ellos.

26. No existe responsabilidad penal por homicidio en comisión por omisión si el médico se abstiene de actuar respetando la voluntad del recluso, porque el deber de actuar del facultativo que fundamenta la posición de garante, decae cuando el beneficiario de dicha protección no quiere ejercer ese derecho sino que, por el contrario, renuncia a él. El Estado no tiene un derecho para proteger los derechos fundamentales sino un deber de garantizarlos, también a los reclusos. No existe un deber jurídico-penal de vivir y un derecho correlativo del Estado para exigir, de parte del recluso, soportar un tratamiento médico en contra de su voluntad, idea propia de un Estado paternalista que violenta el principio de la dignidad humana y del derecho a la autodeterminación. Lo anterior no cede ante el contenido de un reglamento, toda vez que los reglamentos penitenciarios no pueden prevalecer frente a derechos constitucionales.

27. Tampoco concurre la figura de cooperación o inducción al suicidio por omisión, ya que, en las huelgas de hambre reivindicativas, llevadas a cabo libre y consciente de los riesgos, el huelguista no quiere su muerte sino determinadas reivindicaciones penitenciarias, por lo que resulta imposible decir que estamos en presencia de un suicida.

28. No incurre el médico o el personal penitenciario en responsabilidad penal a título de omisión del deber de socorro, por respetar la decisión del huelguista en orden a no ingerir alimentos, porque no cabe afirmar que estemos ante una persona desamparada, si el huelguista libre y consciente de los riesgos que su conducta implica, manifiesta mantener la huelga de hambre y el médico cumple su deber profiláctico, informativo y de oferta de asistencia curativa inmediata, aun cuando el camino elegido por el huelguista desemboque en la pérdida de conciencia, toda vez que dicho comportamiento obedece al consentimiento libre y voluntario del recluso en orden a correr los riesgos que de su conducta se deriven para sus derechos (salud o vida). Proceder de manera contraria implica la idea consecuencialista de esperar a que el huelguista pierda la conciencia para luego pasar por sobre su voluntad. En cambio, si el huelguista expresa el cese de la huelga de hambre, surge el deber del médico de suministrarle una realimentación médicamente adecuada.

Capítulo V

Sujetos y objeto material del delito de lesiones

Sumario: 1. Ámbitos de protección penal de la vida humana.— 1.1. Periodo entre la concepción y la anidación.— 1.2. Fase entre la anidación y las doce primeras semanas de gestación.— 1.3. Periodo entre las doce semanas y las veintidós semanas de gestación.— Desde las veintidós semanas de gestación hasta el nacimiento. 1.4. Nacimiento.— 2. Sujetos del delito de lesiones.— 3. Objeto del delito de lesiones.— 3.1. Distinción entre objeto jurídico y objeto material.— 3.2. Sujeto pasivo y objeto material en el delito de lesiones.— 4. Límites mínimo y máximo de protección de la vida y de la salud individual.— 4.1. Importancia de determinar el límite mínimo de protección de la vida humana independiente.— 4.2. Delimitación del principio de la vida humana independiente.— 4.2.1. Límite mínimo de protección de la vida humana independiente en España.— 4.2.1.1 Teoría civilista.— 4.2.1.2. Respiración autónoma del nacido.— 4.2.1.3 Tesis de la percepción visual.— 4.2.1.4. Tesis de la autonomía vital.— 4.2.1.5. Tesis de la total separación del niño del vientre materno.— 4.2.1.6. Teoría de la viabilidad.— 4.2.1.7. Teoría del corte del cordón umbilical.— 4.2.1.8. Teoría del comienzo del parto.— 4.2.2. Límite mínimo de protección de la vida humana independiente en Chile.— 4.2.2.1. Límites derivados del delito de infanticidio.— 4.2.2.2. Teoría del corte del cordón umbilical.— 4.2.2.3. Teoría de la autonomía de vida.— 4.2.2.4. Teoría del inicio del nacimiento.— 4.2.2.5. Teoría de la separación completa del vientre materno.— 4.2.3. Límite mínimo de protección de la vida humana independiente en el APCPCH.— 4.2.4. Límite mínimo de protección de la vida humana independiente en Argentina.— 4.2.4.1. Teoría civilista.— 4.2.4.2. Teoría del comienzo del nacimiento.— 5. Límite máximo de protección de la vida y la salud individual.— 5.1 Límite máximo de protección de la vida y la salud individual en España.— 5.1.1. La importancia de establecer el límite máximo de protección de la vida y de la salud individual.— 5.1.2. Concepto de muerte.— 5.1.2.1. Muerte clínica y muerte cerebral.— 5.1.3. Métodos de comprobación de la muerte.— 5.2. Límite máximo de protección de la vida y la salud individual en Chile.— 5.2.1. Importancia de establecer el límite máximo de protección de la vida y de la salud individual.— 5.2.2. Concepto de muerte. 5.2.2.1. Muerte orgánica.— 5.2.2.2. Muerte clínica.— 5.2.2.3. Muerte cerebral.— 5.2.3. Métodos de comprobación de la muerte.— 5.3. Límite máximo de protección de la vida y la salud individual en Argentina.— 5.3.1. Importancia de establecer el límite máximo de protección de la vida y de la salud individual.— 5.3.2. Muerte clínica y muerte cerebral.— 6. Delimitación entre el delito de lesiones al feto y el delito de lesiones en España.— 6.1. Feto, persona y principio de legalidad.— 7. Atipicidad de las lesiones al feto en Chile.— 8. Atipicidad de las lesiones al feto en Argentina.— 9. Las lesiones al feto en el APCPCH.

1. Ámbitos de protección penal de la vida humana

La vida ha sido definida como la existencia biológica del individuo⁸²⁹ o como la fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser que la posee⁸³⁰.

El DP protege la vida humana en sus diversas etapas. La vida humana independiente se protege de ataques dolosos e imprudentes de terceros, a través del

⁸²⁹ BULLEMORE Y MACKINNON, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 10.

⁸³⁰ Diccionario de la RAE.

delito de homicidio y sus derivaciones y la salud individual a través de los delitos de lesiones. Dicha protección comienza con el nacimiento, siendo discutido por la doctrina el momento exacto a partir del cual el ordenamiento penal comienza a tutelar con mayor intensidad la vida humana. La vida humana del no nacido se encuentra protegida frente a ataques dolosos e imprudentes de terceros a través del delito de aborto y la salud individual del feto, frente a conductas dolosas e imprudentes, se tutela por el delito de lesiones al feto. Además, se sancionan conductas relacionadas con la manipulación genética.

Por ello resulta necesario distinguir las distintas etapas de la vida a objeto de precisar la figura penal, que desde un punto de vista normativo, la protege⁸³¹. De acuerdo con esta concepción gradualista de la protección de la vida humana, podemos distinguir las siguientes etapas de protección penal:

1.1. Periodo entre la concepción y la anidación

El primer momento a tener en cuenta es la *concepción*, que consiste en la constitución de un nuevo organismo, poseedor de un código genético nuevo e irreductible al código genético de sus progenitores y que constituye un proceso, que se inicia con la adhesión de espermios a la membrana externa del óvulo, la penetración de esa membrana por el espermio, el ingreso de éste al citoplasma del óvulo, la modificación de la membrana externa del óvulo para impedir el ingreso de más espermios, la formación de los dos pronúcleos en la periferia del óvulo (el masculino y el femenino), su movimiento al centro de la célula, la desaparición de sus membranas y su ordenación mediante el ensamble de los cromosomas (singamia). Este proceso dura alrededor de doce horas, produciéndose posteriormente la duplicación celular cada doce horas. Cuando se trata de fecundación intracorporal, este proceso tiene lugar usualmente en las trompas de falopio. Un segundo momento relevante dice relación con la *individuación*⁸³², la cual consiste en la evolución del *cigoto o preembrión*⁸³³ hasta constituirse en un ser con unidad y unicidad, indiscutidamente denominado “embrión”. Esta fase se alcanza cuando se produce la especificación celular, esto es, cuando las células preembrionarias dejan de ser células totipotenciales, es decir, células capaces de especificarse en cualquier sentido, e incluso de originar cada una de ellas el desarrollo de un nuevo individuo. Antes de la especificación celular, el *conceptus* (el producto de la concepción) no evidencia la estructura corporal ni la diferenciación fisiológica que

⁸³¹ La exposición estándar de la diferenciación de niveles y sus cisuras se encuentra en LÜTTGER, *Medicina y DP*, Editorial Edersa, Madrid, 1984, pp. 39 y ss.

⁸³² LÜTTGER, *Medicina y DP*, op. cit., p. 54.

⁸³³ La Ley 14/2007 de fecha 3 de julio, sobre investigación biomédica, ha reconocido expresamente distingue entre *preembrión* o embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta los 14 días más tarde (art. 3 y ss.), *embrión* que dice relación con aquella fase desarrollo embrionario que abarca desde el momento en que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de la mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo de aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener (art. 31) y *feto* o embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto (art. 3). La ley prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación, de acuerdo con una concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada por el TC en sentencias N° 53/1985, N° 212/1996 y N° 116/1999, pero admite la utilización de técnicas de obtención de células troncales embrionarias humanas con fines terapéuticos o de investigación. Sin embargo, no indica en qué momento del parto el feto alcanza la calidad de persona.

son características de los seres humanos. Esta especificación se produce al día decimoquinto desde la fecundación, momento en que aparece la hendidura neural (en los vertebrados, la génesis de los órganos comienza con el desarrollo del sistema nervioso). Durante esta etapa, el ser humano goza de vida humana dependiente de la madre, al haber realizado sólo las fases de fecundación del huevo, unión y formación de tejido celular (a las treinta horas desde la fecundación), implantación en el útero y formación de la placenta (a los 14 días). Este objeto, el preembrión, forma parte de los delitos de manipulaciones genéticas de los arts. 159 y siguientes del CPes. La vida del preembrión no se tutela en todos los casos, sino sólo frente a conductas manipuladoras que alteran su patrimonio genético como la clonación o la selección ilegal de raza⁸³⁴. Además, la clonación humana reproductiva es prohibida por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida⁸³⁵.

Evidentemente, no se aplican aquí las normas relativas a los delitos de aborto o lesiones al feto, ya que aun no existe la total vinculación con el organismo materno hasta que no se comprueba su total anidación en el útero o su final implantación si se trata de una fecundación in vitro como para gozar de la mayor protección que dispensan las normas relativas a los delitos de aborto o lesiones al feto.

1.2. Fase entre la anidación y las doce primeras semanas de gestación

Con la *anidación* o implantación del embrión en el útero de una mujer, se produce una simbiosis entre ambos organismos, en virtud de la cual el organismo femenino provee al embrión (y posterior feto) de nutrición. La anidación es un proceso, que puede tener una duración variable, comenzando alrededor del día séptimo posterior a la fecundación y consolidándose alrededor del día vigésimo quinto. El ingreso del cigoto al útero se produce alrededor del quinto día desde la fecundación, momento en el cual se forma el *blastocisto*, consistente en la diferenciación entre el conjunto de células que forma la capa externa (*trofoblasto*), destinado a formar los órganos anexos al embrión, y la masa celular interna, que será la que dé origen al embrión propiamente tal. Alrededor del séptimo día el blastocisto adhiere al *endometrio* (pared del útero), que comienza a ser invadido por las células del trofoblasto, hasta la incorporación completa del blastocisto, cerrándose el sitio por donde se produjo la invasión. Todo el desarrollo posterior del embrión se produce dentro del endometrio. Alrededor del día décimo se ha formado el *corión* a partir del trofoblasto, cuya evolución dará origen, entre otros órganos, a la placenta. Alrededor del día vigésimo quinto se han establecido las relaciones de intercambio de nutrientes entre los vasos sanguíneos del útero y las vellosidades coriónicas. Durante el embarazo se produce el desarrollo y surgimiento de distintos órganos y funciones del cuerpo humano. Entre la tercera y la cuarta semana de gestación del *nasciturus*, se produce la actividad cardíaca y el funcionamiento del sistema circulatorio y durante el segundo mes tiene lugar la actividad cerebral y el funcionamiento del sistema nervioso. Después de los dos meses de gestación, el embrión pasa a denominarse “feto”. El ser humano sigue gozando de vida humana dependiente, pero ya tiene formado gran parte de su cuerpo, se le reconoce figura humana y adquiere la cualidad de embrión, lo que le lleva a ser protegido en los casos de atentados contra su vida o su salud, a salvo de los casos de las indicaciones

⁸³⁴ REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 10.

⁸³⁵ REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 10.

terapéutica, eugenésica, o ética o criminológica, o los actos imprudentes de la embarazada cubiertos por la excusa absolutoria del art. 146 párrafo 3⁸³⁶.

Tradicionalmente se ha utilizado el plazo de doce semanas o noventa días para tutelar o reforzar la protección de la vida humana dependiente, esperando que el *nasciturus* adquiriera figura humana completa, sin adelantarlo al momento de la aparición de sus órganos que tendría lugar hasta los 56 días desde la fecundación, adoptado por la Ley 14/2007⁸³⁷.

De hecho en el Derecho comparado, la interrupción voluntaria del embarazo normalmente se regula mediante plazos que coinciden con el de doce, catorce, dieciséis o dieciocho semanas según el país de que se trate, para la intervención, sin más requisito sustancial que la voluntad de la embarazada, o mediante un sistema mixto en el cual se atiende al sistema de plazos durante las primeras semanas de gestación y, a partir de ahí, entran en juego las indicaciones e, incluso, la prohibición, siendo el sistema de plazos el único que no traslada la decisión a un tercero, es decir, es el que en mayor medida toma en consideración el ejercicio de la libertad de la mujer^{838/839}.

1.3. Periodo entre las doce semanas y las veintidós semanas de gestación

Al término del primer trimestre el feto tiene características externas que corresponden inconfundiblemente a la especie humana, habiendo aparecido al menos en sus rudimentos las orejas, ojos, genitales, esqueleto y columna vertebral. A partir de las veintidós semanas el ser humano, que tiene ya capacidad de movimiento y sensibilidad al dolor, recibe la consideración de feto y goza de mayor protección, pues sólo en casos

⁸³⁶ REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 10.

⁸³⁷ REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 10.

⁸³⁸ CASADO, CORCOY Y ROYES (Coord.), "Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo", en *Observatori de Bioètica i Dret*, Barcelona, 2008, p. 23. Documento disponible en internet, página web: <http://www.pcb.ub.es>.

⁸³⁹ El aborto está despenalizado en la mayoría de países de la Unión Europea. Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, Noruega, República Checa, Rumania o Suiza, tienen una ley de plazos hasta las 12 semanas de gestación. Este plazo se amplía hasta las 24 semanas en Holanda, hasta las 18 semanas en Suecia y en Italia hasta los 90 días. Por el contrario, en Portugal sólo llega a las 10 semanas. Vencidos esos plazos, algunos países continúan permitiendo el aborto ante indicaciones específicas y dentro de nuevos plazos. Hasta el segundo trimestre, se admite cuando concurre la indicación de riesgo para la vida de la madre en Austria, Dinamarca, Eslovaquia, Francia, Hungría, Luxemburgo, Noruega, República Checa, Rumania, Suiza; ante el riesgo para la salud de la madre en Austria, Dinamarca, Francia, Luxemburgo, Noruega, Suiza; por malformación del feto en Austria, Dinamarca, Eslovaquia, Francia, Luxemburgo, Noruega, República Checa, Rumania; o a causa de una violación en Eslovaquia, Hungría, Luxemburgo, Noruega, República Checa. En la República Checa también se añaden las "razones médicas", en Hungría en caso de "grave situación de crisis" y en Austria se permite hasta el segundo trimestre cuando se trata de menores de 14 años. En Grecia se admite el aborto ante el supuesto de violación hasta la semana 20 y el de malformación del feto hasta la 24. En el Reino Unido existe una ley de indicaciones por la que es posible abortar hasta la semana 24 por riesgo para la salud física o mental de la madre o por problemas económicos y sociales. En países como Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia o Reino Unido no se ponen plazos límites para el aborto cuando hay riesgos de malformaciones en el feto. Tampoco cuando existe grave riesgo para la vida de la madre en Bélgica, Francia, Luxemburgo y Reino Unido y ante las "razones médicas" en Alemania (CASADO, CORCOY Y ROYES (Coord.), "Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo", op. cit., p. 23).

excepcionales se permite su destrucción, en los casos de la indicación eugenésica y la terapéutica del aborto⁸⁴⁰.

1.4. Desde las veintidós semanas de gestación hasta el nacimiento

A partir de las veintidós semanas el feto es protegido totalmente quedando sólo impunes las acciones amparadas en la indicación terapéutica del aborto.

1.5. Nacimiento

El embarazo llega a su término con el *parto* o *nacimiento*. En virtud de este hito, el *nasciturus* se separa del cuerpo femenino y adquiere autonomía fisiológica, comenzando a vivir gracias al desarrollo de las funciones nutritivas de su propia respiración pulmonar y su digestión. El parto es un proceso más o menos largo que usualmente se divide en tres etapas. La primera etapa, que normalmente se prolonga por varias horas, consiste en la sucesión de contracciones involuntarias del útero que desplazan al feto hacia el cuello del útero, el cual se dilata y aplana, para permitir el paso de la cabeza de feto. La segunda etapa corrientemente dura de veinte a sesenta minutos y consiste en el paso del feto por el cuello del útero y la vagina, hasta su expulsión, empujado por las contracciones del útero y del abdomen de la mujer. La tercera fase consiste en el desprendimiento y expulsión desde el útero de la placenta y membranas fetales, en virtud de nuevas contracciones del útero. El organismo del recién nacido es capaz de autonomía cardiorespiratoria, y, provisto de los cuidados necesarios, de desarrollarse hasta la total capacidad de subsistencia autónoma⁸⁴¹.

Con el nacimiento el feto adquiere status de persona y de vida humana independiente. Con ello se refuerza la protección de la vida humana independiente cuyo inicio se encuentra determinado por el nacimiento y cuya finalización se encuentra delimitada por la muerte del ser humano. Dicho ámbito de protección se encuentra resguardado desde el punto de vista penal, a través del delito de homicidio y sus derivaciones y por los delitos de lesiones en lo que a la salud individual se refiere. Como nuestro objeto de estudio son los delitos en contra de la salud individual, nos

⁸⁴⁰ El CPes recoge la despenalización de la práctica del aborto en tres supuestos: que el embarazo sea consecuencia de una violación —previamente denunciada—, las malformaciones del feto y el grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, siempre y cuando se realice con su consentimiento y se cumplan los requisitos establecidos. Sin embargo, la necesidad de reformar la norma ha sido puesta sobre el tapete toda vez que la realidad ha llevado a adoptar una interpretación extensiva de la llamada indicación terapéutica en el supuesto que concurra un riesgo grave para la salud psíquica de la embarazada, ya que esta indicación se utiliza de tal manera que *de facto* incluye —contra lo establecido en la ley— la indicación socioeconómica. Además, hay que tener en cuenta, además, que para la indicación terapéutica no se prevén plazos, de forma que, *a priori*, la interrupción del embarazo puede realizarse en cualquier momento del mismo. Esto, aunque cubra unas necesidades y problemas sociales evidentes y dignos de amparo, genera una situación de inseguridad jurídica puesta de manifiesto reiteradamente. El tema renueva una vieja polémica de gran importancia social, con su consiguiente impacto mediático, en la que se ponen de manifiesto conflictos de valores y derechos, que requieren de la urgente intervención de los poderes públicos para proporcionar soluciones de justicia material que se conjuguen con la necesaria seguridad jurídica (CASADO, CORCOY Y ROYES (Coord.), “Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo”, op. cit., pp. 21-22).

⁸⁴¹ NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a vivir con dignidad*, op. cit., p. 324 y ss. y en REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., pp. 20-21.

centraremos en la adecuada delimitación de la vida humana independiente y, por lo tanto, a ésta dedicaremos las siguientes páginas del capítulo.

2. Sujetos del delito de lesiones

En todo delito se habla de sujeto activo y sujeto pasivo, como persona que realiza la conducta descrita en el tipo y persona sobre la cual recae dicha conducta⁸⁴². Cualquier tipo penal supone la presencia de sujetos que se encuentran en una determinada relación recíproca: el sujeto activo es quien realiza el tipo y el sujeto pasivo es en quien recae la actuación del sujeto activo, existiendo unas expectativas recíprocas entre ellos⁸⁴³.

Sin perjuicio de las consideraciones tenidas en cuenta por el legislador penal para los efectos de agravar la responsabilidad penal del hechor, podemos señalar que el delito de lesiones es un *delito común*⁸⁴⁴, por cuanto es de aquellos en los cuales la ley no limita el ámbito de los posibles *sujetos activos*, sino que se refiere a todo “*el que*” ejecute la conducta típica, por lo tanto, el sujeto activo es indeterminado, puede ser cualquier persona física, no importando la calidad de quien lo comete⁸⁴⁵.

El *sujeto pasivo* tampoco reviste características especiales, toda vez que el CPes, en su art. 147, se limita, tal y como lo hace el art. 138, a describirlo con la expresión “*otro*”, es decir, un ser humano que ha alcanzado la vida independiente⁸⁴⁶, cuya vida y salud individual deben ser tuteladas frente ataques dolosos e imprudentes de un tercero, hasta el momento de su muerte, pudiendo por lo tanto, ser lesionada tanto una persona sana como una persona enferma o un condenado a muerte, ya que en virtud del principio de la dignidad humana, todas las vidas tienen el mismo valor y, en tal sentido, deben ser protegidas de la misma manera⁸⁴⁷.

No obstante lo anterior, no toda persona viva será sujeto pasivo de los preceptos del Título III del Libro II, toda vez que quedan excluidas aquellas personas que por su significación política o administrativa gocen de protección autónoma en otros tipos, como el Rey, sus ascendientes o descendientes, Reina consorte, consorte de la Reina, Regente, miembro de la Regencia, Príncipe heredero de la Corona (delitos contra la Corona, regulados en el art. 485 y ss.), el Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un Tratado (*delitos contra el Derecho de gente*, regulados en los arts. 605 y ss.), los miembros del Gobierno o parlamentarios del Estado o de las Comunidades autónomas, miembros del CGPJ, magistrados del TC, la autoridad o sus agentes o funcionarios públicos o quienes les auxilien, o una fuerza armada (arts. 550 a 556)^{848/849}. Ahora bien, en caso de no aplicación completa del delito

⁸⁴² MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 219.

⁸⁴³ GARCÍA Y GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones, Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 31.

⁸⁴⁴ JORGE BARREIRO, “Del homicidio y sus formas”, en Rodríguez Mourullo (Dir.), *Comentarios al CP*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 385.

⁸⁴⁵ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., pp. 227-228.

⁸⁴⁶ JORGE BARREIRO, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., p. 385.

⁸⁴⁷ GROIZARD, *CP de 1870, concordado y comentado*, op. cit., T. IV, pp. 419-420 y REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 7.

⁸⁴⁸ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 39; GARCÍA Y GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 31; JORGE BARREIRO, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., p. 385; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 27.

⁸⁴⁹ Entre las figuras comunes y las especiales relativas a los delitos de homicidio y lesiones existirá un *concurso de normas* a resolver en virtud del principio de especialidad. Así por ejemplo sucederá con los

especial -como tipo doloso consumado- por *error in persona* (por ejemplo: *aberrado ictus*) relevante, directo o inverso, reaparece el homicidio como tipo genérico, pues al fin y al cabo también se ha matado a “otro”: así, si alguien mata a otro creyendo erróneamente que es un diplomático extranjero con quien tiene gran parecido físico (error inverso de tipo sobre el art. 605.1), hay un homicidio doloso consumado en concurso ideal con una tentativa imposible de homicidio de persona internacionalmente protegida; y si alguien mata dolosamente a otro, pero ignorando por un error vencible que era un diplomático, en cualquier caso hay un homicidio doloso consumado (que aquí no entra en concurso ideal con un homicidio de persona internacionalmente protegida imprudente, al no castigarse tal modalidad en los arts. 605 y 606)⁸⁵⁰.

Antes de la promulgación del CPes de 1995, se planteaba si el feto podía o no ser sujeto pasivo de lesiones, sin embargo hoy en día el problema se encuentra regulado en el art. 157, si bien se discute si existe o no una laguna legal respecto del hecho de provocar al feto una tara que no sea grave, tema que será debidamente analizado en este capítulo⁸⁵¹.

No se debe confundir el sujeto pasivo del delito con el de perjudicado. Este último concepto es más amplio que el primero, ya que comprende a toda persona que hubiere sufrido un perjuicio moral o material derivado de la comisión del delito aunque no sea portador del bien jurídico lesionado; dicho perjuicio debe resultar de una perturbación en la actividad de la víctima que no dispone durante un tiempo determinado de la totalidad de su capacidad siendo necesaria una constatación médica⁸⁵². El concepto de perjudicado posee trascendencia e efectos de la responsabilidad civil, tal como se deduce del art. 113 del CP⁸⁵³.

3. Objeto del delito de lesiones

3.1. Distinción entre objeto jurídico y objeto material

Debemos comenzar por diferenciar correctamente el *objeto jurídico* del *objeto material* de la conducta. En efecto, mientras el primero se identifica con el concepto de bien jurídico u objeto de tutela penal, el cual en este caso es la salud individual entendida en el sentido desarrollado en el capítulo tercero de esta investigación, el segundo *es la cosa o persona sobre la cual recae físicamente la conducta* lesiva⁸⁵⁴. El *objeto material* a veces se identifica con el *sujeto pasivo* dependiendo de la clase de delito⁸⁵⁵. Por lo común, este elemento no aparece con mayor especificación en las descripciones legales, así en los delitos contra la propiedad por medios materiales, se

delitos de homicidios cualificados ya por la presencia de un sujeto pasivo especial, ya por determinadas circunstancias relativas al riesgo de la conducta, como en el caso del delito del art. 485 si el sujeto pasivo es el Jefe del Estado o alguna de las personas señaladas por este precepto o el art. 605 si se trata de un Jefe de Estado extranjero u otra persona protegida por un Tratado que se halle en España. Igualmente, se aplicará el art. 607, si la muerte se produce como consecuencia de un genocidio o el art. 572 por una acción terrorista (ARROYO ZAPATERO Y OTROS (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 350 y CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 246 y CÓRDOVA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 5).

⁸⁵⁰ LUZÓN PEÑA (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, op. cit., pp. 755-756

⁸⁵¹ GARCÍA Y GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 32.

⁸⁵² GARCÍA Y GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 32.

⁸⁵³ GARCÍA Y GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 32.

⁸⁵⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 221.

⁸⁵⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 221.

suele hablar de “*cosa mueble ajena*”, y en los delitos contra las personas, de “*personas*” o de “*otro*” en general. Excepcionalmente, aparece una descripción más próxima, como ocurre por ejemplo en el delito de daños calificados, previsto en el art. 485 del CP, en los cuales la conducta recae sobre puentes, caminos, etc. En la falsificación de moneda prevista en el art. 166 del CP, también ocurre lo mismo, toda vez que en este delito la conducta recae sobre moneda de oro o plata. En la violación de correspondencia, descrita en el art. 146 del CP, la conducta recae sobre cartas o papeles de otro.

3.2. Sujeto pasivo y objeto material en el delito de lesiones

El objeto material en el delito de lesiones coincide con el sujeto pasivo⁸⁵⁶, el cual se encuentra referido por la ley con la expresión “*otro*”⁸⁵⁷.

La expresión “*otro*”, al igual que en el delito de homicidio, ha sido interpretada como un ser humano con vida independiente diferente del autor⁸⁵⁸, razón por la cual las autolesiones son impunes⁸⁵⁹, así como la participación en una autolesión⁸⁶⁰, en virtud del principio de accesoriedad media y el mero consentimiento en ser lesionado⁸⁶¹. Del mismo modo, en el delito de homicidio, es impune el intento de suicidio⁸⁶².

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el sujeto pasivo debe ser individual, toda vez que la salud colectiva es protegida por otros preceptos del CPes, lo cual a su vez es ratificado por la expresión “*otro*” utilizada en los delitos en contra de la salud individual⁸⁶³.

4. Límites mínimo y máximo de protección de la vida y de la salud individual

La noción de persona que pareciera ser un auténtico elemento descriptivo del tipo, en sus fronteras se encuentra definido normativamente. Dicho descubrimiento de debe al jurista alemán Eric Wolf quien sostenía que incluso elementos presuntamente descriptivos puros, como “*hombre*” (ser humano) o “*cosa*” son normativos en sus ámbitos fronterizos, o sea que requieren de una valoración judicial orientada a la antijuridicidad, y, en efecto, ello es correcto, ya que determinar desde cuándo el sujeto

⁸⁵⁶ CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 246 y STAMPA BRAUN, “El objeto material de los delitos contra la vida”, en *ADPCP*, 1950, p. 519.

⁸⁵⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 221.

⁸⁵⁸ PEÑARANDA RAMOS, “Homicidio”, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de DP, PE*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, T. I, p. 31.

⁸⁵⁹ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 38; SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 54 y 131; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, pp. 756-757; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, pp. 659 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., pp. 134 y 136; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 130; GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 143; PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones”, op. cit., p. 344; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 207-208.

⁸⁶⁰ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 119; RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p. 139; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 208 y MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 130 y LUZÓN PEÑA, “Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el DP español”, en *PJ*, N° 23°, 1991, p. 91.

⁸⁶¹ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 38.

⁸⁶² NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, op. cit., p. 324.

⁸⁶³ PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, *ADPCP*, 1990, p. 615; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 39-40.

adquiere la calidad de ser humano no es una cuestión meramente descriptiva, sino normativa⁸⁶⁴, toda vez que es en base a la interpretación de las normas jurídico-penales, que deberemos determinar desde cuándo hay un ser humano con vida humana dependiente, cuestión que debe ser analizada en el ámbito del delito de aborto. Sin embargo, la ley no siempre establece límites claros, por ejemplo en Chile, hay una ardua discusión para determinar desde cuándo hay vida humana dependiente y desde cuándo ésta se debe protegerse penalmente a través de delito de aborto, surgiendo varias hipótesis cargadas de elementos valorativos (desde la unión del óvulo con el espermatozoide, desde que el cigoto se anida en el cuello del útero, desde un plazo contado desde la anidación etc.). Desde este punto de vista, por lo tanto, el tipo aparece como una figura totalmente normativa, un “inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser”, pero de ello se deriva que de modo general ya no es posible seguir aferrándose al carácter no valorativo del tipo como sostenían los partidarios de la escuela causalista^{865/866}.

Para precisar la calificación jurídica de la conducta constitutiva del delito de homicidio o de lesiones es importante determinar del inicio de la vida humana

⁸⁶⁴ ROXIN, DP, PG, op. cit., pp. 281-282.

⁸⁶⁵ ROXIN, DP, PG, op. cit., pp. 281-282.

⁸⁶⁶ Mezger sostuvo que la antijuridicidad o injusto, consiste en un juicio impersonal y objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico en su conjunto, lo cual no excluye el hecho de que el DP a través del *tipo*, destaque o delimite un campo especial del injusto al cual asocia una pena y concibe el tipo penal como tipo de injusto o, dicho de otra forma, como la antijuridicidad tipificada, aunque es cierto que no por sí sola, si no solo en unión con la falta de causas concretas de exclusión del injusto. Agrega, que el tipo, al describir el injusto adquiere una significación material, constituyendo el fundamento del injusto, la *ratio essendi* y no mera *ratio cognoscendi*, como lo sostenía Mayer o Nagler. Así, cuando una conducta típica que se beneficia con una causa de exclusión del injusto, no viene a convertir en legítimo una situación antijurídica, sino que en realidad, la conducta no es antijurídica desde un principio. De esta forma, Mezger, partiendo de una concepción imperativa monista de las normas, niega autonomía a las normas permisivas. Las normas permisivas que subyacen a las causales de justificación solo tienen, según Mezger, sentido en referencia a un mandato o a una prohibición, solo hay un permiso para hacer lo prohibido o lo ordenado, no hay un permiso independiente en sí mismo. Sostiene que la división entre tipicidad y antijuridicidad es antinatural, porque el legislador incorpora en el tipo todos los elementos de los cuales depende la ilicitud del delito. Por lo tanto, la tipicidad es un juicio provisorio de ilicitud, el juicio definitivo depende de si concurre o no alguna causal de justificación. Sostiene que las causales de justificación están en la parte general solo por razones de economía legislativa para no repetirlas en cada tipo de la parte especial (MEZGER, DP, PG, Editorial Librería “El Foro”, Buenos Aires, 1958, T. I, pp. 131 y ss.). Esta teoría desemboca en la *teoría de las causales de justificación como elementos negativos del tipo*, para la cual el legislador describe en el tipo los elementos en que se funda el injusto, es decir, los elementos descriptivos y normativos, así como la no concurrencia de los elementos de una causal de justificación. Cada tipo especial solo adquiere sentido cuando se vinculan sus elementos positivos y negativos en una unidad llamada *tipo total*. Hoy tiene varios adeptos esta teoría. Hay quienes la rechazan, pero aceptan sus efectos prácticos. Ej.: Para la teoría finalista el dolo como elemento del tipo comprende el conocimiento de los elementos del tipo, más la voluntad de realización del objetivo, pero no comprende la conciencia de ilicitud, por lo tanto, si existe un error ante la creencia de que se actúa amparado en una causal de justificación que en realidad no concurre, o que no existe, o cuyos efectos se han extendido más allá de los casos señalados en la ley habría para la teoría finalista un *error de prohibición* que excluye, siguiendo a la teoría extrema de la culpabilidad, la culpabilidad, si es inevitable, y que puede atenuar la responsabilidad de ser evitable. En cambio para la teoría de las causales de justificación como elementos negativos del tipo, habría un *error de tipo*, que de ser vencible excluye el dolo pero subsiste la culpa, y de ser invencible excluye el dolo y la culpa. Esta teoría del tipo como *juicio provisional de injusto*, que experimentó un impulso decisivo por parte del *pensamiento referido al valor* del neokantismo, sigue siendo dominante en un sector de la doctrina actual. Sin embargo, el reconocimiento de la normatividad del tipo ha dado lugar a que se plantee la cuestión de si realmente puede mantenerse la concepción del tipo como característica sistemática autónoma frente a la antijuridicidad (ROXIN, DP, PG, op. cit., p. 283).

independiente (límite mínimo de protección penal), para diferenciar el delito de lesiones al feto del tipo de lesiones y, del mismo modo, habrá que precisar el fin de la vida humana independiente, toda vez que el delito de lesiones supone que el sujeto pasivo esté vivo (*Límite máximo de protección penal*) y, por lo tanto, a partir de la muerte la conducta lesiva no podrá ser calificada de lesiones, toda vez que no es posible lesionar a un cadáver⁸⁶⁷.

4.1. Importancia de determinar el límite mínimo de protección de la vida humana independiente

Determinar el momento a partir del cual finaliza la vida fetal y comienza la vida humana independiente ha perdido relevancia en algunos aspectos pero ha ganado en otros. En efecto, el momento en que se fije el comienzo de la vida independiente no tiene trascendencia en el nuevo Código, en cuanto a delimitar la punibilidad o impunidad de la muerte por imprudencia o de las lesiones al feto, dado que el tipo del aborto por imprudencia, del art. 146, no aparece limitado ya por ninguna exigencia específica respecto a los medios o modos de ejecución, y en los arts. 157 y 158, por otro lado, se han introducido tipos delictivos de lesiones al feto⁸⁶⁸. No obstante lo anterior, el tema continúa siendo trascendente porque existen diferencias considerables en la pena asignada a los delitos dolosos e imprudentes que protegen la salud individual de los sujetos con vida independiente, a través de los delitos de lesiones, regulados en los art. 147 y ss., y la penalidad correspondiente a los delitos que tutelan la salud individual del *nasciturus*, a través del tipo penal de lesiones al feto y de ahí que el establecimiento del momento en que comienza la vida humana independiente, determina la calificación jurídica del hecho y con ello, la sanción penal que deberá imponerse al sujeto activo, al menos en abstracto⁸⁶⁹. Así, a primera vista, podemos concluir que del análisis penológico, resulta que el legislador penal le ha otorgado mayor protección penal de la vida y de la salud independiente en comparación con la vida y salud individual del *nasciturus*. Con ello pareciera lógico concluir, que la vida humana independiente tiene un mayor valor para el legislador que aquella que se encuentra en gestación.

En Chile la determinación del inicio de la vida humana independiente es aun más esencial, toda vez que la conducta de lesionar al feto no se encuentra tipificada, razón por la cual, de llevarse a cabo, estaríamos ante una situación de atipicidad.

4.2 Delimitación del principio de la vida humana independiente

La ley, al igual que en el delito de homicidio, utiliza la expresión “*otro*” para referirse al sujeto pasivo de lesiones, es decir, el delito de lesiones debe llevarse a cabo respecto de una persona o sujeto con vida humana independiente. Por lo tanto, debemos determinar el momento a partir del cual el objeto material de lesiones al feto se transforma en sujeto pasivo del tipo penal de lesiones, para lo cual ha de precisarse desde cuándo existe vida humana independiente.

⁸⁶⁷ STAMPA BRAUN, sostenía que el hombre, sujeto pasivo, es una entidad normativa, que circunscribe al portador del interés tutelado (STAMPA BRAUN, “El objeto material de los delitos contra la vida”, op. cit., pp. 519-520).

⁸⁶⁸ GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, en DIEZ RIPOLLÉS Y LUIS GRACIA MARTÍN (Coord.), *Comentarios al CP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, T. I, pp. 36-37.

⁸⁶⁹ GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., T. I, pp. 36-37.

El problema es complejo y ha tenido diversas opiniones en la doctrina española, chilena y argentina⁸⁷⁰. Sin embargo, como primera aproximación, me parece que la decisión que se adopte en la delimitación de la vida humana independiente, debe preservar la protección que el sistema penal ha querido dispensar al derecho a la vida humana, tanto del que está por nacer, como del ser humano con vida independiente, razón por la cual hay que evitar opciones dogmáticas que produzcan soluciones de continuidad.

⁸⁷⁰ La opción dogmática que se elija tendrá consecuencias directas en la resolución de los casos prácticos de lesiones, homicidio, aborto y en Chile, además en casos de infanticidio. Así por ejemplo, en causa seguida en contra de *Rogelia Maldonado Maldonado*, la procesada cortó con un cuchillo el brazo derecho de la criatura que asomaba de su vientre, la cual fue luego completamente expulsada, muerta y con el brazo amputado. La SCA de Valparaíso absuelve a la acusada considerando que no se ha hecho reo del delito de infanticidio ni de ningún otro delito contra las personas, por cuanto la criatura sufrió la amputación del brazo que le causó la muerte, antes de separarse completamente de su madre, que es lo que constituye el nacimiento, “punto inicial de la existencia de las personas, como lo expresa el art. 74 del CC”. Tampoco, añade el fallo, se ha hecho reo del delito de aborto, pues hay en general aborto “siempre que el producto de la concepción es expedido del útero antes de la época determinada por la naturaleza”, y ante la ley, sólo es sancionado cuando la expulsión es provocada maliciosamente antes del término natural de la preñez. En el caso de autos, el nacimiento fue fisiológico y natural, y no provocado intencionalmente. A no mediar la anemia aguda provocada por la amputación del brazo, la criatura habría nacido viva y de todo termino. Concluye el fallo recordando que sólo son delitos las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley en forma expresa, de modo que, aunque vituperables moralmente algunos actos, no quedan sujetos a castigo “si una disposición expresa no lo dispone” (GT, 1935-II pp. 123-414 y en ETCHEBERRY, *El DP ante la jurisprudencia*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2002, T. II, p. 312).

En causa seguida en contra de *Bella Rosa Aravena Bravo* y *otra*, la reo dio a luz una criatura de seis meses de gestación que nació viva y murió una hora y media después a consecuencia de golpes proporcionados por la reo, mientras la madre de esta se había alejado para buscar ayuda para el alumbramiento. Al regresar, encontró a la criatura muerta, pero todavía unida a la reo por el cordón umbilical, que Blanca Bravo (madre de la reo) corta en ese momento. Luego la placenta es expulsada espontáneamente. La sentencia de la CA de Talca condena a la reo por infanticidio, disintiendo de la opinión del Ministerio Público, para el cual habría parricidio. Este último parecer se sustenta en la idea de que la criatura ya había adquirido la calidad de “persona”, al haber sido expulsada viva del cuerpo materno, pero que el delito de infanticidio requiere que el “parto” haya terminado, lo que en la especie no habría ocurrido, por no estar cortado el cordón umbilical al producirse la muerte. El fallo no acepta esta argumentación, y afirma que la ley penal ha establecido tres figuras principales de tutela o resguardo a la vida: el aborto, que protege todo el proceso de vida intrauterina de la criatura, desde la concepción hasta que deviene un ser con vida independiente y autónoma, es decir, un individuo de la especie humana (persona); el infanticidio, que constituye una forma de parricidio privilegiado, cuyo campo de aplicación comienza donde termina el del aborto, y concluye cuarenta y ocho horas después del parto, y el homicidio, figura que tutela la vida de la persona hasta su muerte natural; este último se transforma en parricidio cuando la muerte se produce a manos de cualquiera de las personas que se enumeran en el art. 390 del CPch. Estas figuras penales, dice la sentencia, están dispuestas en una secuencia lógica que cubre todo el periodo vital del ser, por lo cual, si la criatura nació viva y su madre le dio muerte dentro de las cuarenta y ocho horas, el delito es el de infanticidio, no parricidio. La argumentación de que el “parto” no habría terminado no es atendible, dado que la criatura fue expulsada del seno de la parturienta. El cordón umbilical no une al feto con la madre, sino con la placenta, órgano anexo que también es expulsado del cuerpo de la mujer que da a luz, como ocurrió en la especie: la criatura nació viva, fue separada de su madre y de los anexos, y vivió por una hora y media después del parto, que según el Diccionario es “expeler en tiempo oportuno la hembra de cualquiera especie vivípara, el feto que tenía concebido”. En consecuencia, tanto la agresión (golpes) como la muerte se produjeron después del parto y antes de las cuarenta y ocho horas de éste, por obra de la madre, con lo que se dan, concluye la sentencia, todos los elementos del infanticidio (ETCHEBERRY, *El DP ante la jurisprudencia*, op. cit., T. IV, pp. 299-300).

4.2.1. Límite mínimo de protección de la vida humana independiente en España

El tema resulta discutido, ya que la ley no ofrece alguna solución que permita resolver este problema. En efecto, los tipos legales existentes relativos a los delitos contra la vida humana independiente a saber, homicidio, asesinato, inducción o cooperación al suicidio y los delitos en contra de la salud individual se limitan a señalar al sujeto pasivo con la expresión “*otro*”, los delitos de aborto no hacen referencia concreta al objeto material en contra del cual atacan, sino que la ley solo se refiere a ellos en los arts. 144 y 145 con las expresiones “*el que produzca el aborto*” o “*la mujer que produjere su aborto*”. Tan solo en los delitos de lesiones al feto se hace alusión al feto como objeto de protección al señalar la ley en el art. 157: “*el que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto*”. De esta manera, el legislador ha dejado al intérprete un amplio campo para determinar el alcance de este término⁸⁷¹.

De todas formas, para adoptar una posición coherente, no debemos perder de vista que no se trata de solucionar un tema científico, a través de criterios puramente biológicos, sino de dar una adecuada respuesta a un problema jurídico que debe ser solucionado en base a criterios normativos, establecidos en base al distinto contenido de desvalor que muestran el aborto y las lesiones al feto, en el caso de los delitos en contra de la vida y la salud dependientes, y el homicidio y las lesiones, respecto de la protección de la salud individual y de la vida humana independiente. En efecto, no se puede olvidar que el ordenamiento penal ha querido otorgar protección a la vida humana en su conjunto, por lo que un planteamiento correcto no debería traer como consecuencia zonas grises de impunidad entre la vida humana independiente y la vida humana dependiente.

Si bien podemos plantear que la vida humana independiente comienza con el nacimiento, las opiniones se dividen al determinar el instante en que éste tiene lugar, ya que no es fácil determinar el momento en que el feto pierde su condición de *nasciturus* para transformarse en persona con vida humana independiente, siendo arduamente discutido que calidad jurídica tiene el ser que está naciendo, es decir, debe ser considerado feto o persona con vida humana independiente⁸⁷². A continuación explicaremos las teorías que intentan explicar en qué momento debe establecerse la cisura, transcurriendo las opciones posibles desde el comienzo del nacimiento o parto, hasta su finalización, tras la respiración pulmonar autónoma del nacido, con su total expulsión del claustro materno o, incluso, con el corte del cordón umbilical⁸⁷³.

4.2.1.1. Teoría civilista

Según el art. 29, inciso primero, del CC español, el nacimiento determina la personalidad y conforme al art. 30 de dicho cuerpo normativo, el nacido debe tener figura humana y vivir 24 horas enteramente desprendido del claustro materno. De acuerdo con estos artículos, se reputaría al feto por nacido cuando se dan dos circunstancias, la existencia de vida extrauterina durante veinticuatro horas tras el

⁸⁷¹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 32-34 y REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 11.

⁸⁷² REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 8.

⁸⁷³ REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 8.

nacimiento y la figura humana⁸⁷⁴. A efectos civiles, el feto se entiende que ha nacido cuando vive veinticuatro horas desprendido enteramente del seno materno y tiene figura humana, determinando el nacimiento su personalidad y su cualidad de persona⁸⁷⁵. Por falta de un elemento u otro carecerían de la cualidad de persona los fetos incapaces de vida, a través de signos evidentes como la ausencia de latidos del corazón, la inmovilidad del cordón umbilical o la falta de respiración pulmonar y causada por malformaciones graves o por un nacimiento extremadamente prematuro, así como los niños nacidos sin actividad cerebral (anencefalia) o sin cabeza (acefalia), los denominados tradicionalmente “monstruos” (gemelos siameses incompletos parásitos)⁸⁷⁶.

La aplicación de este criterio en materia penal resulta discutible, toda vez que su aceptación supondría dejar completamente desprotegida la vida humana en el tiempo que media entre el nacimiento y el término de las veinticuatro horas siguientes al mismo o tener que ampliar, de manera reñida con el principio de legalidad, hasta ese momento el concepto de “aborto” e interpretar así este vocablo de un modo diferente al usual en el lenguaje ordinario, en el que se vincula a la idea de una interrupción o alteración del proceso fisiológico de la gestación⁸⁷⁷. La protección penal del ser nacido no está condicionada a su configuración deforme o monstruosa, ni tampoco en consideración a su viabilidad, por lo que no resulta aplicable lo dispuesto en el art. 30 CC, que sólo rige a efectos civiles⁸⁷⁸. En todo caso, ya se encuentra asentada en la doctrina la autonomía del DP para determinar el sentido de los términos de acuerdo con sus propios fines y éste parece ser un caso en el cual debiera adoptarse un concepto de persona que difiera del concepto jurídico-civil^{879/880}.

4.2.1.2. Respiración autónoma del nacido

Parte de la doctrina española⁸⁸¹ afirma que la vida humana independiente principia con el comienzo de la *respiración pulmonar autónoma* del niño respecto del

⁸⁷⁴ REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 7.

⁸⁷⁵ REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 7.

⁸⁷⁶ REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 7.

⁸⁷⁷ PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones”, op. cit., p. 33.

⁸⁷⁸ CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 246.

⁸⁷⁹ PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones”, op. cit., pp. 33-34 y REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., pp. 7-8.

⁸⁸⁰ El parágrafo 1º del CC alemán establece: “La capacidad jurídica del ser humano se inicia con la culminación del nacimiento”. En sentido jurídico-civil se es ser humano a partir del completo desprendimiento del vientre materno. Si el DP siguiera estas pautas, las lesiones que alguien causara durante el proceso del parto —por ejemplo, por negligencia del médico o de la comadrona— serían impunes, pero también la producción culposa de la muerte durante el parto sería penalmente inabarcable. Naturalmente que esto sería absolutamente indeseable desde el punto de vista político-criminal. En esto hay también acuerdo unánime en la doctrina alemana que se basaba en el (ahora derogado) parágrafo 217 del CP alemán, que consideraba que con el comienzo del nacimiento existía ya un ser humano (ROXIN, “La protección de la vida humana mediante el DP”, en López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (Coord.), *Dogmática y ley penal*, LH a Enrique Bacigalupo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, T. II, p. 1197).

⁸⁸¹ DEL ROSAL BLASCO, “Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente”, en *Homenaje a Del Rosal*, Madrid, 1993, p. 948; y CARBONELL Y GONZÁLEZ CUSSAC, “HOMICIDIO Y SUS FORMAS”, en Vives Antón y otros, *DP, PE*, Valencia, 2010, pp. 46-47 y ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP, PE*, op. cit., pp. 38-41 y 223-224.

cuerpo de su madre^{882/883}. Argumentan en el sentido de que la respiración pulmonar autónoma comporta el comienzo de la vida propia y la independencia del individuo, como ente dotado de racionalidad, autoconciencia y autonomía y, por tanto, la aplicación de las normas relativas a los delitos de homicidio y lesiones en contra de las personas⁸⁸⁴. Se postula que una vida extrauterina sin respiración es una vida aparente o hipotética, sin embargo, sus sustentadores reconocen que esta tesis podría producir una laguna legal consistente en la muerte violenta producida ya en el seno materno o durante el parto del niño, obstruyéndole por asfixia las vías respiratorias o provocando un ahogamiento en el caso de un nacimiento bajo el agua, casos que encajarían muy difícilmente en el aborto, toda vez que la criatura ya no se encuentra en el vientre materno cuando se lleva a cabo el comportamiento ni tampoco como persona porque aun no ha respirado autónomamente⁸⁸⁵. Por ello, los autores que siguen esta teoría proponen de *lege ferenda* contemplar específicamente dicho supuesto⁸⁸⁶.

Se suele decir que el TS apoyaría la tesis de que el comienzo de la vida comenzaría con la respiración autónoma de la criatura, en base a lo señalado en STS de 28 de marzo de 1989, la cual refiere que: “Tal propósito final fue el determinante de que la procesada no diera cuenta de su estado a nadie y de que no solicitase asistencia médica, ni pidiera ayuda a persona alguna, especialmente a su tía o a su prima, con las que vivía desde unas fechas antes de producirse el parto, y no sólo antes de producirse éste, sino incluso después de producido, no obstante ser consciente de su profunda ignorancia para actuar adecuadamente para salvar la vida del recién nacido que *respiró* y lloró después de nacer, tenía un peso de 3.600 gramos y una longitud de 51,5 centímetros, y nació con “excelentes potencialidades de vida”, según se dice en el *factum* de la Sentencia, aceptando, en definitiva, la muerte del hijo recién nacido, como consecuencia de su voluntaria conducta”.

Sin embargo, Peñaranda Ramos critica esta conclusión toda vez que dicho texto sólo tendría por finalidad establecer *la prueba de la existencia de vida tras el nacimiento*, que es puesta en duda por la defensa, aduciendo que el feto habría nacido ya muerto y frente a tal alegación, la existencia de respiración pulmonar, fácilmente constatable en la autopsia, demuestra concluyentemente que hubo vida después del parto y dispensa de cualquier otra prueba al respecto, pero sí faltó tal respiración, el TS no rechaza la posibilidad de castigar por un delito contra la vida humana independiente, ya que hay sentencias, como la de 18 de febrero de 1889, en que se condena por un delito de homicidio (o de infanticidio) y no de aborto a quien produce la muerte de una *criatura apneica* (carente de respiración pulmonar) en la que se apreciaron por vías diferentes signos suficientes de vida, solución que a su juicio es correcta, porque en otro caso habría que calificar de nuevo como aborto comportamientos alejados de la imagen

⁸⁸² Según Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, La doctrina mayoritaria sitúa el nacimiento en el momento en que la criatura se independiza físicamente de la madre, lo que se aprecia externamente mediante la respiración pulmonar autónoma (CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 246).

⁸⁸³ Durante el siglo pasado, los autores como Pacheco en España o Carrara en Italia sostenían que había verdaderamente vida cuando alguien ya había respirado (“Vivir es respirar”, decían los médicos legistas de entonces). Por lo tanto, se afirmaba, “entre el estado de feto y el de hombre, existía un intervalo, se interponían obstáculos y peligros, que mantenían la duda de si, inclusive sin la expulsión violenta, la vida esperada hubiera podido, alguna vez, llegar a convertirse en realidad”. También Pacheco decía que entre el hijo que ha respirado y abierto los ojos a la luz del día y el feto no nacido hay un abismo de diferencia (BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, Editorial Akal, Madrid, 1994, p.14).

⁸⁸⁴

⁸⁸⁵ STAMPA BRAUN, “El objeto material de los delitos contra la vida”, op. cit., pp. 531-532.

⁸⁸⁶ CARBONELL Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Homicidio y sus formas”, op. cit., pp. 35-36.

típica de este delito, como el de producir la muerte a un recién nacido impidiendo precisamente que inicie su respiración pulmonar⁸⁸⁷.

4.2.1.3. Tesis de la percepción visual

Para otro sector de la doctrina española, resulta necesaria la *percepción visual* por parte de terceros, toda vez que sería mayor la *reprochabilidad de la conducta* cuando el autor mata a un ser al que percibe inmediatamente, que cuando se causa la muerte en el interior del claustro materno sin poderse establecer una percepción visual inmediata⁸⁸⁸. En el primer caso se necesitaría una “mayor energía criminal” que en el segundo, ya que la salida al exterior de una parte del cuerpo del niño de la forma adecuada para poder reconocer (incluso su madre) la forma humana en su completa esencia le convertiría según esta interpretación en persona⁸⁸⁹.

Sin embargo, este criterio ha sido criticado, porque apunta a un criterio de mayor o menor reprochabilidad, poco adecuado para establecer una distinción cualitativa entre ambos delitos y porque nadie estaría dispuesto a admitir, que es menos reprochable la muerte producida a una víctima a la que no se ve inmediatamente, por ejemplo, porque la conducta consistió en el envío de un paquete-bomba⁸⁹⁰. Por otra parte, la tesis de la percepción visual no explica por sí sola la exigencia de que se haya producido la expulsión *completa* del fruto de la concepción al exterior del claustro materno para poder hablar de un objeto material idóneo para el delito de homicidio y para solucionar este problema, se refuerza el argumento anterior con el de que “la salida total excluye ya toda analogía con el aborto” y “representa una situación en que lo cuantitativo se convierte en cualitativo”⁸⁹¹.

4.2.1.4. Tesis de la autonomía vital

Para otro sector de la doctrina, el dato decisivo se ha de encontrar, en el sentido profundo de la distinción entre vida humana dependiente e independiente y en una adecuada definición a este respecto de los conceptos de “dependencia” y “autonomía” vital⁸⁹². Se propone una “interpretación funcional” de aquellos conceptos, en virtud de la cual “la dependencia comporta una especial forma de aislamiento y protección del feto, de manera que puede decirse que *la vida es independiente cuando puede ser directa e inmediatamente lesionada* y que es dependiente cuando la agresión inevitablemente incide de manera más o menos intensa sobre el cuerpo de la madre, siquiera sea como vehículo para la lesión”, de lo cual derivaría, como consecuencia, para la problemática del límite mínimo, que hay vida independiente y, por tanto, objeto material del lesiones, cuando la expulsión haya llegado a un punto en el que es posible

⁸⁸⁷ PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones”, op. cit., p. 40.

⁸⁸⁸ En Alemania esta teoría era seguida por Binding para quien “el feto es persona cuando ha salido lo suficientemente al exterior como para que otro pueda matarlo” y por Von Liszt, quien sostenía que “la salida de una parte del cuerpo del niño fuera de la madre que es adecuada para que la forma humana en su completa esencia pueda ser reconocida” (REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 15).

⁸⁸⁹ REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 15.

⁸⁹⁰ PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones”, op. cit., pp. 36-37(en este sentido, también se expresan López Barja de Quiroga y González Rus).

⁸⁹¹ PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones”, op. cit., pp. 36-37.

⁸⁹² GONZÁLEZ RUS, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., pp. 74-75.

matar o lesionar directamente al producto de la concepción⁸⁹³. Este planteamiento capta algunos aspectos relevantes de la distinción entre vida dependiente e independiente, pero, al estar excesivamente orientada a las características de la eventual agresión, no toma en cuenta otros aspectos que son incluso más significativos que aquellos para explicar el distinto régimen jurídico de los delitos de homicidio o lesiones y de aborto o de lesiones al feto, toda vez que la verdadera clave de este diferente régimen se encuentra en la *particular relación de dependencia* en que la vida humana se encuentra durante el proceso de gestación y en el significado que el nacimiento ostenta, al final de dicho proceso, como “paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad”⁸⁹⁴. De dependencia vital se puede hablar en distintos sentidos, para referirse, por ejemplo, a la atención que precisan los niños respecto de sus padres u otras personas adultas o los enfermos respecto de los médicos que llevan a cabo el tratamiento de sus dolencias, sin embargo, ninguna de estas otras clases de dependencia presenta la intensidad ni las demás características especiales de aquélla en que está el embrión o el feto en relación con la persona de su madre y tal vinculación no cesa más que con el nacimiento⁸⁹⁵.

4.2.1.5. Tesis de la total separación del niño del vientre materno

La doctrina mayoritaria en España, sostiene que el principio de la vida humana independiente se produce con la total separación del claustro materno, es decir, con la total expulsión del claustro materno, ya que éste sería el único criterio que permitiría distinguir con claridad uno y otro momento de la vida humana⁸⁹⁶. Se afirma que éste es el momento determinante de la producción de un cambio cualitativo susceptible de una modificación de las valoraciones jurídico-penales de lo injusto y de la culpabilidad, ya que con anterioridad a la total expulsión, por muy avanzada que ésta se encuentre, todavía faltará a la criatura dar algún paso intermedio para poder alcanzar su autonomía vital y la acción asistencial que los terceros podrían realizar en esa circunstancia aún debería ser calificada como acción de favorecimiento de la expulsión como *paso intermedio* para realizar la acción de provocar la autonomía vital de la criatura en el caso de que no la alcanzara por sí misma⁸⁹⁷. Con posterioridad a la total expulsión, por el contrario, todas las acciones positivas que puedan realizarse para la vida de la criatura serían acciones directas e inmediatas, es decir: sin pasos intermedios, de provocación de la autonomía vital^{898/899}. Se sostiene que con anterioridad a la total expulsión, por muy

⁸⁹³ Otros autores en un concepto análogo consideran que existe homicidio (o lesiones en su caso), la muerte (o las lesiones) ejecutada directamente sobre el ser que está naciendo, y a través de la parte del cuerpo desprendido del claustro materno, o incluso pendiente de desprenderse del mismo una vez iniciado el comienzo del nacimiento (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., pp. 10-11).

⁸⁹⁴ En expresión de la STC N° 53/1985, de 2 de abril.

⁸⁹⁵ PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones”, op. cit., pp. 37-38.

⁸⁹⁶ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 32-34; MORALES PRATS, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., pp. 38-39; FELIP I SABORIT, “El homicidio y sus formas”, op. cit., pp. 27-28; PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones”, op. cit., p. 41; RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p.22; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 158-161 y en ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 158-161; GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., T. I, p. 43 y NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a vivir con dignidad*, op. cit., p. 329.

⁸⁹⁷ GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., T. I, pp. 43-44.

⁸⁹⁸ GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., T. I, pp. 43-44.

⁸⁹⁹ Gimbernat sostiene que a diferencia cualitativa se produce en el momento en que la criatura, en cuanto posible víctima “se halla en su totalidad en el mundo exterior y así es percibida por el autor”, pues

avanzada que ésta se encuentre, todavía faltará a la criatura dar algún paso intermedio para poder alcanzar su autonomía vital y la acción asistencial que los terceros podrían realizar en esa circunstancia aún debería ser calificada como acción de favorecimiento de la expulsión como *paso intermedio* para realizar la acción de provocar la autonomía vital de la criatura en el caso de que no la alcanzara por sí misma⁹⁰⁰. Con posterioridad a la total expulsión, por el contrario, todas las acciones positivas que puedan realizarse para la vida de la criatura serían acciones directas e inmediatas, es decir: sin pasos intermedios, de provocación de la autonomía vital⁹⁰¹. Por ello, rechaza los criterios del corte del cordón umbilical y el de la respiración pulmonar autónoma⁹⁰².

Si bien esta teoría tiene como ventaja una mayor seguridad jurídica en cuanto se refiere a un momento fácilmente identificable, puede criticarse el hecho de que al establecer el momento de cisura en un estado tan avanzado, retrasa en exceso la mayor protección que suponen los delitos en contra de la vida y de la salud independiente, sobre todo en lo que a las conductas imprudentes realizadas durante el parto se refiere, las cuales son, lamentablemente, de común ocurrencia. Al respecto, hay que agregar la consideración de que en Chile, no se encuentra tipificado el delito de lesiones al feto, por lo que la adopción de este criterio, dejaría en situación de impunidad las lesiones imprudentes que se producen durante el parto.

4.2.1.6. Teoría de la viabilidad

Parte de la doctrina sustenta la teoría de la viabilidad, la cual desde un prisma *normativo*, sostiene que la vida humana independiente consiste en la *posibilidad* lógica de que el feto pueda *sobrevivir* con los cuidados que sean del caso sin *ulterior* dependencia fisiológica de la madre y, por lo tanto, poco importa que tal posibilidad se realice o no en la realidad⁹⁰³. Trata de calibrar el grado de madurez del feto que le permita dejar de serlo, lo que ocurrirá normalmente con la separación de la madre y del feto y no con la mera comprobación de constantes vitales⁹⁰⁴. Dado que el parto consiste en un conjunto de actuaciones concatenadas entre sí, lo decisivo sería la viabilidad del feto, que pasaría a gozar de vida humana independiente⁹⁰⁵. También en los casos en que el nacimiento se produzca sin parto, como sucede en los supuestos en que se practica la *cesárea*, debería regir, para esta postura, el criterio de la total expulsión⁹⁰⁶.

A mi juicio esta teoría debe ser rechazada toda vez que la ley al utilizar la expresión “otro” se está refiriendo a un sujeto con vida humana independiente, pudiendo ser lesionada tanto una persona sana como una persona enferma o, incluso un condenado a muerte, ya que en virtud del principio de la dignidad humana, todas las vidas tienen el mismo valor y, en tal sentido, deben ser protegidas de la misma manera, de modo que la mayor o menor viabilidad del *nasciturus*, además de constituir un

el homicidio, a diferencia del aborto, consiste, precisamente, en la muerte de un sujeto “que se halla en el mundo exterior” y agrega que “las situaciones que se producen después de ese momento de salida total del claustro materno no fundamentan materialmente una mayor reprochabilidad”, por cuanto que no suponen “una decisiva diferencia material” con respecto a ese momento de la salida total (GIMBERNAT, citado en GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., T. I, pp. 43-44).

⁹⁰⁰ GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., T. I, p. 44.

⁹⁰¹ GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., T. I, p. 44.

⁹⁰² GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., T. I, p. 44.

⁹⁰³ QUERALT JIMÉNEZ, *DP español, PE*, op. cit., p. 36.

⁹⁰⁴ QUERALT JIMÉNEZ, *DP español, PE*, op. cit., p. 36.

⁹⁰⁵ QUERALT JIMÉNEZ, *DP español, PE*, op. cit., p. 36.

⁹⁰⁶ QUERALT JIMÉNEZ, *DP español, PE*, op. cit., p. 36.

requisito adicional no señalado en la ley, no se adecua a los principios que rigen el sistema.

4.2.1.7. Teoría del corte del cordón umbilical

Se suele citar como un criterio descartado a estas alturas, el del corte del cordón umbilical, como momento a partir del cual existiría vida humana independiente. Sin embargo, dicho criterio habría sido seguido por alguna jurisprudencia de antigua data⁹⁰⁷. Además de varios de los problemas con los cuales carga el resto de las teorías hasta aquí estudiadas, la teoría del corte del cordón umbilical presenta el problema de tener que considerar como aborto, y no como homicidio, los frecuentes casos de abandonos de recién nacidos con resultado de muerte cuando aún tienen el cordón sin cortar⁹⁰⁸, a pesar de que la criatura ya abandonó el claustro materno, interpretación que se encuentra bastante reñida con el principio de legalidad.

4.2.1.8. Teoría del comienzo del parto

Parte de la doctrina y la jurisprudencia actual del TS español, sostiene que la vida humana independiente se inicia ya en el *momento del comienzo del parto*, el cual no es un acto puntual y breve sino un proceso que a veces dura horas e incluso días, sin embargo, el comienzo del parto tiene lugar en el periodo de *dilatación*, el cual a su vez comienza con las contracciones preparto, las contracciones de parto y las de expulsión (también denominadas contracciones pasivas o de latencia y contracciones activas), pero son las contracciones uterinas o de dilatación las que marcan la cesura a partir de la cual surge, según esta teoría, la vida humana independiente⁹⁰⁹. Dichas contracciones se producen cada veinte o treinta minutos y con una duración de quince a veinte segundos, proceso que se demora entre seis y ocho horas y que aumenta en intensidad y duración hasta conseguir el suficiente ensanchamiento del cuello uterino para conseguir que el bebé pueda salir por el canal de parto, momento en que se inicia el periodo de expulsión⁹¹⁰.

El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación⁹¹¹. Esta tesis encuentra apoyo en la jurisprudencia actual del TS español, la cual reconoce que existe vida humana independiente, desde el comienzo del parto cuando se trate de un proceso de gestación terminado⁹¹².

El TS parte por descartar la teoría que marca la cesura entre la vida humana dependiente y la vida humana independiente en la separación completa del cuerpo de la

⁹⁰⁷ CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., p. 38.

⁹⁰⁸ REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 18.

⁹⁰⁹ En tal sentido se pronuncia STAMPA BRAUN, “El objeto material de los delitos contra la vida”, op. cit., pp. 523 y ss.

⁹¹⁰ Luego en el *periodo de expulsión* la dilatación es total, el feto completa el descenso, rotación y amoldamiento de la cabeza al canal del parto. Por último, deviene el *periodo de alumbramiento* o expulsión de la placenta y de los anexos ovulares (REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., pp. 20-21).

⁹¹¹ RODRÍGUEZ RAMOS (Coord.), *CP concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, Madrid, 2005, p. 303.

⁹¹² Hacen referencia a la sentencia del TS, de 22 de enero de 1999, respecto del delito de homicidio, CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP Comentado*, op. cit., p. 246.

madre mediante el corte del cordón umbilical⁹¹³, al sostener que: “este punto de vista es producto de la noción de la vida del siglo XIX. De acuerdo con ella el nasciturus sólo tenía una esperanza de vida, pues ésta era caracterizada por la respiración autónoma del recién nacido. Es sumamente discutible que este punto de vista se corresponda con los conceptos biológicos o con los jurídicos actuales, pues biológicamente es claro en la actualidad que la vida existe desde el momento de la concepción y jurídicamente es protegida hasta el comienzo del nacimiento como vida humana en germen”^{914/915}.

En otras sentencias el TS, adoptando el concepto de vida que proporcionó la sentencia del TC N° 53/1985, sostuvo que: “la vida es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta” y afirmó que el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, de tal manera que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto y agrega que el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. Se añade que no existe en DP un precepto que señale, como sucede en el CC, la delimitación a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona, pero no cabe duda que la conceptualización de persona, a partir del momento en que se inicia el nacimiento, se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los arts. 15 y 43 de la Constitución. Además sostiene que el ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el CP. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. Termina señalando que no es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una “persona”, el otro, al que se refieren el art. 420 del CP derogado y el art. 147 del vigente CP^{916/917}.

⁹¹³ Sostenida en SAP de Cádiz de 31 de mayo de 1995.

⁹¹⁴ STS, N° 747/1996, de 23 de octubre.

⁹¹⁵ Al respecto ver JAEN VALLEJOS, *DP aplicado*, Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 172.

⁹¹⁶ En sentencia de 29 de noviembre de 2001, los hechos eran los siguientes: “*el acusado, médico-ginecológico encargado de la asistencia al embarazo y parto de la madre, pese a que el embarazo llevaba aproximadamente 38 semanas de gestación, ante los fuertes dolores abdominales que padecía la embarazada diagnóstica, sin consultar con ningún urólogo u otro facultativo, que esos dolores son consecuentes a un cólico nefrítico, por lo que indica su ingreso en una clínica, donde queda internada como una enferma más, y no obstante evidenciarse, por la analítica (sangre y orina) y ecografía y obra abdominal y de gestación (indicativa de “trabajo de parto”), insiste en su inicial diagnóstico y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno; una hora después sí lo hizo una matrona de la clínica, a instancia de la propia embarazada, comprobando que ésta se hallaba con una avanzada dilatación, por lo que la envió, enseguida, al paritorio, donde se produjo el parto, ya con asistencia del acusado; el niño nació padeciendo una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz secundaria a factores de hipoxia-isquémica cerebral*”. El Tribunal de instancia absolvió al acusado del delito de imprudencia por el que venía acusado -no estando aún vigentes los tipos penales de lesiones al feto de los actuales arts. 157 y 158 del CP-, recurriendo en casación el Ministerio Fiscal y la acusación particular. El TS casa la Sentencia y dicta una segunda Sentencia en la que condena al acusado, como autor de un delito de lesiones por imprudencia grave, cometido por imprudencia profesional, a las penas de un año de prisión e inhabilitación especial durante el mismo tiempo, así como a una indemnización a los padres en treinta millones de pesetas por las secuelas padecidas por su hijo. En este caso, el STS

Esta postura critica la opinión dominante que marca la cisura en la separación completa del vientre materno, no sólo por sus resultados prácticos, sino también, por sus fundamentos metodológicos, ya que la fórmula convierte en decisivo para la solución de un problema jurídico a un criterio puramente biológico, cuando lo que en realidad importa es su *significación social* y socialmente, la vida posterior al nacimiento no puede considerarse en absoluto como independiente, toda vez que la subsistencia de un recién nacido depende totalmente de la asistencia que se le brinde y, en consecuencia, la independencia puramente biológica no señala un punto significativo para la valoración jurídica y, por lo tanto, el límite mínimo de protección de la vida humana independiente debe trazarse en el *comienzo del nacimiento o parto hasta la muerte*; así la protección penal de la vida humana presenta, entonces, dos fases diversas según tenga lugar antes del nacimiento (aborto o lesiones al feto) o durante o después del mismo (homicidio o lesiones)^{918/919/920}.

entiende que no está en juego una vida humana en formación, “muy al contrario, las graves lesiones que se exteriorizaron cuando concluyó el parto se causaron al demorarse un nacimiento ya iniciado, en una gestación culminada, impidiéndose que la criatura saliera cuando debía del seno materno” (JEAN VALLEJO, *DP aplicado*, op. cit., pp. 172-173).

⁹¹⁷ El mismo criterio mantuvo el TS en sentencia de 22 de enero de 1999.

⁹¹⁸ BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., pp. 17-18.

⁹¹⁹ Bacigalupo defendía esta posición incluso antes de la entrada en vigencia del CPes de 1995 y pese a la referencia que hacia el art. 410 del antiguo CP es a la frase “recién nacido”. En efecto, Bacigalupo criticando la tesis mayoritaria sostenía que la consecuencia práctica de este punto de vista es clara: el homicidio requiere que el recién nacido haya sido separado ya del claustro materno entendiéndose que ello ocurre cuando haya comenzado la respiración pulmonar o cualquier otra manifestación de vida. Luego las lesiones o inclusive la muerte producida por imprudencia *durante el nacimiento* no son punibles, ya que tales hechos sólo podrían ser sancionados como aborto y éste no alcanzaría a las acciones culposas. Además, rechaza las críticas que se planteaban a la tesis del comienzo del nacimiento, las cuales se referían a los siguientes puntos: a) la cuestión de la protección de la vida, una vez comenzado el nacimiento, contra acciones culposas no constituiría problema político-criminal en el CPes; b) esta solución chocaría con el texto del art. 410 CP. Ambas críticas, señala Bacigalupo, no resultan convincentes: a) La cuestión de la protección de la vida durante el nacimiento frente a acciones imprudentes es también problemática en el DP español. Los defensores del punto de vista mayoritario piensan que el art. 565 CP no permite la sanción de las acciones culposas en relación al art. 411, pero sí con referencia al 412, 413 e inclusive al primer párrafo del art. 415 CP. Sin embargo, el único caso que interesa en este contexto es el del art. 411. El problema no se plantea con respecto al aborto preterintencional (art. 412) ni con relación al autoaborto (art. 413), sino respecto del aborto sin consentimiento de la mujer, que se legisla en el art. 411 CP. Respecto del art. 415 CP (aborto causado por un médico) cabe señalar también que el problema no sólo se presenta respecto de las negligencias médicas, sino también respecto de quienes lo sean. Por otra parte, una solución como la ofrecida por la teoría mayoritaria basada principalmente en las posibilidades que ofrece el sistema del *numerus apertus* del delito culposo— ya no tendría ninguna perspectiva en el DP futuro. b) La segunda crítica, como se dijo, se funda en que el art. 410 CP (infanticidio) “se refiere exclusivamente al *recién nacido*, pero silencio, en cambio, el supuesto de muerte del feto durante el parto, con lo que priva al intérprete de un expreso apoyo legal para estimar que la condición de hombre se adquiere con el inicio de la separación del seno materno”. El error de este punto de vista consiste en asignar a la atenuación del parricidio contenida en el art. 410 CP carácter decisivo en la definición del límite entre el homicidio y el aborto. Por el contrario, el art. 410 sólo define *los límites de la atenuación* “honoris causa” del parricidio frente al aborto “honoris causa” (art. 414 del antiguo CPes), pero no tiene los alcances generales que se le asignan por la teoría mayoritaria, pues la expresión “recién nacido” requiere una definición que aclare qué significa “nacimiento”. De esta manera, en todos los casos, la muerte de la criatura a partir del comienzo del nacimiento realizará el tipo objetivo del homicidio (para quienes mantienen la posición dominante, del parricidio). El art. 410 CP será de aplicación si la muerte ha sido ejecutada por la madre o los abuelos maternos “honoris causa” *hasta un límite temporal* que coincide con los momentos inmediatamente posteriores a la separación del niño del claustro materno. Por lo tanto, cuando se afirma que el art. 410 CP sólo define los límites de la atenuación, quiere decirse que marca simplemente el momento máximo hasta el que tiene relevancia la causa de honor para determinar una reducción de la culpabilidad

La jurisprudencia alemana coincide con este criterio y lo enlaza con las contracciones uterinas y distingue tres estadios: “Las contracciones uterinas previas al parto se ubican en las últimas semanas y días del embarazo y llegan hasta poco antes del nacimiento; las contracciones del parto se subdividen en contracciones dilatantes (contracciones durante el período de dilatación) y contracciones del parto (contracciones durante el período de expulsión)”⁹²¹. El TS alemán establece el inicio del nacimiento en las contracciones dilatantes, las cuales abren el canal del parto hasta alcanzar plenamente la posibilidad de atravesar dicho conducto. No es necesario que las contracciones del parto, que expulsan al niño del vientre materno, hayan empezado. En consecuencia, y conforme a la Jurisprudencia alemana, a partir de las contracciones dilatantes existe un ser humano aun y cuando éste se encuentre todavía en el ámbito del vientre materno. Esto es de gran importancia para la protección penal de la vida y de la salud individual, porque la duración del período de contracciones dilatantes cubre, con mucho, un período más amplio de tiempo que el período de expulsión. Roxin considera correcta esta Jurisprudencia, toda vez que es necesario otorgar al ser humano, también desde el momento preciso del nacimiento que a menudo conlleva riesgo, la mayor protección del DP⁹²².

En caso de que el nacimiento se produzca mediante cesárea, la cisura se sitúa en el momento de la apertura del útero, toda vez que es en ese instante cuando el hijo entra en el mundo, estando a partir de ese momento, expuesto a todos los peligros que ello conlleva^{923/924}. Sin embargo, este criterio impediría castigar por homicidio al anestesista

que fundamente la atenuación. En resumen: “recién nacido” indica *hasta cuándo* tiene relevancia la atenuante de honor, no *desde cuándo* (BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., pp. 16-17).

⁹²⁰ Por su parte, Romeo Casabona sostenía que en el antiguo CPes, la fijación del momento constitutivo de la vida independiente en un momento anterior al de la conclusión del proceso del nacimiento: por ejemplo al inicio o durante las labores del parto, hubiera llevado a la consecuencia de que la muerte del niño, producida por la madre o por los abuelos maternos en el momento del inicio o durante el parto sin el móvil de ocultar la deshonra de la madre, hubiera tenido que ser calificada como homicidio del art. 407, mientras que la misma muerte realizada en ese momento con aquél móvil hubiera podido ser calificada únicamente de aborto *honoris causa* del art. 414, dado que en dicho momento no existe ningún *recién nacido* y, por ello mismo, no podría entrar en aplicación el tipo del infanticidio. De acuerdo con lo anterior y de *lege lata*, carecía de base la tesis defendida por un minoritario sector de la doctrina, conforme a la que el objeto material del homicidio se constituía con el comienzo del nacimiento en el momento en que se iniciaba la expulsión motivada por el parto (Gracia Martín, concordando con la opinión de Romeo Casabona, en GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., T. I, p. 38). Sin embargo, en el nuevo CP se ha suprimido el tipo del infanticidio y, con ello, ha desaparecido la referencia de Derecho positivo desde la que era obligado fijar la delimitación entre vida dependiente e independiente en el momento de la conclusión del nacimiento. Si se tiene en cuenta que el nacimiento no es biológicamente ningún hecho instantáneo, sino más bien un proceso, que se inicia con los dolores del parto y culmina con la total expulsión del feto, habrá que admitir entonces que *biológicamente* cabría fijar el momento constitutivo de la vida independiente en cualquiera de los estadios de dicho proceso y que en el nuevo CP, desaparecido el obstáculo que representaba en el anterior la exigencia de la característica de recién nacido en el objeto material de uno de los tipos delictivos contra la vida humana independiente, no cabrá oponer reparo *legal* alguno a las tesis que quieran fijar como límite mínimo del homicidio —y, correlativamente, máximo del aborto— el inicio de los dolores del parto o cualquier otro momento del proceso anterior al de la completa expulsión (GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., T. I, p. 38).

⁹²¹ STS Federal en materia penal, 32/195.

⁹²² Roxin, “La protección de la vida humana mediante el DP”, op. cit., pp. 1197-1198.

⁹²³ Roxin, “La protección de la vida humana mediante el DP”, op. cit., p. 1198.

⁹²⁴ Respecto del problema político-criminal consistente en si el ser humano también debiera o no ser protegido contra un homicidio o lesiones imprudentes antes de su nacimiento, es decir, en estadio embrional, Roxin señala que el DP alemán no lo hace hasta ahora y él tampoco recomendaría una amenaza de pena contra la embarazada, pues seguramente es desconsolador causar por descuido un aborto o producir lesiones graves al niño que se encuentra en el vientre materno y una amenaza penal provocaría

que al adormecer a la madre cometiera una imprudencia provocando la muerte del niño y de ahí que se proponga como criterio alternativo para esta clase de situaciones, la intervención médica consistente en anestesiarse a la madre⁹²⁵.

Como se aprecia este criterio tiene la ventaja de otorgar mayor protección penal a la vida y a la salud individual del niño considerándolo como un ser humano con vida independiente desde el comienzo del parto, debiendo en consecuencia sancionarse las conductas dolosas e imprudentes que afecten estos bienes jurídicos y que se lleven a cabo durante el parto, como homicidio o lesiones. Ello es de suma importancia tratándose de puestas en peligro imprudentes, cometidas en el ejercicio de la profesión médica, toda vez que es precisamente durante el parto cuando la criatura está más sobreexpuesta a la intervención de terceros, lo que justifica una mayor protección penal del ser cuyo periodo de maduración.

No se trata de interpretar la norma en perjuicio del reo, sino de interpretar la expresión “otro”, de una manera coherente con el conjunto normativo que protege la vida y la salud humana, con lo cual si bien puede sostenerse que la interpretación es extensiva, ello no vulnera lo dispuesto en el art. 4.1 del CPes, en consideración al cual “las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los contemplados expresamente en ellas”. Es preciso aclarar desde ya, que la interpretación que proponemos, está muy lejos de considerar persona al feto, como lo hizo la sentencia del TS español de fecha 5 de abril de 1999, al interpretar en contra del reo la expresión “otro” para cubrir el vacío legal de las lesiones provocadas al feto, según tendremos ocasión de comentar más adelante.

No es óbice para sostener la teoría de comienzo del nacimiento el hecho de que la conducta se lleve a cabo directamente sobre el cuerpo de la madre y no sobre la criatura, toda vez que a partir de la reforma de los delitos de lesiones operada por la LO 8/83 se imprimió en España un cambio trascendental en la estructuración de los tipos penales que protegen la salud individual, pasándose de un sistema caracterizado primordialmente por describir determinadas formas de acción, que implicaban explícitamente una actuación sobre el cuerpo de la víctima (herir, golpear, maltratar de obra), a otro sistema en el que la forma de la acción carece de una caracterización especial. De esta manera lo decisivo ya no es la forma de la acción, sino su causalidad respecto del resultado de menoscabo de la salud física o mental. En efecto, la redacción del art. 147 del CPes, tiene una notoria amplitud desde el punto de vista literal pues se refiere simplemente a causar una lesión por cualquier medio o procedimiento, siendo por lo tanto, indiferente el hecho de que la conducta lesiva se lleve a cabo dolosa o imprudentemente sobre el cuerpo de la madre pero lesionando con ello a ser humano que está naciendo⁹²⁶.

más daño que beneficio a la madre embarazada porque reduciría su deseo de dar a luz y además la colocaría en un estado de estrés psíquico que tanto para ella como para el niño sería contraproducente. Frente a ello, Roxin sostiene que le parece absolutamente oportuno proteger al embrión durante el embarazo en contra de lesiones (es decir, contra un homicidio y contra lesiones causadas durante el embarazo y que continúen sus efectos con posterioridad al nacimiento) mediante una amenaza de pena a terceras personas que se las causaran (por ejemplo, mediante un tratamiento médico incorrecto o por la utilización de medicamentos que se encuentren en el mercado y que sean perjudiciales para la salud (Roxin, “La protección de la vida humana mediante el DP”, op. cit., p. 1198).

⁹²⁵ REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 22.

⁹²⁶ Al respecto ver STS N° 785/1998, de 9 de junio de 1998.

4.2.2. Límite mínimo de protección de la vida humana independiente en Chile

4.2.2.1. Límites derivados del delito de infanticidio

En Chile el tema ha sido también arduamente discutido, toda vez que la resolución de este problema se encuentra íntimamente vinculada a la interpretación que se haga del delito de infanticidio contemplado en el art. 394 del CPCh y ello se produce no solo porque el infanticidio no es más que un tipo atenuado de parricidio y, por lo tanto, una figura derivada del tipo base de homicidio, con características especiales, por cierto, referidas al vínculo de parentesco y a la edad de la víctima, sino también porque el instante en el cual se establezca la cisura entre la protección de la vida humana dependiente y la vida humana independiente, no puede dar lugar ni a situaciones de solución de continuidad ni mucho menos a consecuencias absurdas o contradictorias.

El infanticidio sanciona a aquellas personas ligadas por cierto tipo de relaciones filiales que *dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto*, maten al hijo o descendiente.

Luego, para la legislación chilena existe vida humana independiente y por tanto, sujeto pasivo de los delitos de homicidio y de lesiones a partir de un momento expresamente señalado en la ley, consistente en un instante posterior al proceso fisiológico de expulsión de la criatura, es decir, al parto. Por lo tanto, la conducta llevada a cabo por el sujeto activo antes o durante el parto puede ser únicamente constitutiva del delito de aborto, toda vez que en Chile no se encuentra tipificada, como sí ocurre en España, la figura penal de lesiones al feto. Sin embargo, dicha conducta no tiene ninguna relevancia penal respecto de los delitos de homicidio o de lesiones.

Si bien lo anterior pareciera ser de una claridad meridiana, no sucede lo mismo al momento de determinar qué debe entenderse en concreto por la expresión “*dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto*”.

La solución no parece ser la de diferenciar entre los conceptos de parto y nacimiento, toda vez que el legislador pareciera haber usado ambos términos de manera análoga, de modo que ambos instantes se refieren al mismo hecho considerado desde perspectivas diversas: para la criatura es nacimiento, para la madre es parto⁹²⁷. Aun cuando el DP tiene independencia para elaborar sus propios conceptos y categorías, hay que señalar que según el art. 74 del CC, el nacimiento se produce con la *separación completa de la criatura del vientre materno*^{928/929}. A partir de las normas antes

⁹²⁷ GARRIDO MONTT, DP, PE, op. cit., T. III, p. 25 y POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno*, PE, op. cit., p. 26.

⁹²⁸ Al respecto la CPR de Chile establece en su art. 1 que: “los hombres *nacen* libres e iguales en dignidad y derechos”, de modo que la personalidad se adquiere con el nacimiento y por esa sola circunstancia se es libre e igual a los demás seres humanos; además, el art. 19 N° 1 en su inciso 2° declara que la “ley protege la vida del que está por *nacer*”, en consecuencia, al vincular este precepto con el inciso primero se colige que se es persona desde que se nace (GARRIDO MONTT, DP, PE, op. cit., T. III, p. 24).

⁹²⁹ Evidentemente no tiene aplicación alguna en materia penal el inciso 2° del art. 74 del CC chileno, el cual establece que la criatura que muere en el vientre materno, que perece antes de estar completamente separada del cuerpo de la madre o que no sobrevive un momento siquiera a tal separación se reputa no haber existido jamás. Por ende, una aplicación estricta de esta norma en el ámbito penal obligaría a reconocer al aborto como un delito imposible. Hay que entender que dicha norma se encuentra destinada a regular efectos civiles y no penales. De otro lado, no parece ser una conclusión necesaria sostener que la separación completa del vientre materno se produzca con el corte del cordón umbilical, como pretenden Bullemore y Mackinnon, toda vez que expulsada la criatura del vientre materno la unión del cordón es a

referidas la doctrina chilena discute sobre la base de las teorías que a continuación se desarrollarán, a fin de establecer el inicio de la vida humana independiente.

4.2.2.2. Teoría del corte del cordón umbilical

Parte de la doctrina chilena sostenía que la separación completa del vientre materno se producía con el *corte del cordón umbilical*, de manera que si la criatura había sido expulsada del vientre materno pero permanecía unida por el cordón umbilical, no podía ser sujeto pasivo de aborto, toda vez que ya había sido expelida del vientre materno y según esta postura el aborto está ligado al de expulsión prematura del producto de la concepción y en éste caso la expulsión del feto está completa, pero tampoco podía serlo de los delitos de homicidio o de lesiones, toda vez que aun no podía afirmarse que hubiera nacido, ya que aún permanecía unida a su madre por el cordón umbilical⁹³⁰.

Ahora bien, el problema no se produciría, para esta teoría, en el caso del delito de infanticidio, toda vez que en esta situación, el plazo de cuarenta y ocho horas empezaría a contarse después del parto, momento que tendría lugar con la simple expulsión de la criatura del claustro materno, aun cuando permanezca unida a la madre por el cordón umbilical, sin embargo, dicha figura corresponde a lo que en doctrina ha venido en llamarse *delito especial*, es decir, de aquellos que sólo pueden ser cometidos por ciertos sujetos que posean determinadas condiciones especiales requeridas por la ley⁹³¹, en este caso, referidas al especial vínculo de parentesco entre la víctima y su agresor y, por lo tanto, si la conducta es llevada a cabo por un sujeto que no es ascendiente de la criatura parida pero no nacida, según esta teoría no cometería delito alguno.

Como puede apreciarse, el problema de esta postura dogmática es que cae en el defecto que anunciáramos más arriba, es decir, su adhesión trae como consecuencia la producción de una solución de continuidad en la protección de la vida humana, porque conduce a la producción de un período en el cual la criatura viva carece de protección penal y, por lo tanto, se le podría dar muerte impunemente, solución inaceptable si se tiene en consideración que la criatura que ha sido expelida del vientre materno, pero cuyo cordón umbilical no ha sido cortado, carecería de protección penal, aun cuando es evidente que se encuentra en un nivel de desarrollo más avanzado que el del feto que se encuentra en el vientre materno y que si es protegido penalmente por el delito de aborto. Dicha conclusión no se condice con el hecho de que desde un punto de vista penológico el legislador le otorga mayor protección penal a la vida humana independiente en comparación a la tutela de la vida en gestación y es por ello que el delito de homicidio tiene mayor pena que el delito de aborto.

De otro lado, ahora desde un punto de vista médico-legal, hay que considerar que la “separación completa” se produce con la completa expulsión de la criatura del interior del vientre materno, ya que con posterioridad a ese momento la criatura no está unida verdaderamente a su madre, sino al cordón y la placenta, que no son parte integrante del organismo de la madre, sino formaciones accidentales, enteramente

la placenta, la cual luego del parto es tejido muerto y, por lo tanto, no presenta ninguna utilidad fisiológica (al respecto ver BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 15-16).

⁹³⁰ Así, por ejemplo, RAIMUNDO DE RIO, *DP*, Editorial nacimiento, Santiago, 1935, T. III, pp. 369 y ss.

⁹³¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 227-228.

subordinadas al proceso fisiológico del embarazo, de tal modo que al terminar éste naturalmente por el parto, también son expulsadas de un modo natural, poco después que la criatura como tejido muerto, el cual no presta, por lo tanto, a esas alturas, ninguna función fisiológica a la criatura, lo cual demostraría que dentro del mecanismo de la naturaleza, el cordón y la placenta no son parte de la madre una vez que la criatura ha sido expulsada, y que en consecuencia sólo la expulsión debe tomarse en cuenta para determinar si hay o no separación total y, por ello, no parece razonable otorgarle ningún efecto penal al instante constituido por el corte del cordón umbilical⁹³².

4.2.2.3. Teoría de la autonomía de vida

La doctrina chilena mayoritaria⁹³³ sostiene la tesis de la *autonomía de vida*⁹³⁴. Así por ejemplo, Etcheberry sostiene que pese a que del art. 394 del CPch podría desprenderse que la vida humana independiente principiaría después del parto, entendido como el proceso por el cual la criatura producto de la concepción es expulsada del vientre materno, y médicamente como un fenómeno complejo, de duración variable, más o menos prolongado, la determinación jurídica del comienzo de la calidad de persona no puede dejarse librada a conceptos médicamente variables y propone recurrir a la *definición de persona*, contenida en el art. 55 del CC chileno, para determinar el momento en que comienza la existencia como tal para los efectos penales⁹³⁵. De acuerdo con dicho concepto legal, la calidad de persona aparece conferida por la reunión de dos requisitos: la pertenencia a la especie humana, y el tener la calidad de individuo⁹³⁶. La condición de individuo se adquiere por la *autonomía de vida*, y ésta, a su vez, por la existencia de las funciones vitales con independencia de la madre y, por lo tanto, en ausencia de una definición legal explícita de lo que se debe entender por *separación completa de la madre*, el art. 74 del CC chileno, debería interpretarse a la luz de la definición de persona, contenida en el art. 55 del mismo cuerpo legal, en el sentido de que la *completa separación* no guardaría relación con un concepto material de distancia espacial entre los cuerpos de la madre y de su hijo, sino con el concepto fisiológico de vidas separadas o de independencia biológica de ambos, esencialmente referida a las *funciones respiratoria*⁹³⁷ y *circulatoria*⁹³⁸. Del mismo modo, dice Etcheberry, que no existiendo en materia penal una definición expresa de lo que debe entenderse por *parto*, el art. 394 del CPch, debe interpretarse, conforme al

⁹³² ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 35-36.

⁹³³ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 33-39, GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 24 y ss.; POLITOFF, BUSTOS Y GRISOLÍA, *DP chileno, PE*, op. cit., pp. 48-49; BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, p. 16 y POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., 26.

⁹³⁴ En Polonia la jurisprudencia y la doctrina, sin ser unánimes, suelen considerar que la vida humana independiente comienza cuando el niño está separado de la madre y se comprueba su primera respiración. El art. 149 del CP de Polonia, requiere que se mate al niño durante el alumbramiento, siendo éste ampliado por la doctrina desde algunas horas, hasta incluso días después del nacimiento (REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., pp. 40-41).

⁹³⁵ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 33-39.

⁹³⁶ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 33-39.

⁹³⁷ Garrido Montt, afirma que la separación completa es un concepto civil normativo que debe entenderse en el sentido jurídico, o sea, que la criatura haya adquirido la calidad de individuo, que materialmente tenga existencia física independiente de la de su madre, que esté separado espacialmente de ella y, al mismo tiempo, que viva por sí mismo: tenga circulación sanguínea propia y respire por sus pulmones (GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, op. cit., p. 26).

⁹³⁸ BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, p. 16.

sentido natural y obvio del término, es decir, conciliando dicho concepto con el término *persona* descrito en el ya mencionado art. 55 del CC chileno⁹³⁹. Así, para esta postura, el *parto* es, para los efectos jurídico-penales, una expresión indicativa del comienzo de la vida autónoma de la criatura que puede variar en el tiempo de acuerdo con las particulares de cada proceso individual de expulsión de la criatura, pero que en todo caso, cualquiera que sea el criterio médico-legal en materia de parto, se trataría de un instante perfectamente determinable, de acuerdo con la técnica de las docimasias pulmonares, desarrollada para precisar la existencia de una vida autónoma en el producto del parto⁹⁴⁰.

Otros autores que adhieren a esta postura afirman que la expresión *después del parto*, utilizada en el delito de infanticidio, exige que el proceso del parto se halle completado por entero y, en razón de aquello sostienen que la fórmula de la *autonomía de vida* aparece como la más coherente⁹⁴¹. De acuerdo con lo anterior, la muerte de la criatura que aún no ha logrado *autonomía de vida*, es decir mientras se encuentra en el vientre materno o durante el parto, constituye aborto⁹⁴².

Otra opinión que defiende esta teoría, afirma que en virtud de la autonomía de vida, para que exista vida humana independiente, es necesario que después del parto la criatura sobreviva, o sea, debe haber respirado y tener circulación sanguínea propia siquiera un instante⁹⁴³.

En resumen, se sostiene que el instante de tránsito entre aborto y homicidio o lesiones habría que referirlo a la idea de autonomía de vida, en su alcance fisiológico esencialmente referida a las *funciones respiratoria y circulatoria*. La autonomía fisiológica implicaría la necesidad de que el feto expulsado respire pulmonarmente, y de ese modo se nutra con independencia del sistema cardiorespiratorio del organismo materno. La muerte de la criatura humana dependiente es siempre aborto y en el sentido del sistema penal vigente el parto termina cuando hay vida humana independiente. A partir de dicho momento el sujeto pasivo lo será de homicidio⁹⁴⁴.

Esta teoría presenta entre sus ventajas la coherencia conceptual con la distinción a nivel del bien jurídico entre vida humana dependiente y vida humana independiente, y fácil aplicación práctica, toda vez que desde un punto de vista probatorio, resulta sencillo probar si existió o no respiración pulmonar, con las técnicas actuales. Sin embargo, incurre en los problemas referidos al tratar las teorías españolas del inicio de la vida humana independiente, toda vez que podría producir una laguna legal consistente en la muerte violenta producida durante el parto del niño, obstruyéndole por asfixia las vías respiratorias o provocando un ahogamiento en el caso de un nacimiento bajo el agua, casos que encajarían muy difícilmente en el aborto, toda vez que el feto expulsado ya ha dejado de estar anidado y en consecuencia ya no hay embarazo, toda vez que la criatura se encuentra completamente separada del vientre materno cuando se lleva a cabo el comportamiento, pero resulta que tampoco habría homicidio, toda vez que no existe vida humana independiente, porque aun no ha respirado autónomamente,

⁹³⁹ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 33-39.

⁹⁴⁰ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 33-39.

⁹⁴¹ POLITOFF, BUSTOS Y GRISOLÍA, *DP chileno, PE*, op. cit., pp. 48-49.

⁹⁴² POLITOFF, BUSTOS Y GRISOLÍA, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 48.

⁹⁴³ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 25.

⁹⁴⁴ BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, p. 16; POLITOFF, BUSTOS Y GRISOLÍA, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 48 y POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 27.

con lo cual nos encontraríamos ante un absurdo valorativo que conduce a situaciones de atipicidad.

4.2.2.4. Teoría del inicio del nacimiento

Si bien al tratar las teorías que en España intentan establecer el inicio de la vida humana independiente, nos pronunciamos a favor de la teoría del comienzo del parto toda vez que no existía norma alguna que fijara de manera precisa la cisura entre la vida humana dependiente y vida humana independiente, siendo además mayores los beneficios para la protección de la criatura ante conductas dolosas e imprudentes que pudieran ocurrir durante el parto, necesario es concluir que en Chile esta tesis es inviable.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 394 del CP, cometen el delito de *infanticidio* el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que *dentro* de las cuarenta y ocho horas *después* del parto, matan al hijo o descendiente.

La fórmula del CPch establece una demarcación precisa para la cuestión del “hasta cuándo” existe delito de infanticidio, toda vez que la expresión “*dentro de*” es equivalente al sentido de la expresión “hasta”.

Sin embargo, la expresión “dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto” también marca el inicio cronológico del ámbito típico⁹⁴⁵, toda vez que la expresión “después del parto” es del todo clara en cuanto a establecer que existe sujeto pasivo de infanticidio “*desde* el término del parto *hasta* las cuarenta y ocho horas posteriores a ese momento”.

Si bien podría argumentarse como se hizo en España a propósito del delito de infanticidio con la expresión “recién nacido” contenida en el antiguo CPes, que la frase “dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto”, solo se refiere al límite superior del delito de infanticidio, esto es, a la pregunta de “hasta cuándo existe sujeto pasivo de infanticidio”, es evidente que dicha interpretación choca directamente con el principio de legalidad, sobre todo si se tiene en consideración la claridad de la expresión “después del parto”, la cual alude o responde directamente a la pregunta de “desde cuándo existe sujeto pasivo de infanticidio”. Por lo tanto, resulta del todo aconsejable atenerse al principio de legalidad y evitar la analogía en contra del reo, máxime si se considera que de la interpretación jurídica que se haga depende el adelantamiento de todo un sistema de normas punitivas, con consecuencias severamente desfavorables para el destinatario de las mismas.

Por lo tanto, necesario es concluir que en Chile el delito de infanticidio, fija el inicio del sujeto pasivo en un instante claro y determinado consistente en el momento después del parto y su finalización hasta las 48 horas siguientes al mismo.

Además, la teoría del comienzo del parto como instante a partir del cual existe vida humana independiente no se puede acoger en Chile, dada la actual redacción del delito de infanticidio, sin caer en la teoría del absurdo.

Que queremos decir con lo anterior. De seguir la teoría del comienzo del parto en Chile, resulta que si la conducta homicida es llevada a cabo en contra de la criatura,

⁹⁴⁵ LABATUT, *DP, PE*, op. cit. T. II, p. 159-168; Etcheberry, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 36-37, 76-78; POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., pp. 45-48; GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 84-91.

por alguna de las personas señaladas en el art. 394 del CPch, desde el inicio del parto hasta la finalización de éste, cometería el delito de homicidio, por estimarse que existe ya una vida humana independiente tutelada por esta figura penal. Sin embargo, si las mismas personas cometen la misma conducta después del parto hasta las 48 horas siguientes, deberán ser sancionadas como autores de infanticidio, con una menor pena, aun cuando la criatura ya se encuentra completamente separada del vientre materno y, por ende, en un mayor grado de evolución. El absurdo sería mayor si se considera que luego de pasadas las 48 horas siguientes al parto, la conducta homicida llevada a cabo por las personas referidas en el art. 394, volverían a ser autoras del delito de homicidio, sancionado con una pena mayor a la del delito de infanticidio.

Evidentemente no puede haber sido éste el criterio del legislador y de ahí que la doctrina chilena no sostenga esta postura dogmática y que en cambio, la discusión acerca del límite mínimo de protección del delito de homicidio y de lesiones, se plantee entre la teoría de la autonomía de vida y la de la separación completa del vientre materno.

4.2.2.5. Teoría de la separación completa del vientre materno

Por lo tanto, la solución al problema de la determinación del “otro” en el sentido penal pareciera coincidir en Chile con la *completa separación del niño del vientre materno, sin más exigencias*⁹⁴⁶, coincidiendo esta interpretación con la interpretación civil y constitucional de lo que debe entenderse en Chile por la categoría conceptual de “persona”⁹⁴⁷. Por lo tanto, en Chile, el inicio de la vida humana independiente, se encuentra asociado al término del parto, en el sentido del delito de infanticidio, que es el momento de constitución del “otro” y que corresponde al momento de la expulsión del feto a través de las paredes de la vagina o su extracción quirúrgica desde el útero⁹⁴⁸.

No obstante lo anterior, aunque en menor medida que la tesis de la autonomía, la teoría de la completa separación del niño del vientre materno, no está exenta de dificultades toda vez que para no incurrir en una solución de continuidad entre el delito de infanticidio y aborto debe interpretar que la expresión “causar aborto” contemplada en los arts. 342 y siguientes del CPch, abarca o comprende también al proceso del parto, concepto que además es abarcado por el proceso del embarazo, cuestión que al menos desde un punto de vista semántico y biológico resulta bastante discutible, pero necesario si no se quiere llegar a sostener que la muerte de la criatura llevada a cabo durante el parto es atípica.

⁹⁴⁶ LABATUT, *DP, PE*, op. cit., T. II, p. 238.

⁹⁴⁷ Constitucionalmente se es persona desde que se nace. Así lo establece la CPR, al prescribir en su art. 1º: “los hombres *nacen* libres e iguales en dignidad y derechos”, de modo que la personalidad se adquiere con el nacimiento y por esa sola circunstancia se es libre e igual a los demás seres humanos; además, el art. 19 Nº 1º en su inciso 2º declara que la “ley protege la vida del que está por *nacer*”, en consecuencia, al vincular este precepto con el inciso primero se colige que se es persona desde que se nace (GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p.24).

⁹⁴⁸ En Italia la doctrina mayoritaria se inclina por la separación del niño del seno materno, o la apertura del útero en los partos por cesárea, para trazar la diferencia entre los delitos de aborto y homicidio. Sin embargo, el art. 578 del CP italiano, pena como tipo especial la muerte del niño durante o tras el parto (REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., p. 40).

4.2.3. Límite mínimo de protección de la vida humana independiente en el APCPCH

No cabe duda que el APCPCH, va a dar lugar a una ardua distinción, toda vez que el texto no entrega de manera expresa solución alguna que permita determinar desde cuándo existe vida humana independiente.

Los delitos que protegen la vida humana independiente, a saber, el homicidio simple y calificado, la inducción y el auxilio al suicidio y los delitos en contra de la salud individual se refieren al sujeto pasivo con la expresión “*otro*” en los arts. 80 a 81.

Del mismo modo, en cuanto a los tipos que protegen la vida humana dependiente, en los delitos de aborto, tampoco mencionan en los arts. 92 a 95, cuál es el objeto material sobre el cual debe recaer la conducta, sino que se limitan a incriminar la conducta con expresiones como “*el que comete un aborto*” o “*la mujer embarazada que comete su aborto o consciente en que otra persona se lo cometa*” o bien “*el facultativo que, abusando de su oficio, cometa un aborto*”.

Pese a que el texto legal incluía el delito de lesiones al feto, el Foro Penal fue de opinión de excluirlo del texto final, razón por la cual, tampoco encontramos aquí alguna norma que contenga algún tipo de referencia al final de la vida humana dependiente y al comienzo de la vida humana independiente.

En todo caso, un aspecto muy importante a considerar es que el APCPCH, elimina, en buena hora, el delito de infanticidio, cuyo fundamento basado en el honor, no tiene cabida en una sociedad moderna con un Estado social y democrático de Derecho.

Así las cosas, podemos concluir que el texto del APCPCH, deja al intérprete un amplio campo para determinar el comienzo de la vida humana independiente y con ello la cisura con los delitos que protegen la vida humana dependiente.

A mi juicio, la postura dogmática que debería prevalecer, debería buscar una solución razonable a un problema jurídico normativo que dice relación con otorgar una adecuada tutela penal a los bienes jurídicos más relevantes de nuestro ordenamiento. Desde este punto de vista y considerando que el texto definitivo del APCPCH, no contempla el delito de lesiones al feto y que es precisamente durante el parto en donde la criatura se encuentra expuesta a la mayor cantidad e intensidad de riesgos, no me cabe duda alguna, que habiendo dejado el legislador un amplio margen de interpretación para determinar el inicio de la vida humana independiente, debería optarse por la tesis del comienzo del nacimiento, es decir, a partir de las contracciones que permiten la dilatación del cuello del útero, toda vez que a esas alturas el proceso de gestación y de maduración ya ha culminado.

La solución propuesta, tiene la ventaja de evitar que las lesiones dolosas o imprudentes, provocadas a la criatura durante el parto, no queden en situación de atipicidad.

En todo caso, lo anterior no quita que de *lege ferenda*, en la discusión parlamentaria, se señalen pautas adecuadas acerca del comienzo de la vida humana independiente y, de paso, se vuelva a la postura original en orden a tipificar las lesiones al feto, determinando de manera adecuada el objeto material correspondiente al feto y lo mismo debería ocurrir respecto del delito de aborto, indicando además desde cuándo existe vida humana dependiente tutelada por el ordenamiento penal. Del mismo modo, dado el avance de la genética y los posibles conflictos que pudieran producirse desde el

punto de vista ético, resulta del todo necesario que en un futuro CPch, se tipifiquen los delitos de manipulación genética, estableciendo de manera clara cuales deben ser los límites en base a los cuales debe operar la investigación científica en este vasto campo⁹⁴⁹.

4.2.4. Límite mínimo de protección de la vida humana independiente en Argentina

En Argentina se dice que la discusión jurídica tiene relación con el acto fisiológico por el cual el feto es expelido del vientre materno y se afirma que el problema consiste en determinar cuándo se considera que una persona ha comenzado a nacer. Sobre este punto la doctrina ha elaborado diversas soluciones.

4.2.4.1. Teoría civilista

Un primer criterio se basa en el CC, y postula que hay persona cuando la criatura esté completamente separada del seno materno⁹⁵⁰. Con lo cual el momento de protección comienza cuando el niño esté completamente separado del seno de la madre⁹⁵¹. Se afirma que nacer es salir del vientre de la madre y, por tanto, el nacimiento queda consumado cuando el concebido haya sido expelido o sacado del vientre de la madre, ya que hasta entonces el concebido tiene su propio torrente sanguíneo pero no oxigena la sangre por sus pulmones ni se nutre por su aparato digestivo, sino que saliendo su sangre por el cordón umbilical, regresa por el mismo lugar luego de haberse oxigenado y nutrido por osmosis a través de la placenta de la madre sin interferir en el torrente sanguíneo de ella⁹⁵².

4.2.4.2. Teoría del comienzo del nacimiento

Un segundo criterio sostenido por Núñez y Soler, refiere en un primer análisis de la cuestión, la necesidad de relacionar el momento del nacimiento con el tipo penal del infanticidio, ya que al ser el infanticidio una forma atenuada del homicidio (art. 81, inc. 2° del CP argentino), se entendía que se estaba en presencia de este delito cuando la madre mataba al hijo *durante el nacimiento*, de lo que se deducía que la propia ley estaba dando el criterio consistente en que, *desde el momento que comenzaba el nacimiento*, también comenzaba a correr la protección al bien jurídico que se encuentra detrás del tipo penal del homicidio⁹⁵³.

Sin embargo, la Ley 24.410 vino a derogar de manera expresa el delito de infanticidio y nada dijo sobre el punto en análisis, con lo cual, se dio paso a abrir la discusión sobre el comienzo de la vida humana independiente, y por ende, de la existencia del sujeto pasivo de los delitos homicidio y sus derivados y respecto del

⁹⁴⁹ En tal sentido, con razón dicen Politoff, Matus y Ramírez que: “Los adelantos en la medicina moderna y en la biotecnología han traído a la discusión pública algunas cuestiones que en el año 1874 eran inimaginables. No sólo nos enfrentamos a las posibilidades de *manipulación genética* y de *lesiones al feto* (culposas, generalmente, como las derivadas del tratamiento de los problemas del embarazo con *thalidomida*, en la década de 1960), que se contemplan hoy en día en la mayor parte de las reformas recientes a los Códigos europeos (POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP, PE*, op. cit., p. 85).

⁹⁵⁰ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 19.

⁹⁵¹ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 19.

⁹⁵² DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 19.

⁹⁵³ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 18.

delito de lesiones⁹⁵⁴. Dicha reforma fue en este punto criticada, ya que, no se previó por parte del legislador, la regulación de esta materia, aun cuando, en base a la norma derogada que trataba el delito de infanticidio, la doctrina y la jurisprudencia habían llegado casi a una solución pacífica sobre este punto⁹⁵⁵.

No obstante lo anterior la doctrina argentina mayoritaria coincide en fijar el inicio de la vida humana independiente, y por tanto, el límite entre el delito de aborto y de homicidio en el *comienzo del nacimiento*.

En todo caso no resulta sencillo determinar cuando comienza el nacimiento, ya que habría que diferenciar las contracciones del parto de las precontracciones, y una vez fijado esto, diferenciar las contracciones de dilatación de las de puje⁹⁵⁶. Una posibilidad es afirmar que desde el punto de vista médico, el proceso de parto normal comienza con las contracciones de dilatación que ponen al feto en una posición de la que luego será expulsado por las contracciones de puje⁹⁵⁷. Las contracciones de dilatación ya pertenecen a los intentos de expulsión del seno materno y, por ende, en ese momento ya podría hablarse de comienzo del parto⁹⁵⁸. Otra posición sostiene que la vida humana se inicia con el comienzo de la expulsión del seno de la madre⁹⁵⁹.

La doctrina hoy en día mayoritaria sostiene que de acuerdo a una interpretación basada en las normas constitucionales y en los pactos sobre derechos humanos, hay que adherir a la posición que afirma que existe vida humana independiente, desde el comienzo de las contracciones y de los dolores, o, cuando faltan esos dolores, con el inicio del procedimiento de provocación artificial de aquél o de extracción quirúrgica del feto, o sea desde el inicio real del proceso activo, con su fase interna que conduce normalmente al nacimiento, lo cual coincide con la noción del parto del niño de acuerdo a la naturaleza, según la cual comienza el nacimiento cuando ha terminado el proceso de desarrollo del feto y empiezan los intentos de expulsión⁹⁶⁰. Por eso, las contracciones de dilatación ya pertenecen a los intentos de expulsión, del vientre materno⁹⁶¹. Este momento, o en el parto complicado (rotura de bolsa), comienzo de la cesárea, marcan el instante en que el feto se vuelve humano, en el sentido del DP⁹⁶².

5. Límite máximo de protección de la vida y la salud individual

5.1. Límite máximo de protección de la vida y la salud individual en España

La tutela de la vida y de la salud individual abarca hasta el momento de su fin, esto es, hasta el momento en que se produce la muerte del ser humano con vida independiente. Sin embargo, desde un punto de vista biológico la muerte es un proceso gradual en el que las distintas funciones vitales se extinguen a distinta velocidad y en parte también pueden ser reanimadas con independencia de las demás⁹⁶³. Para el DP lo

⁹⁵⁴ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 18.

⁹⁵⁵ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 18.

⁹⁵⁶ BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., pp.16-18.

⁹⁵⁷ BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., pp.16-18.

⁹⁵⁸ BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., pp.16-18.

⁹⁵⁹ BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., pp.16-18.

⁹⁶⁰ CREUS, *DP, PE*, op. cit., T. I, pp. 10-11 y DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, pp. 20-21.

⁹⁶¹ CREUS, *DP, PE*, op. cit., T. I, pp. 10-11 y DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, pp. 20-21.

⁹⁶² CREUS, *DP, PE*, op. cit., T. I, pp. 10-11 y DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, pp. 20-21.

⁹⁶³ PEÑARANDA RAMOS, "Homicidio", op. cit., p. 47.

importante es determinar normativamente el momento a partir del cual puede decirse que ya no hay vida humana susceptible de protección jurídica, aunque se mantengan activos determinados procesos biológicos y fisiológicos⁹⁶⁴.

5.1.1. La importancia de establecer el límite máximo de protección de la vida y de la salud individual

El problema es de suma importancia, toda vez que todo intento de matar o lesionar a un individuo que previamente ha fallecido constituirá, a lo sumo, una tentativa inidónea de homicidio o de lesiones, si la hipotética víctima parecía estar todavía con vida^{965/966}. En efecto, recordemos que el delito imposible o tentativa inidónea, es aquel que por inidoneidad del *objeto*, de los *medios* o del *sujeto*, no podía llegar a la consumación del delito efectivamente intentado y cuya punibilidad depende de la perspectiva desde la cual se analice el problema, toda vez que *ex post* la conducta consistente en dispararle a un cadáver no conlleva ninguna clase de riesgo para el bien jurídicamente tutelado, sin embargo, *ex post* cualquier tentativa es inidónea, por cuanto existía algún defecto en la situación de hecho que impedía la consumación del hecho, pero *ex ante*, nadie podría discutir que la conducta consistente en dispararle a un sujeto que se estima vivo pero dormido, cuando en realidad había muerto momentos atrás, es portadora de un considerable *desvalor de acto*, en atención al alto grado de riesgo estadístico inherente a la conducta, sobre todo si fue llevada a cabo con dolo, como lo exige el art. 16 del CPes, y que no se trata de un caso de impunidad por ser una tentativa irreal o supersticiosa⁹⁶⁷. Por lo tanto, Desde un punto de vista objetivo, se debe penar comportamientos que analizados *ex ante*, aparezcan como peligrosos para bienes jurídicos, toda vez que la apariencia de idoneidad implica, la realidad de la *peligrosidad estadística* del hecho y “peligrosidad típica” de la conducta⁹⁶⁸. El término *objetivamente* utilizado en el art. 16 del CPes, implica la necesidad de que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerado, sea racionalmente apto para ocasionar el resultado.

Acertadamente, el TS, en sentencia de fecha 21 de julio de 1999, resolvió que: “El Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito (...). Ello ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales. Sin embargo ha de tomarse en consideración que el art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión “objetivamente” (practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, son

⁹⁶⁴ GONZÁLEZ RUS, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., p.75.

⁹⁶⁵ FELIP I SABORIT, *El homicidio y sus formas* op. cit., p. 30 y PEÑARANDA RAMOS, “Homicidio”, op. cit., p. 46.

⁹⁶⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 356-358 y ampliamente en MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo CP”, en *RECPC*, 2001, documento disponible en internet, página: http://criminet.urg.es/recpc_03-06html.

⁹⁶⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 356 yss.

⁹⁶⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 356 y ss.

racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Ello deja fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados “delitos putativos” (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta. Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa -aún cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada- es decir aquellos en que los medios utilizados, “objetivamente” valorados “ex ante” y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aún cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva “ex post” toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción. En el caso actual, y en general en todos los de “entrega vigilada”, el agente ha dado principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con los destinatarios de la droga para procurársela, practicando parte de los actos que “objetivamente” deberían conducir al fin planeado, que sin embargo no se alcanza por causas independientes de la voluntad de su autor: la intervención policial preventiva. En consecuencia procede estimar sólo parcialmente el motivo de recurso interpuesto, sancionando el hecho como tentativa”.

Gracia Martín, siguiendo el minoritario concepto de tentativa inidónea formulado por Cerezo Mir, postula que en un caso como el planteado habría que distinguir: si en una contemplación *ex ante* el estado de muerte del sujeto no se revela como objetivamente existente, hay tentativa idónea y, en caso contrario, la tentativa sería inidónea⁹⁶⁹. Sin embargo, ello no es correcto toda vez que la peligrosidad *ex ante* de la tentativa inidónea no autoriza a considerar *idónea* la tentativa que (como se comprueba *ex post*) era incapaz desde un principio de producir el delito, como sucede en el caso de *falta de objeto*, uno de los supuestos más clásicos y evidentes de inidoneidad, aunque *ex ante* pudiera no apreciarse esta inidoneidad. Sin embargo, Cerezo Mir y Gracia Martín, consideran idónea toda tentativa peligrosa *ex ante*, incluyendo en particular el caso de falta de objeto⁹⁷⁰.

Que el momento de la muerte es relevante por el mero hecho de que con el termina la protección de la vida, no significa que el cuerpo de un fallecido deba quedar sin protección alguna, de hecho en España se contempla el delito de profanación de cadáveres, pero esta protección se encuentra en un plano totalmente diferente, relativa a los *delitos contra el respeto a los difuntos*^{971/972}.

⁹⁶⁹ CERESO Mir, *Curso de DP español*, op.cit., T. II, p. 142.

⁹⁷⁰ CERESO MIR, *Curso de DP español*, op.cit., T. II, p. 142.

⁹⁷¹ LUZÓN PEÑA, *Enciclopedia penal básica*, op. cit., pp. 757-758.

⁹⁷² El Derecho alemán contempla el tipo penal denominado “perturbación de la paz de los muertos” (parágrafo 168 del CP alemán) que protege el cadáver contra su sustracción y contra “actos denigrantes” (ROXIN, “La protección de la vida humana mediante el DP”, op. cit., p. 1203).

Hay que tener en cuenta que la ley garantiza una efectiva asistencia médica y la protección de la vida, mientras exista la mínima posibilidad de recuperación⁹⁷³. Por lo tanto, mientras no devenga la muerte, la ley mantiene la prohibición de matar y de lesionar, siendo irrelevante que el sujeto pasivo sea un moribundo o que padezca una enfermedad incurable o mortal⁹⁷⁴.

A partir de los años 50 del siglo pasado surgen las unidades de cuidados intensivos en los hospitales, las cuales con los avances de la medicina han posibilitado la asistencia y el mantenimiento de la actividad circulatoria y respiratoria, casi indefinidamente a través de procedimientos artificiales⁹⁷⁵, por ello la necesidad de determinar el instante de la muerte resulta relevante para el médico a la hora de tomar decisiones tales como la de cesar el tratamiento médico de un paciente o interrumpir o desconectar medios o aparatos de asistencia intensiva o de alimentación, o bien para considerarle donante de sus órganos o tejidos para el trasplante de los mismos a otras personas o para diversos usos en la investigación o en la industria farmacéutica⁹⁷⁶.

La práctica cada vez más habitual de la donación y trasplante de órganos, demuestra la importancia del tema en cuestión y de contar con una regulación jurídica meditada que proteja adecuadamente los derechos y bienes individuales afectados, procurando armonizar los posibles intereses en conflicto que habitualmente surgen en el largo y complejo proceso de un trasplante, entre el donante vivo, cadáver y receptor⁹⁷⁷. Una regulación adecuada debe facilitar la obtención de órganos viables utilizables para su posterior trasplante a personas en las que este médicamente indicado, ya que cuanto antes se produzca la extracción del material trasplantable del cuerpo de un sujeto declarado muerto, mayores son las posibilidades de éxito del trasplante^{978/979}. Al mismo tiempo, la normativa debe entregar a los profesionales médicos y a las autoridades médicas sanitarias el marco jurídico dentro del cual deben desenvolverse sin dificultades al realizar estas intervenciones, mediante unas pautas claras y fáciles de seguir, así por ejemplo, la necesidad de intervenciones muy rápidas, resulta incompatible con la utilización de las técnicas tradicionales de asegurar el final de la vida⁹⁸⁰, como sucedía antiguamente cuando el diagnóstico se basaba únicamente en la paralización sanguínea y de la respiración o como cuando se exigía la concurrencia de la muerte total, la cual consistía en la constatación de los llamados fenómenos cadavéricos

⁹⁷³ ROMEO CASABONA, "El Derecho ante los trasplantes de órganos. La ordenación jurídica de los trasplantes de órganos en España: Principios rectores", *RGD*, Valencia, 1993, p. 1925.

⁹⁷⁴ RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p. 30 y BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., p. 23.

⁹⁷⁵ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 41 y ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 18.

⁹⁷⁶ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, Granada, op. cit., p. 18.

⁹⁷⁷ CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, "Homicidio y sus formas", op. cit., pp. 47-48.

⁹⁷⁸ Así, por ejemplo en el caso de trasplante de corazón, para que éste pueda latir en el cuerpo del receptor es preciso que hubiese podido seguir haciéndolo en el cuerpo del donante. Desde la perspectiva del trasplante de órganos es deseable incluso anticipar lo más posible el momento en que la muerte se entienda producida, con objeto de garantizar que la extracción se efectúe antes de que la falta de oxígeno ocasione en ellos daños incompatibles con la finalidad del Trasplante (PEÑARANDA RAMOS, "Homicidio", op. cit., p. 48). De hecho se afirma que la cuestión de determinar cuál es el momento de la muerte mostró su enorme dificultad al comenzar a verificarse trasplantes de corazón, pues fue entonces cuando se hizo necesario fijar con absoluta precisión ese momento para poder utilizar el corazón del donante (RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p. 30).

⁹⁷⁹ CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, "Homicidio y sus formas", op. cit., pp. 47-48.

⁹⁸⁰ CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, "Homicidio y sus formas", op. cit., pp. 47-48.

o signos negativos de la vida para poder certificar la muerte de un individuo y así descartar la temida muerte aparente⁹⁸¹.

En el proceso de destrucción biológica de la muerte, hay que fijar un momento preciso en donde aquél sea irreversible, por no ser posible la recuperación de la vida del individuo, pero lo suficientemente adelantado como para permitir que se puedan extraer órganos o tejidos en los que todavía no se ha iniciado su destrucción y que por lo tanto, tengan viabilidad biológica para ser trasplantados⁹⁸². En este punto de equilibrio, debe existir un diagnóstico precoz, pero real, de la muerte, a partir del cual sea posible la obtención de órganos en condiciones biológicas de ser aprovechados para su trasplante, sin embargo, cualquier duda en la determinación de la producción de la muerte y de su momento ha de resolverse en favor de la persona que se encuentra en esa situación, con exclusión de cualquier otro interés, por muy importante y atendible que este parezca⁹⁸³.

5.1.2. Concepto de muerte

5.1.2.1. Muerte clínica y muerte cerebral

El punto de referencia fundamental para determinar jurídicamente la muerte de una persona no ha de basarse en la paralización de ciertas funciones vitales, como la actividad circulatoria y respiratoria^{984/985}, por cuanto los avances médicos han hecho reversible la situación creada por el cese de la actividad del corazón (paro cardíaco) y de los pulmones (muerte respiratoria) ya que éstos son hoy sustituibles por medio del trasplante, incluso, éstas funciones pueden ser asistidas y mantenidas casi indefinidamente por procedimientos artificiales una vez que cesa la actividad espontánea del corazón y de los pulmones, sin embargo el paciente puede presentar al mismo tiempo un cese irreversible de la actividad del troncoencéfalo, que es incompatible con la vida consciente^{986/987}. La extinción de la actividad cerebral es, por

⁹⁸¹ PEÑARANDA RAMOS, “Homicidio”, op. cit., p. 47; ROMEO CASABONA, “El Derecho ante los trasplantes de órganos. La ordenación jurídica de los trasplantes de órganos en España: Principios rectores”, op. cit., p. 1919 y en ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 18 y GONZÁLEZ RUS, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., p. 76.

⁹⁸² ROMEO CASABONA, “El Derecho ante los trasplantes de órganos. La ordenación jurídica de los trasplantes de órganos en España: Principios rectores”, op. cit., p. 1926.

⁹⁸³ ROMEO CASABONA, “El Derecho ante los trasplantes de órganos. La ordenación jurídica de los trasplantes de órganos en España: Principios rectores”, op. cit., p. 1926.

⁹⁸⁴ PEÑARANDA RAMOS, “Homicidio”, op. cit., p. 49.

⁹⁸⁵ El concepto tradicional de muerte se refería a la detención de la respiración y la circulación. Las investigaciones médicas demostraron más tarde que no todos los órganos mueren al mismo tiempo y que por ello es posible un trasplante de los mismos (BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., p. 22).

⁹⁸⁶ JEAN VALLEJO, *DP aplicado*, op. cit., p. 175; NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a vivir con dignidad*, op. cit., p. 330 y DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, op. cit., p. 121 y ss.

⁹⁸⁷ Hoy la medicina permite mantener artificialmente la ventilación y la circulación mediante un tratamiento llevado a cabo mediante respiradores artificiales, una vez que cesa la actividad espontánea del corazón y los pulmones. En ocasiones éste tratamiento detiene la serie causal que conduce del cese de la respiración y el paro cardíaco a la destrucción de los órganos del paciente por falta de oxígeno. Sin embargo el criterio tradicional de muerte que atendía a la *irreversibilidad* del cese de la actividad cardio-respiratoria se vuelve problemático cuando no se consigue devolver al paciente su función cardio-respiratoria espontánea. Ya que en estos casos, de seguir este criterio, no se podría declarar la muerte por haber desaparecido irreversiblemente la actividad espontánea del corazón y los pulmones, ya que medidas artificiales vienen a suplir con éxito su funcionamiento y pueden mantener con vida al paciente. Pero se

lo tanto, totalmente irreversible y no puede ser suplida por otros medios, por lo que desde un punto de vista jurídico-valorativo, resulta fundamental sostener un concepto unitario de muerte cerebral⁹⁸⁸ entendida como el *cese irreversible de la actividad cerebral*^{989/990}, por tratarse ya de un suceso incompatible con la vida⁹⁹¹, toda vez que cuando se produce la destrucción del cerebro (muerte cerebral) puede entenderse muerta a una persona, ya que las funciones del cerebro son rectoras de otras del organismo, sin las cuales éste no puede seguir actuando autónomamente⁹⁹². A tal situación puede llegarse tanto por un paro cardio-respiratorio prolongado, como por una lesión grave primaria del troncoencéfalo y supone, además de una decisiva fase del final de la existencia biológica, la pérdida de la conciencia y otras funciones superiores, sin las cuales el individuo no puede realizar su condición de persona⁹⁹³.

Sin perjuicio de lo anterior, es evidente la importancia que el concepto de muerte cerebral tiene para los efectos prácticos relativos tanto a los trasplantes de órganos como a la decisión de mantener o retirar el tratamiento que sostiene de manera artificial la respiración y la circulación, toda vez que producida y comprobada la muerte cerebral, la detención de los medios mecánicos que la sostienen no importa “acortar la vida”⁹⁹⁴.

plantea la cuestión de si la respiración y la circulación asistida han de ser prolongadas hasta el límite de lo técnicamente posible. El temor a que los hospitales se convirtiesen en depósitos de “vidas en conserva” o de “muertos vivientes” hizo necesario reformular el concepto de muerte, para situarla en un punto a partir del cual fuese irreprochable la interrupción de la asistencia a la respiración y a la circulación sanguínea (PEÑARANDA RAMOS, “Homicidio”, op. cit., p. 49).

⁹⁸⁸ Se ha planteado la posibilidad de operar con distintos conceptos de muerte según el tipo de problemas que se trate de resolver, pero a ello se opuso, con razón, la Resolución del Consejo de Europa 613, nº 4 de 24 de enero de 1976 y también la generalidad de la Doctrina, que sostienen que el concepto de muerte ha de ser establecido de un modo unitario para la totalidad del Ordenamiento Jurídico. En otro caso se produciría una intolerable relativización de la protección de la vida humana en virtud de planteamientos utilitarios (PEÑARANDA RAMOS, “Homicidio”, op. cit., pp. 48-49).

⁹⁸⁹ En tal sentido se manifiestan MORALES PRATS, “El homicidio y sus formas”, op. cit., p.38; PEÑARANDA RAMOS, “Homicidio”, op. cit., pp. 47-48; RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p. 30; BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., p. 22; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP español, PE*, op. cit., p. 8; JAEN VALLEJO, *DP aplicado*, op. cit., p. 175; LUZÓN PEÑA (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit., p. 758; JORGE BARREIRO, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., p. 386; ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 19; CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., p. 705 y ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., pp. 41-42.

⁹⁹⁰ A fin de determinar la muerte cerebral, se manejan mayoritariamente por la ciencia médica los criterios de la “muerte encefálica global”, la de “muerte del tronco cerebral” y la de “muerte neocortical” (o estado vegetativo persistente y anencefálicos). A los efectos del trasplante de órganos la Ley 30/1979, 27-10 se refiere al cese irreversible de las funciones cerebrales, y el RD 2070/1999, 30-12 al cese irreversible de “las funciones encefálicas” -lo que es más correcto ya que debe tenerse en cuenta que el “cerebro” es sólo una parte del sistema nervioso central o encéfalo-, con lo que el criterio que se acoge, como en la mayoría de los países de nuestro ámbito, es el de “muerte encefálica global” comprobable a través de una pluralidad de métodos (ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 42).

⁹⁹¹ ROMEO CASABONA, “El Derecho ante los trasplantes de órganos. La ordenación jurídica de los trasplantes de órganos en España: Principios rectores”, op. cit., p. 1926 y en ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 18.

⁹⁹² Desde un punto de vista clínico, la muerte encefálica se define como el cese irreversible en las funciones de todas las estructuras neurológicas intracraneales, tanto de los hemisferios cerebrales como del troncoencéfalo (ESCUDERO AUGUSTO, *Muerte encefálica en UCI*, documento disponible en internet, página: <http://www.uninet.edu>).

⁹⁹³ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 19-20.

⁹⁹⁴ BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., p. 22.

5.1.3. Métodos de comprobación de la muerte

Existen métodos científicos que permiten determinar con seguridad casi absoluta que la muerte se ha producido⁹⁹⁵. Mientras el concepto de muerte es unívoco, los métodos para comprobar la muerte de una persona pueden ser varios, en atención a las diversas circunstancias y situaciones que pueden presentarse⁹⁹⁶. Así, por ejemplo, para proceder a enterrar un cadáver, el artículo 15 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado por D. 2263/1974, de 20 de julio, en concordancia con el art. 83 de la Ley de Registro Civil, de 8 de junio de 1957, prevé que los cadáveres permanezcan en el domicilio mortuario hasta después de la confirmación de la defunción por el médico adscrito al Registro Civil, sin que tal permanencia pueda ser inferior, con carácter general a las veinticuatro horas⁹⁹⁷. En cambio, cuando se trata de decidir si se puede extraer un órgano del cadáver para efectuar un trasplante, rigen criterios especiales de comprobación de la muerte, establecidos en el RD 2070/1999 de 30 de diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos, todo ello en desarrollo de la Ley de Extracción y trasplante de órganos de 1979⁹⁹⁸. Estos criterios se establecen a efectos de poder realizar el trasplante de un órgano vital (corazón, hígado, pulmón) del ya declarado muerto. El RD 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, establece criterios para la comprobación de la muerte a objeto de proceder al trasplante de órganos⁹⁹⁹. El art. 10.2 del RD 2070/1999 establece que la extracción de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse previa comprobación y certificación de la muerte atendiendo a las prescripciones del propio RD y también a las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada, para cuyos efectos se distingue entre la muerte secundaria al cese irreversible de las funciones cardiorespiratorias (art. 10.3) y la que se produce directamente por el cese irreversible de las funciones encefálicas (art. 10.4), remitiéndose en ambos casos para su constatación a los protocolos establecidos en el Anexo I del citado RD, que podrán ser modificados sin alterar el restante contenido del Reglamento a medida que los avances de la Medicina así lo requieran¹⁰⁰⁰. De esta manera, se admite como diagnóstico de muerte tanto la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorespiratorias (muerte por paro cardiorespiratorio), como el cese irreversible de las funciones encefálicas (muerte cerebral) diferenciando solamente los requisitos necesarios para la confirmación de una y otra¹⁰⁰¹. Así, por ejemplo, se exige además que el médico (muerte por paro cardiorespiratorio) o los tres médicos (muerte encefálica) que certifiquen la muerte sean distintos de los que vayan a proceder a la obtención del órgano o a efectuar su trasplante^{1002/1003}, sin embargo, lo

⁹⁹⁵ PEÑARANDA RAMOS, "Homicidio", op. cit., pp. 49-50.

⁹⁹⁶ PEÑARANDA RAMOS, "Homicidio", op. cit., pp. 49-50.

⁹⁹⁷ PEÑARANDA RAMOS, "Homicidio", op. cit., pp. 49-50.

⁹⁹⁸ PEÑARANDA RAMOS, "Homicidio", op. cit., pp. 49-50.

⁹⁹⁹ La cual en su art. 5.1 atiende, para fijar el concepto de muerte, a la irreversibilidad de las lesiones cerebrales incompatibles con la vida.

¹⁰⁰⁰ PEÑARANDA RAMOS, "Homicidio", op. cit., p. 51.

¹⁰⁰¹ ZUGALDÍA ESPINAR, "El homicidio y sus formas", p. 19.

¹⁰⁰² SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 12.

¹⁰⁰³ En cuanto a la extracción de órganos para trasplantes, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, considera que la muerte se produce con la total ausencia de actividad cerebral, concretamente con la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida y exige que así lo certifiquen tres médicos con determinados requisitos (deberá haber un neurólogo o neurocirujano y el jefe de servicio de la unidad médica o su sustituto) y que no formen parte del equipo que vaya a obtener el

normal es que, fuera de estos casos, la certificación de un médico, que se basa en los conocimientos médicos generales, sea suficiente para dar por muerta a una persona¹⁰⁰⁴. Así por ejemplo ocurre en los supuestos de muerte por accidente, o cuando medie investigación judicial es preceptivo un informe del médico forense¹⁰⁰⁵.

La no observancia de los requisitos y procedimientos reglamentarios puede llevar aparejada alguna sanción de carácter administrativo (como retirar la autorización al centro sanitario como extractor de órganos) o la no autorización preceptiva para la extracción del órgano¹⁰⁰⁶.

La existencia y comprobación de la muerte cerebral faculta al cirujano la extracción del órgano u órganos para su trasplante y la previa desconexión de los aparatos así como la interrupción de los medios de mantenimiento artificial de la circulación y la respiración¹⁰⁰⁷. Esa desconexión es también admisible aunque el

órgano o a efectuar el trasplante. El RD 426/1980, de 22-2, desarrolla esta Ley, exigiendo para poder extraer el órgano, comprobación de la muerte cerebral basada en la concurrencia y constatación durante 30 minutos al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos: 1) ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; 2) ausencia de respiración espontánea; 3) ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis, y 4) electroencefalograma plano, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral. Hay dos excepciones en los que no son suficientes dichos signos: 1. Hipotermia inducida artificialmente (bajada grande de temperatura, p.ej., por congelación, estando viva la persona), o 2. administración de drogas depresoras del sistema nervioso central. Ahora bien, ello no significa que si un médico no respeta todos estos requisitos antes de extraer un órgano, cometa necesariamente homicidio. No lo habrá si demuestra que existía la muerte (cerebral), a pesar de no esperar los 30 minutos, etc. Lo que sí cometerá será un ilícito administrativo, además de dificultar la prueba de la muerte a efectos penales. Si hay duda que no pueda resolverse, ha de aplicarse el principio *in dubio pro reo* (LUZÓN PEÑA (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, op. cit., p. 758).

¹⁰⁰⁴ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 36-37.

¹⁰⁰⁵ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., pp. 12-13.

¹⁰⁰⁶ Incluso se afirma que si los médicos certifican el fallecimiento antes de que se produzca, a fin de que se consigan órganos que ofrezcan mejores condiciones para el éxito del trasplante —consistiendo que se precipite la muerte como consecuencia de la obtención de los mismos—, son cooperadores en un delito de homicidio o asesinato, en su caso, del que serían autores los miembros del equipo que precipitaran la muerte al extraer el órgano conociendo que la persona está viva. Además hay que tener presente que los médicos que libren certificación falsa de un fallecimiento incurrirán en el delito previsto en el art. 397 del CPes, sin perjuicio del posible concurso de delitos si con la falsedad se persigue la comisión posterior de otro delito (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 13). En tal situación, habría que preguntarse si la conducta consistente en la desconexión del paciente sería una conducta activa u omisiva. Desde un punto de vista causal evidentemente estamos ante una conducta activa, sin embargo, desde un punto de vista normativo, dicha conducta implica la omisión de un tratamiento médico. Se trataría, por lo tanto, de aquellas situaciones en las cuales resulta difícil establecer la naturaleza que la conducta tiene para el DP. La distinción entre los delitos de acción y de omisión tiene gran importancia, ya que los *elementos del tipo* son *mayores* en el caso de la *comisión por omisión* que agregan un elemento adicional consistente en la *posición de garante del autor* (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 311-312). Hay casos en los cuales una conducta parece infringir a la vez una norma prescriptiva y otra prohibitiva. Ello se produce con frecuencia en los *delitos imprudentes*, cuando *la causación del resultado implica la inobservancia u omisión del cuidado debido* (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 311-312). Estas situaciones son resueltas en la doctrina alemana en base al siguiente criterio: *si el resultado se ha causado por una acción positiva dolosa o imprudente, que constituya delito existe delito de acción*. Éste es el llamado *criterio de la causalidad* (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 311). Así, si la enfermera le inyecta novocaína al paciente en vez de cocaína como debía, el resultado será imputable a una acción positiva y por lo tanto, habrá un delito de acción. Si en cambio, A deja manejar su auto a B quien se lo solicita pese a su alto estado alcohólico, el resultado no será imputable a una conducta positiva y por lo tanto el delito será de omisión (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 311).

¹⁰⁰⁷ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 19-20.

fallecido no sea donante, dada la unidad del ordenamiento¹⁰⁰⁸. La paralización prolongada del corazón y el cese de la respiración continúan constituyendo en la actualidad una causa inmediata y medio fundamental de comprobación de la muerte, a la vista de que su paralización supone *necesariamente* también en un lapso de escasos minutos la destrucción de las células neuronales y del propio cerebro (de ahí que en estos casos no se compruebe la posible perduración de la actividad cerebral, por ser obvio), sin que por lo general sea preciso un diagnóstico precoz si no es en el contexto de una donación de órganos¹⁰⁰⁹. Con ello se reafirma, que el cerebro sigue siendo el punto de referencia inequívoco para la definición de la muerte y, en su caso, para su diagnóstico¹⁰¹⁰.

Respecto de la actividad médica consistente en los trasplante de órganos, hay que mencionar que la Ley 41/2002 prevé la posibilidad de que una persona mayor de edad, capaz y libre, mediante documento, de instrucciones para el destino de su cuerpo o los órganos del mismo, una vez llegado su fallecimiento¹⁰¹¹.

5.2. Límite máximo de protección de la vida y la salud individual en Chile

5.2.1. Importancia de establecer el límite máximo de protección de la vida y de la salud individual

En Chile, al igual que en España, la discusión acerca de la determinación del momento en el que se produce la muerte, alcanza inusitada relevancia a partir de las

¹⁰⁰⁸ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 19-20.

¹⁰⁰⁹ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 19-20.

¹⁰¹⁰ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 19-20.

¹⁰¹¹ La Ley 41/2002, de 14 de noviembre (BOE núm. 274, del 15), “Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, que deroga los apartados 5, 6, 8, 9 y 11 del art. 10, el apartado 4 del art. 11 y el art. 61 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, establece en su art. 11: “1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”. Puede ser revocado por escrito en cualquier momento”.

Esto no es más que una potente manifestación de los derechos que el paciente tiene, en virtud del principio de la dignidad humana y, por tanto, de su autonomía individual, el cual permite que la voluntad de la persona sea conocida a través de el documento de instrucciones previas a fin de que pueda ser respetada y cumplida incluso después de que se produzca su deceso, lo cual resulta de vital importancia en materia de trasplante de órganos. Para que dicho derecho pueda hacerse efectivo es de vital importancia que los documentos puedan estar a disposición del público en los momentos y lugares en que se requiera conocer su existencia y su contenido, incluso podría crearse un Registro de Documentos fácilmente accesible a los profesionales sanitarios autorizados, lo cual resulta especialmente necesario en los casos de urgencia o accidentes, tal y como lo propone el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona respecto del documento de voluntades anticipadas regulado en el art. 8 de la Ley 21/2000 de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (al respecto ver, ROYES (Coord.), *Documento sobre voluntades anticipadas*, Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, 2001, p. 3 y ss., disponible en internet, página: <http://www.ub.es/fildt/revista/>).

operaciones de trasplantes de órganos humanos (en especial de corazón)¹⁰¹², esto es, la extracción de determinado órgano o tejido de un cuerpo aún dotado de manifestaciones de vitalidad, con el fin de insertarlos en la estructura somática de un paciente, para reemplazar a los de este último, ya inútiles para cumplir con sus funciones naturales¹⁰¹³. El problema es que para que un órgano funcione en un nuevo organismo, es preciso que conserve un determinado grado de vitalidad, ya que un órgano muerto, funcional y celularmente, no sirve para ser trasplantado, sin embargo, el tema se complica cuando se trata de trasplantar órganos sin los cuales el donante no puede sobrevivir: el caso más caracterizado es el del corazón¹⁰¹⁴.

A lo anterior se añade que las técnicas médicas permiten prolongar las funciones vitales mediante el auxilio de máquinas de ventilación o de circulación estimulada y, por lo tanto, surge el problema de si es o no lícito interrumpir la asistencia mecánica a la persona que se encuentra en estado vegetal cuando no hay expectativas de que el organismo recupere la espontaneidad de dichas funciones y, por lo tanto, hay que determinar si el sujeto está o no vivo a efectos de decidir su desconexión de las máquinas que lo mantienen respirando, a fin de practicar una donación de órganos, toda vez que la desconexión, en tales circunstancias, provoca la muerte natural en plazo breve, conducta que podría ser interpretada como constitutiva de homicidio^{1015/1016}. Sin perjuicio de lo anterior, el punto es importante a la hora de calificar si el sujeto activo ha de ser sancionado como homicida o como autor de lesiones por existir aún vida humana independiente¹⁰¹⁷.

5.2.2. Concepto de muerte

En principio podemos señalar que la muerte es la cesación de la vida, pero con tal concepto resulta claro que no hemos avanzado mucho, ya que sin perjuicio de la noción naturalista de la muerte, el DP debe fijar desde el punto de vista jurídico normativo una posición clara respecto al momento en que una persona ha dejado de ser tal, por haberse iniciado el proceso de su extinción, de manera irreversible¹⁰¹⁸.

¹⁰¹² Los trasplantes de órganos por definición, han de ser saludables, toda vez que extraer un corazón que late a un ser vivo es conducirlo a la muerte biológica real, aunque con ello se salve la vida de otro (POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., pp. 30-31). En tal sentido, la Ley 19.451, establece en el Título II sobre la extracción de órganos a donantes vivos, en su art. 4° que: “Sólo se permitirá la extracción de órganos en vida con fines de trasplante entre personas relacionadas, conforme a lo dispuesto en el art. siguiente, y siempre que se estime que razonablemente no causará un grave perjuicio a la salud del donante y existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor. Esta extracción siempre deberá practicarse previo informe positivo de aptitud física. El reglamento establecerá los órganos que podrán ser objeto de extracción en estos casos”.

¹⁰¹³ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 25.

¹⁰¹⁴ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 25.

¹⁰¹⁵ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 24-25.

¹⁰¹⁶ Dentro de este mismo análisis podríamos preguntarnos si el hecho de no recurrir a esta prolongación extraordinaria de la “vida natural”, en caso de que ocurra la muerte, podría constituir un “homicidio en comisión por omisión”, problema este último que de ordinario se planteará sólo respecto de los médicos en establecimientos hospitalarios o asistenciales, ya que ellos son quienes conocen las técnicas respectivas, los únicos autorizados legalmente para emplearlas y quienes tienen a su disposición los aparatos necesarios, y estarían en lo que la doctrina denomina “posición de garante”, esto es, obligados profesionalmente a hacer cuanto esté a su alcance para impedir el resultado de muerte (ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 25).

¹⁰¹⁷ BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, p. 9.

¹⁰¹⁸ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP, PE*, op. cit., p. 30

El tema no presenta problemas cuando la cesación de la vida humana es consecuencia de una conducta particularmente efectiva para provocar la muerte como ocurre en situaciones tales como el descuartizamiento instantáneo por explosión, la herida decapitante, un traumatismo encéfalo craneano que importe pérdida total de la masa encefálica u otras conductas o situaciones semejantes¹⁰¹⁹.

Sin embargo, el tema es más complejo en el resto de las situaciones, razón por la cual la doctrina chilena distingue diversos conceptos de muerte en atención al grado de desarrollo del proceso de la muerte.

5.2.2.1. Muerte orgánica

Es aquella etapa del proceso de la muerte en la cual su existencia se verifica en forma cierta y absoluta, por medio de diversas alteraciones denominadas *fenómenos cadavéricos o fauna cadavérica o signos positivos de muerte* que constituyen alteraciones *irreversibles* de los tejidos producida por causas físicas, químicas y biológicas, como la deshidratación; la acidificación de los humores y vísceras; la rigidez cadavérica; las livedeces cadavéricas y la putrefacción cadavérica, signos últimos y evidentes de la muerte¹⁰²⁰. El problema está en que estos signos, que dan absoluta seguridad respecto de la muerte de la persona, aparecen tardíamente, después de un cierto lapso en que se va produciendo la abolición de las grandes funciones vitales¹⁰²¹, de modo que sólo permiten reconocer a una persona muerta, pero no establecer desde cuándo hay muerte o hasta cuándo se extendió la vida de esa persona, toda vez que evidentemente la vida cesó mucho antes de la aparición de esos fenómenos¹⁰²².

Claramente este concepto es del todo incompatible con la necesidad de contar con órganos que puedan ser utilizados de manera adecuada en las operaciones de trasplantes de órganos.

5.2.2.2. Muerte clínica

Consiste en aquella parte del proceso de la muerte en la cual los órganos del cuerpo van cesando en sus funciones en etapas y momentos distintos, que se prolongan en el tiempo y que se suele diagnosticar en base a los llamados *signos negativos de vida*, o sea, la cesación de las funciones vitales fundamentales, la circulación sanguínea, la respiración, los reflejos, el movimiento y la sensibilidad¹⁰²³.

Este concepto también es insatisfactorio para llevar a cabo con éxito operaciones de trasplantes de órganos, toda vez que aun cuando las funciones circulatoria y respiratoria pueden ser mantenidas de manera indefinida de manera artificial, es posible que la actividad cerebral cese de manera irreversible, de modo que ya no sea posible sostener que estemos en presencia de un ser humano con vida independiente.

¹⁰¹⁹ BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, p. 9.

¹⁰²⁰ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 24.

¹⁰²¹ POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., pp. 50-51

¹⁰²² BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, p. 9.

¹⁰²³ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 27; BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 9-10 y ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 24.

5.2.2.3. Muerte cerebral

Es la *abolición total e irreversible de las funciones encefálicas*, concepto que es menos amplio que la muerte biológica porque muerto el cerebro aún pueden seguir en actividad otras partes del cuerpo, pero sólo se trata de una vía biológica o molecular mantenida a través de los ventiladores mecánicos que permiten que continúen funcionando las funciones cardiorespiratorias¹⁰²⁴.

Como en el proceso de la muerte los órganos se deterioran unos antes que otros y existe la conveniencia de aprovechar esas partes del cuerpo para salvar otras vidas cuya sobrevivencia depende de que se les reemplace el órgano que tienen lesionado por el sano de una persona recién fallecida, se estableció un sistema que permita usar algunos de esos órganos antes de que sufran deterioro y de allí que el legislador recogió el criterio de muerte cerebral que tiene como fundamento que la corteza del cerebro no puede subsistir sin oxígeno más allá de unos pocos minutos (entre 3 y 6); muertas las células cerebrales la función del cerebro cesa de manera irreversible. Así las cosas, un ser humano, sin función cerebral no tiene vida en el sentido de humanidad.

La *muerte cerebral* debe acreditarse según lo dispone el art. 11 de la Ley N° 19.451, de 10 de abril de 1996¹⁰²⁵, modificada con fecha 15 de enero de 2010, por la Ley 20.413¹⁰²⁶, para efectos de esa ley, mediante certificación unánime e inequívoca, otorgada por un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía. Los médicos que otorguen la certificación no podrán formar parte del equipo que vaya a efectuar el trasplante. La certificación se otorgará cuando se haya comprobado la *abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas*, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados con las pruebas o exámenes calificados. El reglamento deberá considerar, como mínimo, que la persona cuya muerte encefálica se declara, presente las siguientes condiciones: 1° Ningún movimiento voluntario observado durante una hora; 2° Apnea luego de 3 minutos de desconexión de

¹⁰²⁴ POLITOFF, BUSTOS Y GRISOLÍA, *DP chileno, PE*, op. cit., pp. 51-52 y POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 30.

¹⁰²⁵ La regulación legal de esta materia entre nosotros ha ido evolucionando. Los trasplantes de órganos se limitaban originalmente a los trasplantes de córneas, ha sido ampliada después por la Ley 18.173, que intercaló todo un título en el Código Sanitario sobre el tema, y poco después fue reemplazada por la Ley 19.451.

¹⁰²⁶ Esta modificación es de gran importancia toda vez que tiene por finalidad invertir el principio fundamental de la ley estableciéndose ahora, en el inciso segundo del art. 2, que toda persona mayor de dieciocho años será considerada, por el solo ministerio de la ley, donante de sus órganos una vez fallecida, a menos que en vida haya manifestado su voluntad de no serlo en alguna de las formas establecidas en esta ley. En materia de trasplantes de órganos en la discusión internacional se debate básicamente sobre tres modelos. En torno a las soluciones restringidas del consentimiento vigentes en los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Gran Bretaña, el trasplante de órganos es aceptado, únicamente, cuando el donante previamente a su muerte lo ha autorizado expresamente. La solución japonesa es aún más restringida, pues además del consentimiento del donante fallecido requiere todavía la autorización de sus familiares. La solución amplia del consentimiento, en la cual se basa la Ley alemana de trasplantes, transita por un camino intermedio. Según ello, se fundamenta primero en el consentimiento del donante fallecido (parágrafo 3° de la Ley alemana de trasplante de órganos). Si éste no se pronunció en torno a la cuestión de un eventual trasplante de órganos a efectuarse una vez fallecido, se fundamenta entonces en la autorización de los familiares más cercanos, quienes atienden a la voluntad presunta del posible donador de órganos (parágrafo 4° de la misma Ley). El trasplante de órganos se permite con pautas más amplias conforme a la solución de la objeción, con base en la cual, un trasplante siempre será permitido si el donante potencial no se opuso expresamente a ello mientras vivía. Éste es el modelo dominante en Francia, Bélgica, España, Austria, Dinamarca, Polonia y Suecia (ROXIN, “La protección de la vida humana mediante el DP”, op. cit., pp. 1204-1205).

ventilador, y 3° Ausencia de reflejos tronco encefálicos. En estos casos, al certificado de defunción expedido por un médico, se agregará un documento en que se dejará constancia de los antecedentes que permitieron acreditar la muerte”¹⁰²⁷.

El Reglamento de la citada Ley N° 19.451 (Decreto N° 656 del Ministerio de Salud Pública, DO de 17 de diciembre de 1997) en el art. 22, dispone que la certificación de la muerte encefálica se otorgará cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, realizando un diagnóstico positivo del daño encefálico estructural, según parámetros clínicos corroborados por las pruebas o exámenes calificados. La evaluación debe ser hecha por 2 médicos cirujanos, uno de los cuales tiene que ser neurólogo o neurocirujano, que no puede formar parte del equipo a cargo del trasplante, y antes de llevarla a cabo debe excluir toda circunstancia que pueda restar validez o interferir el examen clínico y específicamente hace referencia a cuatro de ellas, entre las cuales menciona la presencia de hipotermia, definida como temperatura corporal central inferior a 35° C° y la intoxicación con depresores del sistema nervioso central. Precisa que durante el proceso de evaluación la persona deberá presentar cuatro condiciones: “estar en coma y sin ventilación espontánea”, no tener reflejos de decorticación, ni descerebración, ni convulsiones; carecer de reflejos fotomotores “corneales, ocvestibulares, faríngeos ni traqueales”, y no presentar movimientos respiratorios espontáneos¹⁰²⁸.

El referido art. 22 en su inciso penúltimo reglamenta la certificación en el caso de muerte de niños. Cuando se trata de menores de 2 meses, la evaluación clínica deberá acompañarse de un electroencefalograma con resultado isoeléctrico y repetirse con un intervalo mínimo de 48 horas, este intervalo va disminuyendo según aumenta la edad del menor, de modo que para los mayores de 10 años y menores de 15 es sólo de 6 horas¹⁰²⁹. Si en las evaluaciones en comentario no es posible cumplir con algunas de las especificaciones a que se ha hecho referencia, el Reglamento dispone que se aplicarán las técnicas de laboratorio que determine el Ministerio de Salud. De acuerdo al art. 23 el certificado, tratándose de muerte encefálica, debe ir acompañado de un documento en el que consten los antecedentes que permitieron acreditar la muerte¹⁰³⁰.

Según el art. 12 de la Ley N° 19.451, modificado por la Ley N° 20.413, tratándose de los casos previstos en los arts. 199 (exámenes médicos y autopsias) y 201 (hallazgo de un cadáver) del CPP, o cuando la muerte hubiese dado lugar a una investigación penal, será necesaria la autorización del Fiscal para destinar el cadáver a las finalidades previstas en esta ley. Para adoptar su decisión, el Fiscal deberá consultar al médico del Servicio Médico Legal o al facultativo que éste designe. Dicho profesional deberá constituirse en el establecimiento donde se encuentra el eventual donante e informará al Fiscal si la extracción de los órganos pudiere afectar la realización de exámenes médicos necesarios para el éxito de la investigación.

La autorización podrá ser solicitada por el medio de comunicación que resulte más expedito. Deberá dejarse constancia escrita de la autorización otorgada, la que se comunicará al facultativo que la solicita de la forma que resulte más adecuada a la premura del procedimiento médico.

¹⁰²⁷ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 28-29.

¹⁰²⁸ BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 11-12 y GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 29.

¹⁰²⁹ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 29.

¹⁰³⁰ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 29-30.

Como vimos éste es el concepto que prima en la doctrina española y en Alemania¹⁰³¹ y a mi juicio ello es correcto^{1032/1033}.

¹⁰³¹ En la mayoría de los países se considera que el momento de la muerte llega con la extinción completa de las funciones cerebrales. En Alemania, las directrices del comité científico del colegio de médicos (en la versión de 1998) señalan: “la muerte cerebral se define como un estado irreversible de extinción de todas las funciones del cerebro, cerebelo y del tronco encefálico. Con la muerte cerebral se constata, conforme a las ciencias naturales y la medicina, la muerte del ser humano”. La Ley alemana de trasplante de órganos, de noviembre de 1997, no es explícita sobre la cuestión del momento de la muerte, pero parte del mismo fundamento cuando sostiene que un trasplante presupone: “la pérdida definitiva e irreparable de todas las funciones del cerebro, cerebelo y del tronco encefálico” (parágrafo 3, apartado 2º, número 2, de la Ley alemana de trasplante de órganos). Para constatar la extinción de todas las funciones cerebrales, la ley remite al correspondiente “estado de conocimiento de la ciencia médica”. Los expertos aseguran que el diagnóstico de muerte cerebral es probablemente el más seguro en toda la ciencia médica (ROXIN, “La protección de la vida humana mediante el DP”, op. cit., p. 1203).

¹⁰³² Que en el considerando número 14º de la STC de 18 de agosto de 1995, Rol N° 220, consta los antecedentes acompañados al TC de Chile, por los Directorios de las Sociedades Chilenas de Urología, Nefrología y Trasplante, en base a los cuales expresan que, el criterio clásico de muerte, definido como la cesación permanente de las llamadas funciones vitales, cardíaca y respiratoria, ha debido redefinirse, en décadas recientes, por el desarrollo de tecnologías de sostén de esas funciones. Para dar más claridad a lo señalado, mencionan los diferentes tipos de muerte analizados por Pablo Aguilera, médico y sacerdote del Opus Dei, quien en su libro *En la frontera Vida/Muerte*, de 1990, distingue: a) Muerte Clínica: Cesación permanente del funcionamiento del organismo. b) Muerte Biológica: Cesación total de la actividad de todas las células de los tejidos, que se va dando gradualmente y es seguida del proceso de descomposición. c) Muerte Ontológica: Momento de la separación del alma y cuerpo. Agregan que, para los efectos del proyecto de ley impugnado, lo que interesa es determinar cuándo un individuo deja de vivir -Muerte Clínica- y añaden que, ésta no puede ser confundida con el proceso de desintegración de células y tejidos -Muerte Biológica-. Expresan que diversos autores definen la muerte como la cesación permanente del funcionamiento del organismo como un todo y después que esto sucede, algunos órganos pueden seguir funcionando individualmente durante un tiempo. Ello no ocurre con la respiración voluntaria, la cual cesa al mismo tiempo o inmediatamente antes de la cesación del organismo como un todo. En el caso de la circulación sanguínea, con la ventilación artificial puede persistir durante días o semanas después de que el organismo como un todo ha dejado de funcionar. Agregan, más adelante y a modo de ejemplo, que a un ser decapitado se le podría hoy mantener con el sistema cardiorespiratorio funcionando y nadie diría que está vivo. Lo dicho hace que, de los criterios para la determinación de la muerte más frecuentes en la actualidad (1.- Pérdida permanente de la función cardiorespiratoria y 2.- Pérdida total e irreversible del encéfalo completo), sea el del cese total de la función encefálica, el más riguroso y estricto. Manifiestan que no está viva una persona en quien se ha acreditado la completa e irreversible abolición de todas las funciones del encéfalo y, en consecuencia, es legítimo proceder al procuramiento de sus órganos si esa ha sido su voluntad manifestada en vida o aceptada por sus familiares. Expresan que la cesación completa de la actividad vital no ocurre cuando se detiene la función cardiovascular, de hecho algunos tejidos continúan con actividad metabólica, como ocurre con los tegumentos, uñas, barba y cabello. Si fuese imprescindible que todas estas funciones se detuvieran para declarar la muerte, habría que asistir a la completa descomposición del cuerpo para ello. Finalizan diciendo que la muerte encefálica conlleva el cese definitivo del flujo sanguíneo cerebral lo que produce la destrucción total del cerebro, proceso de suyo irreversible.

¹⁰³³ De acuerdo Bullemore, afirma, citando a Politoff, Bustos y Grisolia (POLITOFF, GRISOLIA Y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 63), que se entiende muerte real la llamada muerte cerebral, sin perjuicio de que aún no se produzca una muerte biológica o molecular en el resto del organismo, pues la vida personal se liga a la posibilidad de que exista o de que se restablezca el contacto psíquico consigo mismo y eso no es posible una vez fenecido el cerebro (BULLEMORE Y MACKINNON, *CURSO DE DP, PE*, op. cit., T. III, p. 10). Etcheberry aun cuando señala que el art. 11 de la Ley de trasplante de órganos da a entender la existencia de dos conceptos de muerte, dice ser partidario de un concepto unívoco, el cual, en el estado actual del conocimiento científico, dice relación con la actividad que depende del llamado *tronco cerebral*, situado en la base del cráneo y distinto del cerebro y cerebelo. La destrucción o lesión del tronco cerebral de tal modo que ya no pueda cumplir tales funciones, determina el término de toda actividad *espontánea* (aunque sea débil) de la respiración y circulación, que a partir de ese momento sólo pueden mantenerse en forma exclusivamente artificial merced a aparatos mecánicos, y aun así, tal situación no puede prolongarse indefinidamente, pues a breve plazo comienza a observarse una

El concepto de muerte cerebral es el único que se encuentra recogido expresamente por el legislador y ello es del todo atendible, toda vez que la adopción de este concepto adelanta el momento de la muerte a una etapa en la que aún subsiste vida en los órganos en particular, pero se estima médicamente que el paciente ha perdido en forma irreversible toda posibilidad de recuperación y toda capacidad de tener alguna clase de vida de relación¹⁰³⁴. En caso de muerte cerebral, falta, en principio, la posibilidad de pensar y sentir, falta el centro de integración que desde el primer momento vincula las diversas funciones corporales con el conjunto de la persona y por ello, con el criterio de muerte cerebral se ha pretendido fijar el momento de la muerte desde una visión antropológica y no acaso como una construcción que posibilite el trasplante de órganos¹⁰³⁵.

Todo lo anterior demuestra que “la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas constituye la muerte real, definitiva, unívoca e inequívoca del ser humano”, tal como lo señaló el TC de Chile.¹⁰³⁶

5.2.3. Distinción entre concepto de muerte y comprobación de la misma

Por último, como se dijera más arriba, hay que diferenciar entre el concepto de muerte y la forma en que ésta se demuestra. Evidentemente, la ley de trasplante de órganos sólo regula la forma en que debe acreditarse la muerte cerebral para efectos de realizar los trasplantes de órganos. No obstante, para los casos ordinarios, el diagnóstico de muerte sigue siendo dado por la verificación de la cesación de la función respiratoria, de la circulatoria o de ambas a la vez¹⁰³⁷.

5.3. Límite máximo de protección de la vida y la salud individual en Argentina

5.3.1. Importancia de establecer el límite máximo de protección de la vida y de la salud individual

La doctrina argentina destaca el hecho de que el DP protege en el delito de homicidio al sujeto pasivo hasta el momento de su muerte, razón por la cual la determinación de dicho instante en el proceso de la muerte reviste suma importancia, toda vez que después de muerta la persona, ya no se podrá dar el delito de homicidio o de lesiones porque no existirá la víctima o el objeto de la acción¹⁰³⁸. La ley extiende su protección al ser humano con vida independiente, por medio del delito de homicidio y de la salud individual, desde aquel momento hasta que la vida se acaba como complejo vital, a lo largo de toda su evolución, fuere cual fuese su capacidad de subsistencia, ya

decadencia progresiva e irremediable, particularmente del sistema circulatorio, para irrigar el organismo. Eso ha llevado a afirmar, con bastante agudeza, que esa situación realmente no salva la vida, sino que prolonga la muerte. Este concepto, señala Etcheberry, tiene la ventaja de que no significa acortar un proceso en marcha, o anticiparse a una muerte inminente, sino poner de manifiesto que, contra el criterio tradicional, no es la detención de las funciones respiratoria y cardiovascular la constitutiva de la muerte y causante de la extinción paulatina de la vida biológica del resto del organismo, sino que al revés, son la consecuencia de una muerte ya producida por la cesación del funcionamiento del tronco cerebral, del cual dependen aquéllas (ETCHEBERRY, op. cit., T. III, p. 28).

¹⁰³⁴ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 25-26.

¹⁰³⁵ ROXIN, “La protección de la vida humana mediante el DP”, op. cit., p. 1204.

¹⁰³⁶ STC Rol N° 220, de 18 de agosto de 1995.

¹⁰³⁷ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 24.

¹⁰³⁸ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 23.

sea que se trate de una vida en plenitud, como de la vida más precaria y así, se afirma que el homicidio del que va a morir inmediatamente no deja de ser homicidio¹⁰³⁹.

Al igual que lo sucedido en España y en Chile, en Argentina, el tema se ha transformado en uno de los grandes problemas que se plantean en el Derecho y especialmente en el DP, provocados por los avances de la ciencia médica, en este caso debido a los *trasplantes de órganos*, lo cual ha llevado a que discuta con nuevos bríos acerca del momento preciso en que, conforme a Derecho, ha de estimarse la muerte de una persona¹⁰⁴⁰.

5.3.2. Muerte clínica y muerte cerebral

Tradicionalmente se había considerado en Argentina como muerte la paralización irreversible de los sistemas circulatorios sanguíneos y respiratorios, vinculada con la pérdida de toda actividad del sistema nervioso central, y seguida de toda célula y tejido del organismo, es decir, un concepto de muerte clínica, pero hoy en día la ley argentina se ha decidido por adoptar el criterio de la *muerte cerebral*, otorgando con ello bastante certeza al menos en lo que a la decisión del legislador se refiere^{1041/1042}.

Dicho criterio es de corte valorativo y consiste en estimar que concurre el momento de la muerte, cuando las células cerebrales se han destruido, concepto que se plasmó en las leyes 21.541, 23.184 y posteriormente en el art. 23 de la ley 24.193¹⁰⁴³, que regula específicamente el tema de los trasplantes de órganos humanos, el cual establece que: “El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia irreversible de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Único Coordinador de Ablación e Implante. La verificación de los signos referidos en el inciso d), no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible”.

¹⁰³⁹ CREUS, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 7.

¹⁰⁴⁰ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 23.

¹⁰⁴¹ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 23.

¹⁰⁴² Sin embargo, parte de la doctrina pareciera adscribir un concepto más vinculado al de muerte clínica al sostener que: “No habrá vida humana cuando el complejo orgánico haya dejado de funcionar como tal, aunque algunos órganos sigan haciéndolo autónomamente; pero sigue existiendo vida cuando dicho complejo funciona precariamente, aunque haya cesado el funcionamiento de algunos de los órganos que lo componen (p.ej., que se hayan paralizado los riñones o el estómago); conceptos éstos que nos permiten resolver las cuestiones que puede plantear el trasplante de órganos (sin perjuicio de la especial regulación de la ley 24.193, sobre trasplantes de órganos y materiales anatómicos). En principio no interesa si ese funcionamiento se debe a la actividad natural del organismo o es mantenido por medios artificiales, en cuanto éstos no reemplacen *todo* el funcionamiento orgánico: *vive* quien lo hace ayudado por un pulmón, con un marcapasos, con un aparato que supla el funcionamiento de los riñones, pero no se puede decir que *vive* aquel cuyas funciones orgánicas han sido reemplazadas en su totalidad por medios artificiales (quitar el pulmón a quien sólo puede respirar por ese medio será homicidio, pero puede no serlo hacer cesar el funcionamiento artificial de todo el complejo orgánico -si médicamente ello fuese posible-, aunque en este último caso pueden plantearse problemas con relación a otros delitos)”, (CREUS, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 7).

¹⁰⁴³ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 23.

El criterio elegido por la ley para determinar el momento de la muerte de una persona es, sin duda, el que más se ajusta a la esencia de lo que es el ser humano, porque la destrucción de las células cerebrales trae como consecuencia el irremediable y progresivo proceso de destrucción de todo el organismo, razón por la cual, la destrucción de las células cerebrales es el hecho decisivo para la determinación del momento en que la persona muere¹⁰⁴⁴. La vida del hombre es algo diferente a la vida de algunos de sus órganos o de sus células y, también, al mantenimiento artificial de alguna de sus funciones. Luego, el hombre como unidad biopsicológica está muerto aun cuando alguno de sus órganos, por sí mismo, continúe funcionando o aisladas funciones vegetativas sean, artificialmente, mantenidas en actividad¹⁰⁴⁵.

6. Delimitación entre el delito de lesiones al feto y el delito de lesiones

6.1. Delimitación entre el delito de lesiones al feto y el delito de lesiones en España

En el CPes de 1995, la salud individual del feto se protege de un modo específico (Título IV del Libro II), sin que quepa incluir en el ámbito de las lesiones los menoscabos a la salud individual del embrión, o los causados al feto que no perjudiquen gravemente su desarrollo ni provoquen una grave tara física o psíquica, supuestos ambos no incluidos en los arts. 157 y 158 de dicho cuerpo legal. Según un sector de la doctrina española¹⁰⁴⁶, concurren los siguientes argumentos para ello: a) un menor merecimiento de protección de la vida humana dependiente en comparación a la vida humana independiente y b) la utilización en estos preceptos de la expresión “otro”, de modo prácticamente unánime, como referida a persona en sentido penal, o si se quiere, a seres con vida humana independiente¹⁰⁴⁷.

En lo que guarda relación con nuestro tema, resulta del todo relevante delimitar adecuadamente hasta cuándo existe sujeto pasivo de lesiones al feto y desde cuando existe sujeto pasivo del delito de lesiones. Evidentemente la solución de este tipo de casos depende de la opción dogmática que del principio de la vida independiente o límite mínimo de protección del sujeto pasivo de homicidio y de lesiones se siga. Si, por ejemplo, se suscribe la tesis de la separación completa del vientre materno, las conductas lesivas producidas durante el parto deberían ser sancionadas a título de lesiones al feto. Sin embargo, si se adscribe la tesis de que el inicio de la vida humana independiente principia con el inicio del parto, es decir, con el comienzo del proceso de expulsión de la criatura del vientre materno, toda vez que en dicho instante ya ha terminado o culminado el proceso de gestación o de maduración del cuerpo y de los órganos y funciones de la criatura, la cual se encuentra lista para vivir de manera independiente del cuerpo de su madre, las conductas lesivas producidas durante el parto deberían ser sancionadas a título de lesiones, toda vez que ya existiría vida humana independiente. En su momento nos inclinamos en España por la tesis del comienzo del nacimiento y por lo tanto a lo ya dicho nos remitimos.

¹⁰⁴⁴ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, pp. 23-24.

¹⁰⁴⁵ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, pp. 23-24.

¹⁰⁴⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 24.

¹⁰⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 57.

6.2. Feto, persona y principio de legalidad

Los delitos de lesiones al feto, vienen a colmar una constelación de casos que, a pesar de la importancia de la protección del feto, hasta antes de la promulgación del CPes de 1995 eran atípicos¹⁰⁴⁸ y, por lo tanto, quedaban impunes las lesiones, o incluso la muerte del ya nacido provocadas por actos médicos, generalmente imprudentes realizados durante el embarazo, tales como exposición radiológica del feto, efectos secundarios de medicamentos prescritos a la gestante, etc., o por enfermedades contagiadas o contraídas por la mujer durante el mismo, por conductas dolosas tales como violencias ejercidas sobre la embarazada¹⁰⁴⁹, pese a que de *lege ferenda* había un cierto consenso en la dogmática española en la necesidad de tipificar dichas conductas^{1050/1051}.

¹⁰⁴⁸ El origen de esas dificultades era común a todos los ordenamientos que, como el español antes de 1995, no contemplaban un delito específico que tutelase al feto como objeto de lesiones. Así, el proceso Contergan a finales de los años cincuenta y comienzo de los sesenta, planteó en Alemania al Tribunal de Aquisgran las dificultades para reconducir al ámbito penal las lesiones causadas al feto a consecuencia del consumo de mujeres embarazadas del medicamento Contergan, recetado como sedante. El caso se sobreescribió al comprometerse la empresa que comercializaba el producto a satisfacer una indemnización a las víctimas, para evitar la calificación de las conductas como atípicas, pero el Tribunal optó por reconducir los daños causados al feto como delitos de lesiones y homicidio, atendiendo a los respectivos resultados producidos después del nacimiento. Sin embargo, bajo esos intentos de evitar las lagunas de punibilidad que de otro modo se producirían, a nadie escapaba lo forzado del razonamiento que tomaban por base. Porque él suponía desconocer los diferentes bienes jurídicos implicados. En efecto, mientras en los daños por el consumo de las referidas pastillas la acción recaía directamente sobre el feto; en los delitos de lesiones y homicidio se protege, por el contrario, respectivamente, la salud individual y la vida humana independiente. Reconducir aquella a estos bienes jurídicos no podía tacharse más que como una construcción artificial y forzada. Lo anterior, sin perjuicio de que se estuviera de acuerdo en tomo a la conveniencia de evitar las lagunas de punibilidad que de otra forma estaban abocadas a producirse. (GÓMEZ RIVERO, *La Responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 509-510 y ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 221, JAEN VALLEJO, *DP aplicado*, op. cit., p. 181 y NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a vivir con dignidad*, op. cit., p. 325).

¹⁰⁴⁹ GÓMEZ RIVERO, *La Responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 494-495; CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Homicidio y sus formas”, op. cit., pp. 157-158

¹⁰⁵⁰ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 137-138; ROMEO CASABONA, *El médico y el DP*, op. cit., p. 276 y ss. y en ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 252-253; REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., pp. 42-43; GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., T. I, p. 613 y ss.; CUERDA RIEZU, “Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas”, en *ADPCP*, 1988, pp. 420-421; ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP, PE*, op. cit., pp. 221-222; VALLE MUÑOZ, “De las lesiones al feto”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la PE del DP*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 146; GONZÁLEZ RUS, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., p.136; CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Homicidio y sus formas”, op. cit., pp. 157-158; GÓMEZ RIVERO, *La Responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 510-511; CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 315; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., p. 143; RODRÍGUEZ MOURULLO Y JORGE BARREIRO, *Comentarios al CP*, op. cit., p. 447; HIGUERA GUIMERA, “Los delitos de lesiones al feto”, en *AP*, 2000, p. 372; GONZÁLEZ CUSSAC, “Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 3, 1995, pp. 81-82 y en RAMÓN RIBAS, *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 46-47.

¹⁰⁵¹ Minoritariamente algunos autores defendían que concurría el tipo del delito de homicidio o de lesiones, según correspondiera, valiéndose de diversos criterios, como los que se suelen utilizar para la determinación del tiempo de la comisión del delito, es decir la teoría del resultado o de la ubicuidad (BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE, Delitos contra las personas*, op. cit., p. 25). Serrano Gómez incluso cree que se podía haber prescindido de la incorporación de este Título IV al CP, toda vez que, a su juicio, lo normal es que el autor que causa unas lesiones al feto pretenda que las mismas continúe sufriendolas la persona después de nacer. Así las cosas, tales lesiones darían lugar a los tipos recogidos en el Título III, tratados en el capítulo anterior (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 138).

Sin embargo, en algunas sentencias la jurisprudencia intento remediar este defecto legislativo incluyendo directamente las lesiones al feto en el delito de lesiones, lo que llevaba a la absurda conclusión de que el aborto podría incluirse en el delito de homicidio.

En sentencia de 5 de abril de 1995, el TS español resolvió que: “Ciertamente que el delito de lesiones, aceptando que pueda surgir de comportamientos activos o de comisión por omisión, lleva embebida la idea de alteridad -herir, golpear o maltratar a otro, decía el texto vigente en el momento de los hechos-, y “el otro”, mientras no alcance la categoría de persona (el caso del feto o embrión humano) es más objeto que sujeto pasivo del delito; pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción -en sentido lato- se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el resultado -demostrada la relación causal- trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento. Este razonamiento en el mismo plano argumentativo del recurso tiene una indudable inspiración civilista al tomar como “*punctus saliens*” el momento en que se inicia la personalidad, situada fuera de la realidad de las cosas como evidencia el mismo Texto civil que se ve forzado a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables (arts. 29 y 30), y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica; si se añade, en armonía con los avances científicos, que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero -conforme a las técnicas más recientes- de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea preterida de la “*mulieris portio*”, es desconocer las realidades indicadas. La regulación penal anunciada, primero en el Proyecto de 1992 y actualmente en el de 1994 en proceso de elaboración legislativa, otorga a estos hechos una tipificación clara y realista que es eco de las razones últimamente expuestas, pero no implica que llene un vacío normativo porque desde la perspectiva actual es posible dotarles de una construcción jurídico-penal, tal como ha venido haciendo implícitamente la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 29 de mayo de 1965, 5 de mayo de 1988 y 1 de abril de 1992 referidas a las matronas, y otras a ginecólogos, como las de 29 de marzo de 1988 y 4 de octubre de 1990. En conclusión, afirmada como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad”¹⁰⁵².

Correctamente, la SAP de Sevilla de 13 de mayo de 2002 aprecia el delito de lesiones al feto por imprudencia del art. 158, corrigiendo la sentencia del Juez de lo Penal nº 1 de Sevilla de 30 de octubre de 2001, que había aplicado la calificación de lesiones por imprudencia del art. 152 a un caso de graves lesiones producidas por anoxia cerebral en el aún no nacido como consecuencia de una deficiente asistencia médica en el momento del parto.

¹⁰⁵² El mismo criterio sostuvo el TS en sentencias de 4 de mayo de 1995 y de 22 de enero de 1999.

Las críticas de la doctrina española no se hicieron esperar, ante tal flagrante violación del principio de legalidad¹⁰⁵³.

En efecto, el antiguo CPes protegía la vida del feto en el útero femenino, pero no de una forma absoluta, puesto que no se podía calificar como delito de aborto las interrupciones voluntarias del embarazo cuando concurría alguna de las indicaciones previstas en el art. 417 bis¹⁰⁵⁴. Además, el delito de aborto no protegía la salud del feto engendrado y procreado en el útero de la mujer embarazada, sino que prohibía la destrucción del feto, y aquí partimos de un caso en el que sólo hay lesiones físicas, psíquicas o genéticas en el feto¹⁰⁵⁵. Tampoco encajaba este supuesto en el delito de lesiones, ya que los delitos de lesiones, tal como acontece en la actualidad, están previsto para un menoscabo de la salud de “otro” según el CP, y este “otro” de que hablaban los art. 418 y ss., hacían referencia sin duda a la persona humana ya nacida, como se deducía del delito de homicidio (art. 407), donde se utiliza esa misma expresión “otro”, como equivalente al ya nacido¹⁰⁵⁶. De otro lado, no resulta posible sostener que cuando se provocan lesiones en el feto que luego permanecen tras el nacimiento, se está realizando el delito de lesiones con efectos legales a partir del momento del nacimiento, porque las características exigidas por las prohibiciones penales deben concurrir en el momento en el cual se lleva a cabo la conducta y en las lesiones al feto las lesiones se provocan durante el embarazo¹⁰⁵⁷.

Si bien lo anterior parece de una meridiana claridad, llama la atención la postura del TS en tanto equipara la condición del feto a la de persona, toda vez que con ello, el alto Tribunal realiza, a mi juicio, una verdadera *analogía in malam partem*¹⁰⁵⁸.

En efecto, si bien la ley protege la vida del que está por nacer, dicha protección debe ser gradual en función de su desarrollo, pero evidentemente no puede ni debe ser equivalente a la protección de la persona¹⁰⁵⁹. La distinta tutela penal que tanto el antiguo como el nuevo CPes otorga a la vida humana independiente, en comparación a la protección que se establece a favor de la vida humana dependiente, así lo demuestra.

Como ha quedado de manifiesto a lo largo de este capítulo la expresión “otro” utilizada tanto en los delitos en contra de la vida humana independiente, como en los delitos en contra de la salud individual, hace referencia a la persona, es decir a un ser humano con vida independiente, situación que reconoce el nuevo CPes al tipificar expresamente el delito de lesiones al feto, toda vez que con anterioridad a la entrada en vigencia del CPes de 1995, existía una situación que de *lege ferenda* debía ser tipificada en el ordenamiento penal español, según la opinión mayoritaria de la doctrina¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵³ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 138.

¹⁰⁵⁴ CUERDA RIEZU, “Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas”, op. cit., p. 420.

¹⁰⁵⁵ CUERDA RIEZU, “Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas”, op. cit., p. 420.

¹⁰⁵⁶ CUERDA RIEZU, “Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas”, op. cit., pp. 420-421.

¹⁰⁵⁷ CUERDA RIEZU, “Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas”, op. cit., pp. 420-421.

¹⁰⁵⁸ Concuerdan con este punto de vista GONZÁLEZ RUS, “Del homicidio y sus formas”, op. cit., p.136; REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, op. cit., pp. 42-43; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 138; ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 252-255; ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP, PE*, op. cit., pp. 221-222; RODRÍGUEZ RAMOS (Coord.), *CP concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, op. cit., p. 390 y RAMÓN RIBAS, *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, op. cit. p. 46.

¹⁰⁵⁹ CASADO, CORCOY Y ROYES (Coords.), “Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo”, op. cit., p. 27, en el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., pp. 15-16.

¹⁰⁶⁰ CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual Práctico de DP, PE*, op. cit., p.123.

De otro lado, la equiparación del feto a la persona nos lleva a conclusiones absurdas, toda vez que no tendría sentido la tipificación del aborto, ya que al ser el feto un ser humano con vida independiente, debería aplicarse a su respecto el delito de homicidio, situación que a todas luces no se condice con la legislación vigente. Además, cuando el legislador quiso proteger la vida del que está por nacer, lo hizo expresamente al tipificar el delito de aborto. Sin embargo, nada dijo en el antiguo CPes respecto de las lesiones al feto.

De lo dicho resulta evidente que para el legislador del antiguo CPes, así como para el actual, no era lo mismo feto que persona y no habiendo previsto expresamente las lesiones al feto, no puede el intérprete aplicar los preceptos relativos a los delitos de lesiones a las lesiones al feto, a pretexto de interpretar la expresión “*otro*”, creada para referirse a un sujeto con vida humana independiente.

En efecto, existe analogía cuando se aplica la ley a un caso para el cual no ha sido creada pero que se asemeja a aquel o aquellos a los cuales estaba destinada a regir. En la analogía se resuelve el caso en base a una regla jurídica, aun cuando el supuesto de hecho del caso concreto, se encuentra fuera del tenor literal de la norma, en base a un argumento de semejanza o al espíritu de la ley¹⁰⁶¹. En mi opinión es precisamente esto lo que hace el TS cuando justifica la equiparación de la expresión feto con la de persona, al interpretar el término “*otro*”, señalando que: “el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero -conforme a las técnicas más recientes- de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas”.

Ello me parece sumamente peligroso toda vez que si bien en otras disciplinas jurídicas distintas del DP la analogía es un medio permitido para resolver un caso concreto acudiendo a la máxima “*donde existe la misma razón ha de existir la misma disposición*”, toda vez que por muy bien hecha que esté hecha una ley, no puede abarcar todos los casos que se presentan en la realidad, sin embargo, en DP la analogía *in malam partem*, en contra del reo, está totalmente prohibida¹⁰⁶². Está prohibido en DP, acudir a la analogía para crear o extender delitos o agravar las penas, ya que de esta manera podría socavarse la seguridad jurídica de los ciudadanos, garantía consustancial a un Estado democrático de Derecho¹⁰⁶³. Sólo aquello que está previsto en la ley puede fundamentar la intervención punitiva estatal en contra del reo¹⁰⁶⁴. Ello es una afirmación del imperio de la ley y un límite a la actividad judicial, ya que el juez o el intérprete de la ley penal, no puede crear delitos o llenar los vacíos con base en normas semejantes, porque de lo contrario, se dejaría la puerta abierta a la arbitrariedad del juzgador y en caso contrario, el juez se transformaría en legislador y el ciudadano quedaría totalmente inerme frente al PJ¹⁰⁶⁵.

Distinto es el caso de la analogía *in bonam partem*, la cual a mi juicio es permitida, toda vez que no se opone al sentido de límite garantizador que posee el texto legal, ya que dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley, y no que no pueda ser castigado o eximido de pena si no lo contempla literalmente la ley, siendo así,

¹⁰⁶¹ Al respecto ver CURY URZÚA, *DP, PG*, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 201; BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, Editorial Ara, Lima, 2004, T. I, p. 567; POLITOFF, *DP, PG*, op. cit., T. I, p. 89; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. II, p. 479.

¹⁰⁶² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *DP, PG*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 182.

¹⁰⁶³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *DP, PG*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 182.

¹⁰⁶⁴ MUÑOZ CONDE, *Introducción al DP*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2003, p. 150.

¹⁰⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, op. cit., T. I, p. 567.

parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio^{1066/1067}.

Si bien alguien pudiera objetar que antes hemos suscrito la tesis de que el inicio de la vida humana independiente principia con el comienzo del parto, la verdad es que en estricto rigor, dicha postura no consiste en equiparar la calidad del feto con el estatus jurídico de persona, sino de fijar de manera cierta y coherente con el resto del ordenamiento penal, desde cuanto existe vida humana independiente¹⁰⁶⁸. Al respecto, debemos diferenciar, en materia de interpretación de la ley penal la *analogía in malam partem* con la realización de una *interpretación extensiva* de la ley penal¹⁰⁶⁹. En efecto, mientras la *analogía* supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal, la *interpretación extensiva* consiste en aplicar la ley penal en un sentido que no desborde o rebase los límites del texto legal. Por lo tanto, la interpretación extensiva es legítima, por cuanto se halla dentro del sentido literal posible del texto legal¹⁰⁷⁰. El sentido de la ley se expresa en las palabras utilizadas por el legislador y por ello, las palabras son el material básico de la interpretación y el “sentido literal posible” es el límite externo de aquélla, lo que se encuentra más allá de esta frontera es creación jurídica complementadora, es analogía prohibida en contra del reo, porque en un Estado de Derecho es imprescindible respetar el límite que impone el sentido literal posible, puesto que es el único elemento objetivo verificable que permite reconocer con seguridad dónde comienza la responsabilidad del Juez por su propia creación del Derecho¹⁰⁷¹. Al respecto debe tomarse en consideración que en materia de interpretación de la ley, para obtener el sentido profundo de una norma es necesario acudir a los diferentes recursos hermenéuticos en orden sucesivo pero no subsidiario ni excluyente^{1072/1073}. Luego, de acuerdo con el fin de la ley penal, la interpretación puede

¹⁰⁶⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 115-116.

¹⁰⁶⁷ A favor de esta postura véase, CURY, *DP, PG*, op. cit., p. 2002; POLITOFF, *DP, PG*, op. cit., T. I, p. 91; POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ, *Lecciones de DP chileno, PG*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 100; GARRIDO MONTT, *DP, PG*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, T. I, p. 93; BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 129; MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 115-116; CEREZO MIR, *Obras Completas*, op. cit., T. I, p. 225; JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 144; ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 158; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ *DP, PG*, op. cit., p. 207; de otra opinión, JIMÉNEZ DE ASÚA *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 524 y ETCHEBERRY, *DP, PG*, op. cit., pp. 112-116.

¹⁰⁶⁸ No obstante lo anterior, confunde ambas situaciones ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 221 y GONZÁLEZ RUS, “Formas de homicidio. Asesinato. Inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición. La eutanasia”, op. cit., p. 136.

¹⁰⁶⁹ Gómez Rivero sostiene que el la STS de 5 de abril de 1995, el TS realizó una interpretación extensiva (GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 510-511).

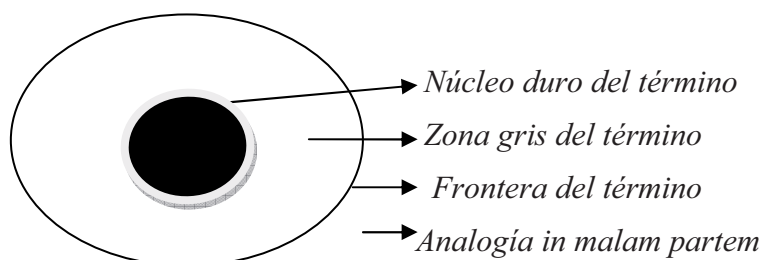
¹⁰⁷⁰ A favor de esta postura véase, MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 115-116; CEREZO MIR, *Curso de DP español*, op. cit., T. II, p. 254; JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 168-169; CURY, *DP, PG*, op. cit., pp. 197-198; JIMÉNEZ DE ASÚA *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 469; ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 149; de otra opinión, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ *DP, PG*, op. cit., p. 207; POLITOFF, *DP, PG*, op. cit., p. 99 (aunque parece existir una confusión terminológica, toda vez que parece atribuir a la interpretación extensiva una amplitud superior a la del tenor literal de la ley, concepción distinta a la defendida en este art.); Etcheberry, refiriéndose a las reglas de interpretación de la ley contenidas en el CC chileno, refiere que: “no todas estas reglas son siempre aplicables a la ley penal, por la particular naturaleza de ésta y la primacía del principio de reserva dentro del DP liberal, inspirador de las codificaciones decimonónicas. El propio Bello estimaba que en materia penal era siempre obligatoria la interpretación restrictiva, principio ampliamente admitido en la tradición histórica romano-canónica, pero en pugna con los principios de la Escuela de la Exégesis, particularmente reflejados en esta materia en el art. 23 del CC”, (ETCHEBERRY, *DP, PG*, op. cit., pp. 102-103).

¹⁰⁷¹ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 169-170.

¹⁰⁷² CURY, op. cit., p. 196.

ser restrictiva o extensiva¹⁰⁷⁴, ya que el hecho de que en DP el sentido literal constituya el límite entre la interpretación admisible y la analogía prohibida, no significa que la primera pueda desplazarse hasta la frontera del tenor literal. Repetidas veces la formulación de un tipo penal va más allá del ámbito de aplicación querido por el legislador¹⁰⁷⁵. En tales casos es misión del intérprete proporcionarle efectividad a la “*voluntad de la Ley*” por medio de una *reducción teleológica* adecuada al sentido de la interpretación detenida de un concepto¹⁰⁷⁶. Luego, una aplicación del Derecho al margen del marco de la regulación legal, o sea una interpretación que ya no esté cubierta por el sentido literal posible de un precepto penal, constituye una analogía fundamentadora de la pena y por tanto es inadmisibile¹⁰⁷⁷.

Esquematicemos la interpretación extensiva para diferenciarla de la *analogía in malam partem*:



Sin perjuicio de que la vaguedad es una característica connatural al lenguaje, necesario es admitir que todos los términos de una descripción típica van a ser siempre, en mayor o menor medida, indeterminados y por ello, en todo término o concepto, es posible distinguir un núcleo duro en el cual se encuentran comprendidas todas aquellas acepciones o situaciones que indiscutiblemente pertenecen al concepto de análisis y así, por ejemplo, nadie discutiría que un joven de veinte años de edad es una persona en el sentido jurídico, pero en la medida en que nos vamos alejando del núcleo del concepto, los términos o situaciones, no resulta posible afirmar con la misma claridad que estamos en presencia del concepto de análisis, así por ejemplo, no resulta tan claro desde cuándo existe vida humana independiente y, por lo mismo, sería discutible si la criatura durante el parto ha adquirido o no la calidad de persona, sin embargo, pareciéramos movernos siempre dentro de la frontera del término. En cambio si se sostuviera que el embrión tiene la calidad jurídica de persona, claramente nos encontraríamos en el terreno basto de la *analogía in malam partem*.

Como en este caso, pese a tratarse de un elemento descriptivo del tipo, el legislador no estableció parámetros claros para determinar la frontera del término, la zona indeterminada o esfera conceptual, resulta especialmente dilatada, lo que se traduce en un amplio margen de discrecionalidad para el intérprete¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷³ En tal sentido Roxin expresa que: “El legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez. A ese respecto el marco es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)” (ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 148-149).

¹⁰⁷⁴ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 148-149.

¹⁰⁷⁵ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 170-171.

¹⁰⁷⁶ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 170-171.

¹⁰⁷⁷ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 149.

¹⁰⁷⁸ OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales*, op. cit., p. 110

A mi juicio, con la tesis del comienzo del parto como principio de la vida humana independiente, a lo sumo podría señalarse que estamos realizando una interpretación extensiva en un campo en el cual el propio legislador dejó abierto un amplio margen para el intérprete. Sin embargo dicha situación, dista mucho de equipararse al mecanismo de la *analogía in malam partem* utilizado por el TS en las sentencias en comento, para sancionar conductas no tipificadas expresamente por el legislador.

No ocurre lo mismo en la equiparación del término feto con el de persona, en donde existen claras diferencias tomadas expresamente en cuenta por el legislador al diferenciar el delito de aborto del delito de homicidio, estableciendo una mayor tutela penal para el bien jurídico de la vida humana independiente, en relación a la protección penal de la vida humana dependiente y por ello no puedo estar de acuerdo con la opinión de García García-Cervigón, quien reconociendo que en la actualidad existe una laguna de punibilidad en el delito de lesiones al feto respecto de aquellos hechos en que se cause una tara que no sea grave, propone como solución, considerar al feto como sujeto pasivo de lesiones, basándose para ello, precisamente en la jurisprudencia del TS español¹⁰⁷⁹.

7. Atipicidad de las lesiones al feto en Chile

En la determinación del sujeto pasivo del delito de lesiones debemos considerar que el tipo básico de lesiones menos graves, contempladas en el art. 399, se remite al tipo agravado del delito de lesiones graves, previsto en el art. 397, el cual, al igual que el CPes, se refiere al sujeto pasivo con la expresión “*otro*”. En este escenario, debemos interpretar si la referencia “*otro*” cabe o no hacerla extensiva al que está por nacer.

La opinión dominante en la doctrina chilena considera que en el delito de lesiones sólo puede ser sujeto activo la persona física y que el sujeto pasivo coincide con el objeto material de la acción en estas figuras, correspondiendo a todo ser humano con vida independiente, es decir, el sujeto pasivo del delito de lesiones coincide con el del delito de homicidio¹⁰⁸⁰. En consecuencia, no lo son los seres carentes de vida, ni tampoco aquellos que sólo poseen vida humana dependiente.

Un fuerte argumento a favor de esta postura refiere que cuando el legislador chileno quiso proteger la vida del que está por nacer, lo hizo expresamente al tipificar el delito de aborto en el Párrafo primero del Título VII del CPch. Sin embargo a propósito de las lesiones, el legislador nada dijo y por lo tanto, de sancionar las lesiones al feto, se estaría violando el principio de legalidad, al castigarse una conducta por analogía *in malam partem*.

Por lo tanto, las lesiones sufridas por el que está por nacer (embrión o feto) quedan fuera de la protección de la salud individual y, conforme a nuestro sistema legal, son impunes¹⁰⁸¹. Lo anterior es efectivo, a menos que las lesiones sufridas por el

¹⁰⁷⁹ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados* op. cit., p. 32.

¹⁰⁸⁰ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 114; POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 181; GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 149; ECHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 113 y BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, p. 41.

¹⁰⁸¹ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 149 y POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 114.

nasciturus constituyan *aborto frustrado*, el cual sustraería el tema de las lesiones y requeriría el dolo de matar al feto¹⁰⁸².

La situación es crítica en Chile, si se considera que conforme a la regulación del delito de infanticidio el principio de la vida humana independiente debe ser fijado con posterioridad al parto, con lo cual quedan en situación de atipicidad incluso las lesiones provocadas a la criatura durante el parto.

Así las cosas, menos se entiende la decisión del foro penal chileno sobre discusión de un Anteproyecto de CP, cuando sostienen que es inconveniente la punición de esta clase de situaciones, como veremos más adelante.

8. Atipicidad de las lesiones al feto en Argentina

En Argentina, el art. 89 del CP dispone que: “Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código”. A la luz de esta disposición, Donna citando a Soler, a Fontán Balestra y a Núñez, y respecto de la cuestión de si sólo quedan comprendidas en la ley las lesiones provocadas a personas nacidas o también las causadas a personas por nacer, refiere que la mayoría de la doctrina tradicional considera que el sujeto pasivo debe ser el mismo que en el delito de homicidio, esto es, el ser humano desde que comienza el nacimiento hasta que se produzca la muerte¹⁰⁸³. Así, las lesiones al feto serían atípicas en el ordenamiento penal argentino, salvo que constituyan tentativa de aborto¹⁰⁸⁴.

Distinta es la opinión de Creus, quien al referirse a la cuestión de las lesiones inferidas al feto, sostiene que la ley argentina no pone en la necesidad de distinguir sujetos pasivos distintos de una misma acción, como ocurre con la de matar, que contempla conjuntamente los tipos de homicidio y de aborto¹⁰⁸⁵.

Donna, a mi juicio con razón, cree que una correcta interpretación de la ley debe llevar a considerar atípicas las lesiones causadas al feto, ya que cuando el legislador quiso incriminar la acción contra la persona por nacer, lo hizo expresamente a través del delito de aborto y, sin embargo, en materia de lesiones, omitió el tratamiento de la cuestión, por lo que resulta ilegítimo llenar el vacío legal en perjuicio del acusado¹⁰⁸⁶.

En síntesis, la inmensa mayoría de la doctrina argentina sostiene que el sujeto pasivo y objeto material del delito de lesiones es el ser humano con vida independiente, por lo tanto, no lo son los seres humanos carentes de vida y los seres humanos que tienen vida dependiente. Una eventual reforma podría incluir el delito de lesiones al feto, como lo hace el CPes de 1995, que no sólo regula la lesión dolosa al feto, sino también la culposa.

¹⁰⁸² POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 181; POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 108 y BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, p. 41.

¹⁰⁸³ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 133.

¹⁰⁸⁴ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 133.

¹⁰⁸⁵ CREUS, *DP, PE*, op. cit., T. I, pp. 73-74.

¹⁰⁸⁶ DONNA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 133.

9. Las lesiones al feto en el APCPCH

Sobre este punto cabe señalar que la propuesta original de APCPCH contenía dos disposiciones que regulaban el punto en cuestión. En efecto, el texto del art. 96 disponía que: “El que lesione al feto durante su gestación será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo”.

Cuando dichas lesiones produzcan después de su nacimiento algunos de los efectos señalados en el N° 1 del art. 86, la pena aplicable será la prevista en ese caso, rebajada en un grado.

Por su parte, el art. 97 prescribía que: “El facultativo que lesione al feto sufrirá, además de las penas señaladas en el artículo anterior, la de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión en su grado máximo. El facultativo que imprudentemente lesione al feto, sufrirá las penas señaladas para los respectivos casos en el artículo anterior, rebajadas en un grado, y la de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión en su grado medio”.

Como era de esperar, los fundamentos esgrimidos para sostener la regulación en esta materia dicen relación con la idea de llenar el sensible vacío existente en la legislación nacional, heredera de la legislación española que sirvió de modelo a la Comisión Redactora y que en esos tiempos no se hacía cargo del punto, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad. Se indicó, además, que la pena propuesta es proporcional a la de los restantes delitos de aborto, considerando el *plus* del efecto de dichas lesiones en la vida de la persona ya nacida.

Incluso miembros del Foro Penal, aplaudiendo la idea de legislar, propusieron elevar en un grado la pena del inciso primero del art. 96. No obstante lo anterior, el Foro Penal eliminó los textos propuestos completamente, por estimarse inconveniente su punición.

En mi opinión, la inclusión de estos preceptos es del todo necesaria en el ordenamiento chileno, máxime si se considera que con la redacción del delito de infanticidio (*dentro de las 48 horas siguientes al parto*) el límite entre la vida humana independiente y dependiente ha de ser fijado después del parto, quedando en consecuencia, en situación de atipicidad, las conductas dolosas e imprudentes que lesionen la salud individual de la criatura durante el parto, pese a la evidente situación de desprotección en la que se encuentra ya que, lamentablemente, esta clase de hechos ocurren con no poca frecuencia.

10. Conclusiones

1. El delito de lesiones es un *delito común*, porque puede ser *sujeto activo* todo “*el que*” ejecute la conducta típica, por lo tanto, puede ser cualquier persona física, no importando la calidad de quien lo comete. El *sujeto pasivo* se designa con la expresión “*otro*”, es decir, un ser humano con vida humana independiente diferente del autor. Su protección se extiende desde el principio de la vida humana independiente hasta el momento de su muerte. El sujeto pasivo es individual, ya que la salud colectiva es protegida por otros preceptos. El *objeto material* en el delito de lesiones coincide con el sujeto pasivo.

2. El comienzo de la vida humana independiente, determina la calificación jurídica del hecho y con ello, la sanción penal. Las diferencias de pena entre el delito de lesiones al feto y el delito de lesiones son considerables, por lo que podemos concluir que el

legislador le otorga mayor protección a la salud del ser humano con vida independiente que a la del nasciturus. En Chile las lesiones al feto son atípicas, por lo que la determinación del comienzo de la vida humana independiente es aún más importante.

3. En España la ley no ofrece solución, limitándose a señalar en los delitos contra la vida humana independiente al sujeto pasivo como la expresión “otro” y en las lesiones al feto, a éste como su objeto de protección, dejando el legislador al intérprete, un amplio campo para determinar el alcance de estos términos.

4. En principio la vida humana independiente comienza con el *nacimiento*, pero las opiniones se dividen a la hora de determinar el instante en que éste tiene lugar. Las teorías van desde aquella que fija el inicio de la vida humana independiente en el comienzo del parto, pasando por la que sustenta la finalización de éste, hasta aquellas que exigen la respiración pulmonar autónoma del nacido y las que requieren la total expulsión del fruto de la concepción del claustro materno o, incluso, aquella que fija la cisura en el momento del corte del cordón umbilical.

5. Debe rechazarse la teoría civilista toda vez que su aceptación supondría dejar completamente desprotegida la vida humana en el tiempo que media entre el nacimiento y el término de las veinticuatro horas siguientes al mismo o tener que ampliar, de manera reñida con el principio de legalidad, hasta ese momento el concepto de “*aborto*” e interpretar este vocablo de un modo diferente al usual.

6. Debe rechazarse la teoría de la respiración autónoma del nacido porque podría producir una laguna legal consistente en la muerte violenta producida ya en el seno materno o durante el parto del niño, obstruyéndole por asfixia las vías respiratorias o provocando un ahogamiento, casos que no encajan con el delito de aborto ni con los delitos de homicidio o lesiones, porque la criatura no sería persona al no haber respirado autónomamente.

7. Debe rechazarse la teoría de la percepción visual, porque el criterio de mayor o menor reprochabilidad, es inadecuado para establecer una distinción cualitativa entre los delitos. Además, nadie estaría dispuesto a admitir, que es menos reprochable, la muerte producida a una víctima a la que no se ve inmediatamente (por ejemplo con el envío de un paquete-bomba) que la ocasionada a quien se percibe visualmente.

8. Debe rechazarse la teoría de la autonomía vital, ya que si bien capta algunos aspectos relevantes de la distinción entre vida dependiente e independiente, al estar orientada a las características de la eventual agresión, no toma en cuenta que la verdadera clave del diferente régimen entre los delitos contra la vida dependiente e independiente, se encuentra en la *particular relación de dependencia* en que la vida humana se encuentra durante el proceso de gestación y en el significado que el nacimiento ostenta, al final de dicho proceso, como paso de la vida albergada en el seno materno a la vida que se desarrolla en la sociedad.

9. Debe rechazarse la teoría de la completa separación del niño del claustro materno, porque retrasa en exceso la mayor protección que suponen los delitos en contra de la vida y de la salud independiente, sobre todo en lo que a las conductas imprudentes realizadas durante el parto se refiere, las cuales son, lamentablemente, de común ocurrencia. En Chile no se encuentra tipificado el delito de lesiones al feto, por lo que la adopción de este criterio, dejaría en situación de impunidad las lesiones imprudentes que se producen durante el parto.

10. La teoría de la viabilidad debe ser rechazada toda vez que la ley al utilizar la expresión “otro” se está refiriendo a un sujeto con vida humana independiente,

pudiendo ser lesionada tanto una persona sana como una persona enferma o, incluso un condenado a muerte, ya que en virtud de la dignidad humana, todas las vidas tienen el mismo valor y deben ser protegidas de la misma manera, de modo que la mayor o menor viabilidad del *nasciturus*, además de constituir un requisito adicional no señalado en la ley, no se adecua a los principios que rigen el sistema.

11. La teoría del corte del cordón umbilical, debe ser rechazada toda vez que implica considerar como aborto los casos de abandonos de recién nacidos con resultado de muerte cuando aún no se ha cortado el cordón umbilical, a pesar de que la criatura ya abandonó el claustro materno, interpretación bastante reñida con el principio de legalidad.

12. La teoría del comienzo del parto debe acogerse toda vez que otorga mayor protección penal a la vida y a la salud individual del niño, fundándose para ello, en el hecho de que a partir de este momento el fruto de la concepción ya ha finalizado su periodo de maduración, debiendo sancionarse las conductas dolosas e imprudentes que afecten estos bienes jurídicos y que se lleven a cabo durante el parto, como homicidio o lesiones, lo que es importante tratándose de imprudencias médicas cometidas en este lapso.

13. En Chile la cisura se encuentra determinada por el delito de infanticidio, que fija su comisión en un periodo preciso, con la expresión: “*dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto*”, con lo cual existe vida humana independiente a partir de un momento posterior al parto. De ahí que la conducta llevada a cabo por el hechor antes o durante el parto puede únicamente ser constitutiva de aborto, toda vez que en Chile son atípicas las lesiones al feto. Deben rechazarse las teorías del corte del cordón umbilical y la de la autonomía de vida, por las mismas razones que en España. Además, con dicha redacción no es posible acoger la teoría del inicio del parto. En Chile, la cisura se produce con la *completa separación del niño del vientre materno*. El término del parto, corresponde al momento de la expulsión del feto a través de las paredes de la vagina o su extracción quirúrgica desde el útero. Ello tiene la dificultad, que para no incurrir en una solución de continuidad entre el delito de infanticidio y aborto se debe interpretar que la expresión “causar aborto” contemplada en los arts. 342, abarca también al proceso del parto, concepto que además es comprendido por el proceso del embarazo, cuestión que al menos desde un punto de vista semántico y biológico resulta bastante discutible, pero necesario si no se quiere llegar a sostener que la muerte de la criatura llevada a cabo durante el parto es atípica.

14. El texto definitivo del APCPCH, no contiene una solución expresa, pero elimina la figura de infanticidio dejando el legislador un amplio margen de interpretación para determinar el inicio de la vida humana independiente. Luego, considerando que dicho texto no contempla el delito de lesiones al feto y que es precisamente el momento del parto en donde la criatura se encuentra expuesta a la mayor cantidad e intensidad de riesgos, debería optarse por la tesis del comienzo del nacimiento, si se quiere evitar que las lesiones provocadas a la criatura durante el parto no queden en situación de atipicidad. En Alemania y en Argentina, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria siguen el criterio del inicio del parto.

15. En la determinación del límite máximo de protección de la vida y la salud individual hay que determinar normativamente el momento a partir del cual no hay vida humana susceptible de protección jurídica. Para ello se debe fijar un momento preciso en donde el proceso de la muerte sea irreversible, por no ser posible la recuperación de la vida, pero lo suficientemente adelantado para permitir la extracción de órganos o tejidos en

condiciones biológicas para ser trasplantados. Cualquier duda en la determinación de la muerte ha de resolverse en favor de la persona que se encuentra en esa situación, con exclusión de cualquier otro interés, por muy importante y atendible que este parezca.

16. Para el DP el concepto de muerte importante es el de *muerte cerebral*, entendida como el *cese irreversible de la actividad cerebral*, por tratarse de un suceso incompatible con la vida. Con la muerte cerebral además de la pérdida de conciencia, se produce el cese de otras funciones cerebrales sin las cuales el individuo no puede actuar autónomamente y realizar su condición de persona. Dicho concepto es importante además para los efectos de decidir el mantenimiento o retiro del tratamiento que mantiene de manera artificial la respiración y la circulación. Producida y comprobada la muerte cerebral, la detención de los medios mecánicos que la sostienen no importa acortar la vida. El concepto de muerte cerebral, se ha impuesto en España, Alemania, Argentina y Chile.

Capítulo VI

Tipo objetivo en el delito de lesiones

A. Formas de configuración del delito de lesiones en atención a la clasificación de los tipos penales

SUMARIO: 1. Introducción.— 2. Delitos de mera actividad y delitos de resultado.— 3. Delitos de peligro y delitos de lesión.— 4. Delitos de tipo simple o compuesto.— 5. Delitos de un solo acto o de varios actos, delitos mixtos o con pluralidad de hipótesis y de emprendimiento.— 6. Delitos de forma libre o vinculada.— 7. Delitos de acción y delitos de omisión.— 8. Tipos calificados, tipo básico y tipo privilegiado.— 9. Delitos comunes y delitos especiales.— 10. Delitos instantáneos, permanentes y de estado.— 11. Delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano.— 12. Conclusiones.

1. Introducción

Sin perjuicio de que varios de estos temas serán analizados con mayor profundidad en el transcurso del capítulo sexto, conviene comenzar por analizar la forma en la cual el legislador ha configurado el delito de lesiones, tomando para ello en cuenta la clasificación de los tipos penales, para efectos de claridad expositiva.

2. Delitos de mera actividad y delitos de resultado

En atención a si el tipo requiere o no de un resultado para su consumación, los delitos pueden ser *delitos de mera actividad* o *de resultado*¹⁰⁸⁷.

Los *delitos de mera actividad*, son aquellos para cuya consumación basta con la realización completa de la actividad descrita en el tipo, toda vez que el tipo de injusto se agota en la conducta del autor sin que el resultado potencial o efectivo, separado de la conducta, deba sobrevenir¹⁰⁸⁸. Así, por ejemplo, se dice que el delito de tráfico ilícito de drogas es un *delito de mera actividad*, toda vez que el tipo requiere que el sujeto activo realice cualquiera de las conductas descritas en el tipo penal, para que se considere delictiva, sin necesidad de acreditar que, en el caso concreto, ha existido un resultado separado de la conducta^{1089/1090}. Sin embargo, el hecho de que sean delitos de mera actividad no significa que no se deba acreditar la peligrosidad *ex ante* de la conducta¹⁰⁹¹. Además, son tipos de mera actividad, por ejemplo, los delitos de falso testimonio, perjurio y falsificación de instrumento público.

Por su parte, los *delitos de resultado*, son aquellos que requieren para su consumación de la producción de un resultado, separado de la conducta que lo produce¹⁰⁹². Estos tipos penales exigen un cambio, un resultado, modificación o alteración del mundo exterior ocasionado por la conducta en que se manifiesta la lesión

¹⁰⁸⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 221-222.

¹⁰⁸⁸ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 282; VILLAMOR LUCÍA, *Delitos de peligro abstracto, una aproximación al DP del enemigo*, op. cit., p. 1 y MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 221.

¹⁰⁸⁹ CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., p. 966.

¹⁰⁹⁰ ROMERAL MORALEDA Y GARCÍA BLÁZQUEZ, *Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses*, Editorial Comares, Granada, 1993, p.3.

¹⁰⁹¹ JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I, un estudio analítico del art. 368 del CP*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999, pp. 45-46.

¹⁰⁹² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 221.

o el peligro del bien jurídico protegido separado espacial y temporalmente de la acción del autor¹⁰⁹³. El menoscabo del bien jurídico puede consistir, por lo tanto, en la lesión o daño efectivo o en la puesta en peligro del mismo. Por ejemplo, la muerte del ofendido respecto del delito de homicidio. Se entiende por resultado, la modificación del mundo exterior como consecuencia de la conducta que lo produce.

De acuerdo con lo dicho, resulta evidente que el delito de lesiones es un delito de resultado, toda vez que para su consumación requiere, además de la conducta creadora de un riesgo típicamente relevante, la concurrencia de un resultado separado constituido por la lesión o menoscabo para la salud individual¹⁰⁹⁴. Tratándose de un delito de resultado, tal como sucede en el caso del delito de homicidio, caben las formas imperfectas de ejecución, esto es la tentativa acabada o inacabada e incluso los actos preparatorios de la conspiración, proposición y provocación conforme a lo dispuesto en el art. 151 del CPes. Al respecto, hay que tomar en consideración que los requisitos de primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico son necesarios para la consumación del delito de lesiones, sin embargo, no parece lógico estimar, por ejemplo, la simple concurrencia de una falta de lesiones cuando el sujeto quería cortarle una dedo al sujeto pasivo y acaba causándole sólo rasguños. En estos casos, la intención deberá deducirse de las circunstancias del hecho, con criterios similares a los utilizados para diferenciar entre el dolo homicida del dolo de lesionar (instrumento utilizado, número, entidad y dirección de los golpes, etc.)¹⁰⁹⁵.

Sin embargo, en la práctica a veces los Jueces califican como falta de lesiones, en base al resultado, lo que en realidad fue una tentativa de delito de lesiones o incluso de homicidio¹⁰⁹⁶. Esta forma de razonar, consistente atender al resultado producido y luego asociar la pena a la entidad del mismo, si bien constituye un mecanismo bastante cómodo para el juez, es un claro ejemplo de una interpretación del delito de lesión como delito calificado por el resultado y, por lo tanto, de la infracción del principio de culpabilidad, a pesar de que dicho principio se encuentra contenido expresamente en el CPes en los arts. 5 y 10.

3. Delitos de peligro y delitos de lesión

Según la intensidad del menoscabo para el bien jurídico, los delitos de resultado pueden ser *delitos de daño o de lesión*, que son aquellos en que la ley describe una conducta que trae consigo la efectiva destrucción o menoscabo de un bien jurídico¹⁰⁹⁷. Por lo tanto, en estos delitos el bien jurídico es conculcado, deteriorado, destruido, afectado o dañado efectiva o materialmente. Así por ejemplo sucede en el caso del bien jurídico de la vida en el homicidio o de la libertad sexual en la violación.

¹⁰⁹³ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 328.

¹⁰⁹⁴ SUÁREZ MIRA, *Manual de DP*, op. cit., p. 86.

¹⁰⁹⁵ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 148; CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 141; ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 176; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 65; TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 61-62 y en TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 110; FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 68; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 250; CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., pp. 130-131 y 137 y RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.), *CP comentado*, op. cit., p. 335.

¹⁰⁹⁶ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 109.

¹⁰⁹⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 229.

En cambio, los *delitos de peligro*, son aquellos en que el legislador considera suficiente para la incriminación la *puesta en peligro del bien jurídico*, es decir la *probabilidad* de una lesión concreta al bien jurídico tutelado, el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción¹⁰⁹⁸. En estos delitos el tipo se satisface con la puesta en peligro del bien jurídico, el cual permanece incólume pero se afecta su seguridad. El *peligro* consiste en un estado desacostumbrado o anormal de la vida, en que razonablemente, es probable que en una situación determinada, descrita en el tipo penal, resulte dañado, en resumen, es una probabilidad normativa y no matemática de lesión del bien jurídico penal¹⁰⁹⁹. El peligro es *normativo* por cuanto sólo tiene relevancia cuando puede ser calificado como un *riesgo*, esto es, como un peligro potencial¹¹⁰⁰ o estadístico¹¹⁰¹, cognoscible y controlable¹¹⁰².

Así, en el caso del delito de *lesiones*, el tipo requiere que el bien jurídico de la salud individual sea efectivamente lesionado para que el delito se encuentre consumado. De esta manera, podemos concluir que el delito de lesiones es un delito de resultado y de lesión.

4. Delitos de tipo simple o compuesto

Según el número de bienes jurídicos protegidos por la disposición penal existen *delitos simples*, que son aquellos tipos que sólo protegen un bien jurídico, por ejemplo la vida en el caso del delito de homicidio¹¹⁰³.

Por su parte, los *delitos compuestos*, son aquellos tipos en los cuales son varios los bienes jurídicos tutelados¹¹⁰⁴. Así, en el delito de robo con intimidación, se protege la propiedad y la libertad.

Conforme a lo referido en el capítulo primero sobre el bien jurídico protegido, en la especie nos encontramos ante un tipo simple, toda vez que el delito de lesiones se tutela únicamente el bien jurídico de la salud individual, toda vez que la integridad física no es sino un bien jurídico instrumental del primero, como tuvimos ocasión de analizar en el capítulo III.

5. Delitos de un solo acto o de varios actos, delitos mixtos o con pluralidad de hipótesis y de emprendimiento

De acuerdo con el número de conductas recogidas en el tipo, es posible diferenciarlos en:

Delitos de un solo acto, que son aquellos que requieren una sola conducta en el hecho, por ejemplo el delito de daños¹¹⁰⁵.

¹⁰⁹⁸ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 336.

¹⁰⁹⁹ BARBERO SANTOS, op. cit., p. 492; CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, op. cit., p. 43.

¹¹⁰⁰ JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I, un estudio analítico del art. 368 del CP*, op. cit., p. 42.

¹¹⁰¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 231.

¹¹⁰² CORCOY BIDASOLO, *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*, op. cit., pp. 43-44.

¹¹⁰³ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 284.

¹¹⁰⁴ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 284.

¹¹⁰⁵ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 337.

Por su parte, los *delitos de varios actos*, son aquellos que requieren dos o más conductas en el hecho, como sucede, por ejemplo, en el tipo de robo, el cual requiere para su consumación de la realización por parte del sujeto activo, de varios actos. Así, al primer acto (violencia o intimidación) ha de seguir una sustracción como segundo acto¹¹⁰⁶.

Los *delitos mixtos, alternativos o con pluralidad de hipótesis* son aquellos en los que la ley prevé la posibilidad de aplicar a distintas conductas opcionales o alternativas una misma conminación penal¹¹⁰⁷. Mediante la consignación de una misma pena se da una unidad externa a varios supuestos cuya conexión se expresa gramaticalmente por la conjunción “o”, como sucede, por ejemplo en el caso de los tipos de hurto del art. 447 del CPch.

Los *delitos de emprendimiento* son aquellos en los cuales el autor participa una y otra vez en una empresa criminal iniciada o no por él, en la cual cada participación es punible por sí sola, pero, en atención al sentido de la ley, su reiteración no puede ser sometida a las reglas concursales comunes, como sucede, por ejemplo, en el caso del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, por cuanto el hecho de que una misma persona compre, venda, importe o distribuya a distintas personas sustancias prohibidas no supone la realización de tantos delitos como personas intervienen, sino de una única empresa criminal especialmente penada por la ley¹¹⁰⁸.

De este modo, atendiendo al número de conductas que conforman la tipicidad del hecho, podemos concluir que el delito de lesiones es un tipo de un acto, por cuanto, puede realizarse a través de una sola conducta lesiva. Evidentemente, ello no impide que la conducta pueda llevarse a cabo por más de una acción naturalísimamente considerada, como sucedería, por ejemplo, si al fallar en su primer intento, el sujeto activo debe recurrir a otro u otros actos para lograr el cometido lesivo y lo mismo sucede en caso de que dolosa o imprudentemente el sujeto activo realice la acción en repetidas ocasiones en el mismo contexto (tres golpes de puño y un golpe de pie).

6. Delitos de forma libre o vinculada

En atención a la forma o modo de comisión, los delitos pueden ser delitos de forma libre o vinculada.

Son delitos de *forma o modo libre*, aquellos que pueden cometerse a través de cualquier medio que cause o provoque el resultado exigido por el tipo penal¹¹⁰⁹. Así, por ejemplo, el delito de homicidio se describe simplemente como “el que mate a otro”, no indicando el legislador medios o forma alguna a través de los cuales debe llevarse a cabo la conducta descrita en el tipo penal.

Son delitos de *forma vinculada*, aquellos en que la clase de actividad a través de la cual debe llevarse a cabo el tipo penal ha sido descrita por el legislador¹¹¹⁰.

El delito de lesiones en España es un delito de forma libre o de medios abiertos, toda vez que el legislador señaló expresamente en el art. 147.1, que la conducta puede ser llevada a cabo por cualquier medio o procedimiento.

¹¹⁰⁶ ROXIN, DP, PG, op. cit., p. 337.

¹¹⁰⁷ JESCHECK Y WEIGEND, DP, PG, op. cit., p. 285.

¹¹⁰⁸ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP, PG*, op. cit., p. 191-192.

¹¹⁰⁹ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, DP, PG, op. cit., p. 409.

¹¹¹⁰ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, DP, PG, op. cit., p. 409.

En Chile, sin embargo, hay que distinguir. Las lesiones graves no pueden cometerse mediante cualquier clase de conducta, sino sólo a través de los medios descritos en la ley. De tal manera, conforme a lo dispuesto en los arts. 397 y 398 del CPch, las lesiones graves son delitos de forma vinculada, puesto que sólo pueden llevarse a cabo hiriendo, golpeando, maltratando de obra a otro, o bien, administrando a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima. En cambio, el tipo base y el tipo privilegiado, se encuentran configurados como delitos de forma libre o de medios abiertos, toda vez que el legislador no previó forma alguna de llevar a cabo la conducta lesiva.

Esta clasificación tiene importancia para determinar la naturaleza del delito en atención a la clasificación siguiente.

7. Delitos de acción y delitos de omisión

Atendiendo a la estructura del tipo penal, es decir, a la naturaleza de la norma infringida, los delitos pueden ser de *acción* o de *omisión*.

Son *delitos de acción*, aquellos en que la ley *prohíbe* la realización de una conducta que se estima nociva para un bien jurídico¹¹¹¹. Por ejemplo, el robo.

Por su parte, los *delitos de omisión* son aquellos en los cuales la ley *ordena, prescribe o exige actuar* en determinado sentido que se estima beneficioso y se castiga el no hacerlo¹¹¹². El delito consiste en desobedecer una norma preceptiva, en no realizar la conducta esperada, lo cual implica desarrollar una conducta positiva que se realiza en lugar de la ordenada, toda vez que quedarse quieto, es también una forma o modo de conducta.

Los delitos de omisión pueden ser *delitos de omisión pura*, que son aquellos que se consuman por la no realización de la conducta típica ordenada y, a la que no es necesario imputar resultado lesivo alguno¹¹¹³. En esta clase de delitos no es parte del tipo la producción de un resultado típico determinado, por lo que se trata de delitos de mera actividad, como sucede en el caso de la omisión de socorro.

Los *delitos de omisión impropia o de comisión por omisión*, en cambio, son aquellos que consisten en no impedir un resultado, pudiendo hacerlo y pese al *deber de garante* que obligaba a actuar¹¹¹⁴. La conducta que está descrita en la norma en forma de acción, se entiende que puede cometerse también por omisión, y por ello se denominan también de *comisión por omisión*. Como se aprecia son delitos de resultado¹¹¹⁵.

Los delitos de omisión también se clasifican en *omisión prevista como tal en la ley* y *omisión no descrita expresamente por la redacción legal*. En el primer grupo se contienen tanto formas de omisión puras como de comisión por omisión. En el segundo grupo cabe sólo la comisión por omisión, porque el asiento legal -indirecto- ha de buscarse en los tipos de resultado, que se entienden realizados tanto por conducta positiva como por la no evitación del resultado en ciertas condiciones.

¹¹¹¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 224-225.

¹¹¹² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 224-225.

¹¹¹³ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 225.

¹¹¹⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 225.

¹¹¹⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 225.

Esta clasificación es importante porque tanto en los delitos de acción como en los de omisión concurre una conducta positiva, que en el caso de la omisión, consiste en llevar a cabo una conducta distinta en lugar de la esperada y, por lo tanto, la diferencia radica en el *plano normativo*, en la clase y contenido de la norma jurídica infringida: si la norma infringida *prohíbe* una conducta nociva, origina un delito de acción y si la norma infringida *preceptúa* una conducta beneficiosa, origina un delito de omisión¹¹¹⁶.

En Chile se cuestionan los delitos de *comisión por omisión*, porque conforme a lo dispuesto en los incisos 7° y 8° del art. 19 N° 3 de la CPR, los delitos deben estar expresamente descritos en la ley y por lo tanto, si se concluye que la acción no abarca a la omisión se hace constitucionalmente discutible montar un delito de omisión sobre una hipótesis de acción, ya que como decía Radbruch, en el plano ontológico, entre el hacer y el no hacer, no puede haber ningún concepto que abarque ambas cosas, lo que es, es, y no puede dejar de ser, y viceversa, así entre la acción y la omisión no puede haber un concepto superior, ya que naturalmente acción y omisión son conceptos antagónicos y deben ser tratados de manera diferente¹¹¹⁷. No obstante lo anterior, la inmensa mayoría de la doctrina y la jurisprudencia chilena, no han tenido problema alguno para admitir la construcción de la comisión por omisión tomando como base las conductas activas, toda vez que los tipos penales son formulaciones normativas de atribución de responsabilidad penal y no meras descripciones naturalísticas.

En España como la constitucionalidad, es decir, la compatibilidad de los delitos de comisión por omisión con el principio de legalidad, no estaba totalmente fuera de duda, se introdujo el art. 11 del CPes¹¹¹⁸, el cual ofrece cobertura legal a la construcción doctrinal y jurisprudencial de la comisión por omisión, equiparado esta categoría jurídica a los delitos de resultado, imponiéndoles la misma pena y determina las fuentes de la posición de garante, atendiendo a la hoy en día superada teoría formal del deber jurídico, que decide la posición de garante atendiendo a las fuentes formales de la ley, el contrato y el actuar precedente, sin embargo, el sólo deber jurídico específico de actuar no puede ser suficiente para afirmar la posición de garante que suponga equiparar la omisión a la acción y por ello Mir Puig propone interpretar el precepto de manera tal que, además de exigir el deber jurídico específico, se requiera la efectiva concurrencia de equivalencia entre la acción y la omisión que empieza por exigir el propio art. 11 del CPes¹¹¹⁹.

Por su parte, el CP alemán en los párrafos 13 y 49, consagra expresamente la comisión por omisión, con una clara atenuación de la pena, correspondiéndole a la doctrina concretar los supuestos en que el específico deber jurídico de evitar el resultado (posición de garante) y la equivalencia de acción y omisión tienen lugar. Pero la ley autoriza ya la posibilidad de que un tipo formulado positivamente se realice por omisión.

En España considerando que el delito de lesiones es un delito de resultado y de forma abierta, en el cual el legislador no determinó las formas o modos de ejecución de la conducta, es posible dar cabida a la comisión por omisión.

En Chile el delito de lesiones graves es de forma vinculada y las conductas *herir, golpear y maltratar de obra a otro*, dicen relación con formas activas, razón por la cual no cabe la comisión por omisión. Distinto es el caso del tipo básico y del delito

¹¹¹⁶ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., pp. 225-226.

¹¹¹⁷ ROXIN, DP, PG, op. cit., p. 238.

¹¹¹⁸ BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., p. 534.

¹¹¹⁹ MIR PUIG, DP, PG, op. cit. pp. 318-321.

privilegiado de lesiones, toda vez, que ambos se encuentran configurados con tipos penales de medios abiertos y de resultado, razón por la cual no existe fundamento legal para excluir a la comisión por omisión.

8. Tipos calificados, tipo básico y tipo privilegiado

Los tipos *cualificados* o *privilegiados* sólo añaden circunstancias agravantes o atenuantes al tipo básico, que obligan a una consideración independiente del tipo autónomo¹¹²⁰, pero que no modifican sus elementos fundamentales (como sucede en el caso de la calidad de las personas y las circunstancias del hecho, en el tipo privilegiado de las lesiones leves respecto del tipo base de las lesiones menos graves)¹¹²¹. Por el contrario, el tipo autónomo constituye una estructura jurídica unitaria, con un contenido y un ámbito de aplicación propio, con un marco penal autónomo, etc.,¹¹²²

En España, la actual regulación en materia del delito de lesiones, procede en buena parte de la reforma del anterior CP que se produjo en 1989. El Título III del CP de 1995 contiene un tipo básico que contiene un concepto general de lesiones (el concepto de lesión es posible extraerlo de la interpretación de los arts. 147,1 y 617.1). Sobre él se construyen los tipos cualificados en función del medio empleado, de la cualidad de la víctima (art. 148) o de los resultados producidos (arts. 149 y 150); también se mantienen dos delitos específicos introducidos en la reforma de 1989; el de participación en riña con medios peligrosos (art. 154) y el de empleo de violencia sobre personas relacionadas afectiva o familiarmente con el agresor, objeto de reforma en 1999 y en 2003 (art. 153)¹¹²³. Además, se contemplan dos tipos privilegiados en los arts. 147.2 y 617.1.

En Chile existe un tipo cualificado consistente en el delito de lesiones graves constituido por las lesiones graves gravísimas y simplemente graves (art. 397 N° 1 y N° 2), un tipo base, esto es, el delito de lesiones menos graves; y un tipo privilegiado, constituido por la falta de lesiones (art. 494 N° 5).

9. Delitos comunes y delitos especiales

Atendiendo a la calidad de los sujetos activos los delitos pueden ser *delitos comunes* o *especiales*.

Los *delitos comunes* son aquellos en que el sujeto activo puede ser cualquier persona, lo que se expresa sucintamente con la fórmula “*el que*”¹¹²⁴, como sucede por ejemplo en el caso del delito de homicidio.

Por su parte, los *delitos especiales* o *de sujeto activo calificado*, son aquellos en que sólo pueden ser *sujetos activos* quienes reúnan determinadas condiciones que requiere la ley, como sucede en el caso de los delitos en contra de la administración pública, en los que la condición de autor se restringe a quienes posean la cualidad de

¹¹²⁰ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DP, PG*, op. cit., p. 409.

¹¹²¹ MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, op. cit., pp. 257-258.

¹¹²² MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, op. cit., pp. 257-258.

¹¹²³ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 113-114.

¹¹²⁴ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 285-286.

“autoridad” o la de “funcionario”, ambos términos definidos con carácter general por el legislador en el art. 24¹¹²⁵.

A su vez, los delitos especiales pueden ser *delitos especiales propios o impropios*.

Los *delitos especiales propios* son aquellos que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta, como sucede, por ejemplo en el caso de la prevaricación del art. 446 del CPes, ya que la sentencia injusta dictada por quien carece de la condición de juez es impune en cuanto tal¹¹²⁶.

Por su parte, los *delitos especiales impropios* son aquellos en que el elemento característico del autor solo opera agravando o privilegiando la pena y, por lo tanto, guardan correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción, como ocurre, por ejemplo, con el vínculo de parentesco en el parricidio y el infanticidio en Chile (arts. 390 y 394 del CPch) o con el delito de malversación de caudales públicos por parte de autoridad o funcionario público (art. 432), ya que, si el que realiza la sustracción no es autoridad o funcionario competente, cometerá el delito común de hurto (art. 234)¹¹²⁷.

El delito de lesiones tanto en Chile como en España se encuentra constituido como un delito común, toda vez que puede ser sujeto activo de la conducta cualquier persona.

10. Delitos instantáneos, permanentes y de estado

Según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un estado antijurídico de cierta duración o no¹¹²⁸, los delitos pueden clasificarse en:

Delitos instantáneos que son aquellos en que el hecho punible se perfecciona con una conducta y, en su caso, un resultado y cuya realización es inmediata, como sucede por ejemplo con el falso testimonio que se consuma con la declaración mendaz (arts. 206 y siguientes del CPch) o bien con el homicidio, el cual se consuma en el instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera, ya que la muerte, como estado naturalístico, no puede considerarse antijurídica porque no puede ya ser removida por el hombre¹¹²⁹.

En tanto, los *delitos permanentes* son aquellos que suponen el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración *por la voluntad del autor*, como sucede, por ejemplo, con las detenciones ilegales, art. 163 CPes; dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se *sigue consumando* hasta que se abandona la situación antijurídica¹¹³⁰.

Por su parte, los *delitos de estado*, son aquellos en los cuales, aunque crean también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste,

¹¹²⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra la administración pública”, en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de DP, PE*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, pp. 310-311.

¹¹²⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. p. 228.

¹¹²⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. p. 228.

¹¹²⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. pp. 223-224.

¹¹²⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. p. 224.

¹¹³⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. p. 224.

porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento, como sucede por ejemplo, en el caso de la falsificación de documentos, arts. 390 y ss., matrimonios ilegales, arts. 217 y ss.¹¹³¹

Esta distinción importa siempre que la ley asigna efectos al momento de consumación del delito (prescripción, deslinde de complicidad y encubrimiento, actualidad de la legítima defensa, tiempo del delito) y en particular, por lo que se refiere a la prescripción, ya que sólo en el delito permanente empieza a correr el plazo al cesar el mantenimiento del estado antijurídico, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de estado (art. 132 del CPes), en cambio, en la bigamia, delito de estado, el plazo de la prescripción se computará a partir de la celebración del matrimonio ulterior, sin que deba esperarse a que cese el estado antijurídico por él creado y representado por la subsistencia del matrimonio bígamo¹¹³².

En el delito de lesiones, el tipo se consume con la producción de un resultado consistente en el menoscabo de la salud individual del sujeto pasivo, razón por la cual se trata de un delito instantáneo.

11. Delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano

En atención al tipo penal de autoría los delitos se clasifican en *delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano*.

Los *delitos de dominio* son aquellos constituidos por una actividad que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, sin que ello implique un quebrantamiento de un deber jurídico extrapenal, como sucede, por ejemplo, en el caso de los delitos de homicidio, violación, robo, hurto, estafa, secuestro, etc. Razón por la cual, es posible afirmar que constituyen la regla general¹¹³³.

Los *delitos de infracción de un deber* son los que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico mediante el quebrantamiento de un deber extra penal, como sucede, por ejemplo, en los delitos especiales propios como los delitos funcionarios, pero también en el delito de bigamia, falso testimonio, etc.¹¹³⁴

Los *delitos de propia mano* son aquellos que sólo pueden ser realizados mediante una intervención corporal del autor en la ejecución del hecho típico (intervención de propia mano), razón por la cual, no admiten autoría mediata, y ni siquiera la autoría directa mediante instrumentalización de un tercero no doloso o en que se lo emplea como un puro objeto. El ejemplo que se cita frecuentemente es el incesto del art. 375 del CPch¹¹³⁵.

Así las cosas, no cabe duda de que en el caso del delito de lesiones nos encontramos ante un supuesto de *delito de dominio*, en el cual la conducta lesiva lesiona el bien jurídico penal de la salud individual, sin que ello implique un quebrantamiento de un deber jurídico extrapenal y por lo tanto, no veo razón alguna para excluir la categoría jurídico-penal de la autoría mediata y así lo viene reconociendo parte

¹¹³¹ MIR PUIG, DP, PG, op. cit. p. 224.

¹¹³² MIR PUIG, DP, PG, op. cit. p. 224.

¹¹³³ CURY URZÚA, DP, PG, op. cit., capítulo XI, “El concurso de personas en el delito”.

¹¹³⁴ CURY URZÚA, DP, PG, op. cit., capítulo XI, “El concurso de personas en el delito”.

¹¹³⁵ CURY URZÚA, DP, PG, op. cit., capítulo XI, “El concurso de personas en el delito”.

importante de la doctrina española¹¹³⁶. El TS ha aplicado el criterio del concierto para afirmar la coautoría por delito, aun cuando algunos intervinientes sólo causaran falta¹¹³⁷.

12. Conclusión

Por lo tanto, en base a lo ya expuesto, podemos sostener que el delito de lesiones del art. 147 del CPes, es un delito de resultado, de lesión, simple, de un solo acto, de forma libre, de acción y de comisión por omisión, básico, común, instantáneo y de dominio.

¹¹³⁶ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 148; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 66; CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 140 y LUZÓN PEÑA, *problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el DP español*, op. cit., pp. 16-17.

¹¹³⁷ STS, N° 1341/2002, de 17 de abril.

Capítulo VI

B. El comportamiento típico y los medios de comisión

Sumario: 1. Introducción.— 2. Conducta típica.— 3. Los medios de comisión.— 3.1. Los medios de comisión en el delito de lesiones en el DP español.— 3.1.1. La comisión por omisión en el delito de lesiones en el CPes.— 3.2. Los medios de comisión en Alemania y en Argentina.— 3.2.1. La comisión por omisión en Alemania y en Argentina.— 3.3. Los medios de comisión en Chile.— 3.3.1. La comisión por omisión en el CPch.— 3.3.2. La comisión por omisión en el APCPCH.— 4. Conclusiones

1. Introducción

Para empezar el análisis el tipo penal en los delitos en contra de la salud individual, es importante tener en cuenta que los delitos de lesiones tienen una estructura típica común. Así, como lo apuntáramos en el acápite anterior podemos señalar que nos encontramos en presencia de *delitos de resultado, de lesión y de dominio*, y en lo que a este acápite importa, nos encontramos ante *delitos de medios abiertos* a excepción de los subtipos agravados del art. 148.1 y 2.

Si bien sabemos que el resultado dice relación, en esta clase de delitos, con una lesión que menoscaba la salud física o mental del sujeto pasivo, no debemos confundir el resultado con la actividad desplegada por el sujeto activo para provocarlo¹¹³⁸.

Solo para mayor claridad en la distinción entre la conducta y el resultado lesivo, debemos recordar que no en todos los delitos debe concurrir un resultado. Así, por ejemplo en los *delitos de mera actividad* (aunque no es el caso del delito de lesiones), no es necesaria la concurrencia de un resultado típico y lo mismo sucede en los *tipos de realización imperfecta* como lo son los casos de *tentativa acabada e inacabada* los cuales si tienen cabida en el delito de lesiones. De ahí que para que concurra el tipo penal de lesiones puede faltar, en algunos casos el resultado típico lesivo (como ocurre en los casos de tentativa de lesiones), pero lo que nunca puede dejar de concurrir, por impedirlo el principio *cogitationis nemo partitur*, es precisamente la presencia de una conducta típicamente relevante que genere un riesgo para el bien jurídico de la salud individual.

En este acápite, analizaremos por lo tanto, precisamente el comportamiento lesivo dejando para el apartado siguiente el tratamiento del resultado necesario para que el delito de lesiones alcance su consumación.

2. Conducta típica

La conducta típica de cualquier delito se encuentra conformada tanto por su parte objetiva como por su parte subjetiva y, por lo tanto, una vez ocurrido el hecho, debemos determinar si el comportamiento reúne todos los requisitos del *tipo penal*, lo cual implica comprobar si la parte objetiva y subjetiva de la conducta lesiva concreta

¹¹³⁸ Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria tienden a identificar a la conducta típica con el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental, concepción que conlleva innumerables problemas dogmáticos y prácticos, puesto que se califica como conducta típica lo que es un resultado (CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP*, op. cit., p. 126).

pueden ser subsumidas en la parte objetiva y subjetiva del tipo penal de lesiones, para poder afirmar que en la especie concurre una conducta típica de lesiones¹¹³⁹.

Aludiendo la conducta típica de lesiones a la causación de un resultado, ha de interpretarse normativamente, incluyendo en su seno tanto a la acción como a la comisión por omisión.

La parte objetiva del tipo penal de lesiones, abarca el aspecto externo de la conducta lesiva, sin embargo, tratándose de un delito de *resultado material*, debe concurrir además un efecto separado de la conducta y posterior a ella, en este caso, el *resultado lesivo* en el sujeto pasivo para que el delito alcance su consumación, como tendremos ocasión de señalar en el apartado siguiente¹¹⁴⁰.

La parte subjetiva del tipo de lesiones se halla constituida tanto por el *dolo directo*, por el *dolo de segundo grado o de las consecuencias necesarias*, así como por la *imprudencia consciente o inconsciente*, según tendremos ocasión de analizar en el capítulo séptimo de esta investigación.

El CPes en su art. 147 se refiere a la conducta típica de manera general con la expresión “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión...”. Por lo tanto, no define que debe entenderse por “lesionar”. Luego, si recurrimos al diccionario de la RAE, tenemos que se entiende por lesionar “causar lesión”, con lo cual volvemos al punto de partida. Parte de la doctrina, sostiene que pareciera que el legislador ha querido emplear como término genérico alusivo a la acción típica el de “agresión”, a juzgar por su uso en el art. 148.1 y se señala que la expresión es en términos generales acertada y útil, aunque su adecuada introducción en estos preceptos hubiera exigido evitar su actual localización secundaria, así como aclarar inequívocamente que su contenido abarca medios no violentos y omisivos¹¹⁴¹. Sin embargo, esta opinión ha sido criticada toda vez que puede llevar a una no justificada restricción de los medios de comisión a aquellos que supongan un comportamiento activo o la utilización de un medio violento, pese a que existen medios, que sin estas características, son objetivamente tan peligrosos como ellos, como sucede en el caso del veneno o en los gases y, por lo tanto, sería preferible partir de expresiones de carácter general (como cuando las lesiones se hubieran producido mediante la utilización) que no supongan obstáculo a la inclusión de los citados medios¹¹⁴². Por lo tanto, el término *lesionar* puede ser definido como *la conducta ex ante adecuada para menoscabar la salud física o mental de un individuo*¹¹⁴³, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico¹¹⁴⁴. Este concepto incluye, como lo dijimos a propósito del capítulo III, referido al bien jurídico protegido, a la afectación del bien jurídico instrumental de la *integridad corporal*¹¹⁴⁵.

El legislador español, sin embargo, no ha sido inequívoco al expresar la conducta, pues habla de “causar a otro una lesión”; pero, causar no es la descripción de

¹¹³⁹ Sobre la conducta típica, ver MIR PUIG, op. cit., pp. 219.

¹¹⁴⁰ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 209.

¹¹⁴¹ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 42.

¹¹⁴² BERDUGO, *Las lesiones en la propuesta de anteproyecto*, op. cit., p. 399.

¹¹⁴³ CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP*, op. cit., p. 126.

¹¹⁴⁴ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 161.

¹¹⁴⁵ Romeo Casabona Incluye en el concepto de conducta típica lesiva a la integridad corporal (ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 209).

un comportamiento, sino la constatación o aseveración de un hecho físico o técnico, y por tanto habría que entender “causar... una lesión” como afectar o menoscabar la salud de otro, con lo cual entonces hay una sobrecarga repetitiva en la redacción del precepto, esto es, alterar el equilibrio que significa la salud para una persona en cuanto a sus diferentes dimensiones, lo cual se puede cumplir tanto por acción como por omisión¹¹⁴⁶.

Que el legislador se refiera a la conducta típica aludiendo a la producción del resultado no es para nada infrecuente y suele ocurrir en los delitos de resultado con medios abiertos, en los cuales se estima como más relevante el acaecimiento del resultado que los medios que se utilicen para llevarlo a cabo, como ocurre también en el delito de homicidio en el cual la expresión “el que mate a otro”, también se refiere al resultado, en este caso letal, sin indicar, el legislador, cuáles han de ser los medios que deberá utilizar el sujeto activo de la conducta para producir el resultado indicado en la norma penal. Lo importante, para que al menos estemos en presencia de una tentativa de lesiones, es que la conducta del sujeto activo, genere un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico de la salud individual.

3. Los medios de comisión

Son las formas, modalidades o procedimientos activos u omisivos a través de los cuales el sujeto activo lleva a cabo la conducta típica lesiva.

3.1. Los medios de comisión en el delito de lesiones en el DP español

Como dejamos de manifiesto en el capítulo segundo de esta investigación, bajo la vigencia la legislación penal española, hasta 1989 el delito de lesiones se encontraba configurado como un *delito de forma vinculada o de medios cerrados*, toda vez que el art. 420 establecía que la conducta lesiva debía ser llevada a cabo “hiriendo, golpeando o maltratado de obra”, con lo cual la ley establecía un sistema de *numerus clausus* respecto de los medios de comisión. El mayor problema que con ello se generaba, decía relación con el hecho de que las conductas antes referidas eran de naturaleza activa, razón por la cual, se hacía inadmisibles desde el punto de vista del respeto por el principio de legalidad, aceptar que en tal redacción tuviera cabida la comisión por omisión o las conductas llevadas a cabo a través de medios morales o cualquier otro medio no señalado expresamente en la ley¹¹⁴⁷.

A partir de la reforma de 21 de junio 1989, y luego con el actual CPes, el delito de lesiones se encuentra redactado como un *tipo penal de medios abiertos o indeterminados*¹¹⁴⁸, por lo tanto, hoy en día es indiferente el procedimiento utilizado

¹¹⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., pp. 58-59.

¹¹⁴⁷ Jurisprudencialmente sin embargo, se admitían multiplicidad de medios a pesar de la literalidad de los medios cerrados que expresaba el texto legal; así se admitía la vía nutricia, el contagio sexual o los medios psicológicos o, como señalan las SSTs de 30 de enero de 1987 y 31 de mayo de 1989, cualquier medio siempre que se dañe la salud o la integridad física o psíquica de la persona (GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificaciones*, op. cit., p. 33).

¹¹⁴⁸ En tal sentido, el TS español en sentencia 785/1998, de 9 de junio de 1998, expresó que: “La reforma de los delitos de lesiones operada por la LO 8/83 significó un cambio trascendental en la estructuración de los tipos penales que protegen la integridad corporal y la salud. Mediante la nueva redacción se pasó de un sistema caracterizado primordialmente por describir determinadas formas de acción, que implicaban explícitamente una actuación sobre el cuerpo de la víctima (herir, golpear, maltratar de obra), a otro sistema en el que la forma de la acción carece de una caracterización especial.

para el ataque, pudiendo el tipo de lesiones abarcar tanto a los físicos como a los psicológicos o morales -aun cuando éstos ocasionan gigantescos problemas probatorios- o cualquiera otros medios idóneos para la producción del resultado material¹¹⁴⁹. De esta forma, se incluyen en él, *medios violentos*, es decir, aquellos en los cuales se utilice fuerza física sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como golpear, herir o maltratar de obra, etc.; *medios materiales no violentos* pero con la virtualidad para afectar la salud individual¹¹⁵⁰, tales como la administración o puesta en contacto con sustancias tóxicas¹¹⁵¹ o perjudiciales como la ingestión de veneno o medicamentos caducados, aspiración de gases¹¹⁵², la prescripción excesiva o inadecuada de medicamentos, el suministro de alimentos en mal estado, el lanzamiento de ácido, etc.; la realización de conductas transmisoras de enfermedades¹¹⁵³ a través de prácticas sexuales¹¹⁵⁴ o contagio venéreo, o a través de contagio nutricional¹¹⁵⁵, el suministro o intercambio de material sanitario no esterilizado, las transfusiones de sangre infectada, el contacto entre fluidos corporales no indicado médicamente¹¹⁵⁶, o la colocación de la víctima en un medio hostil como someterlo a bajas o altas temperaturas, alta intensidad sonora, inmersión en agua, contactos eléctricos, área radioactiva, campo de rayos X, etc., o *medios de naturaleza psíquica*^{1157/1158/1159}, es decir, aquellos comportamientos que, a través de su

De esta manera lo decisivo ya no es la forma de la acción, sino su causalidad respecto del resultado de menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental”.

Del mismo modo, en STS N° 757/1998, de 26 de mayo, el TS sostuvo que “Como recuerda últimamente la Sentencia de 30 de abril de 1997, de acuerdo con la doctrina de esta Sala Segunda (Sentencias de 12 de julio de 1995, 27 de diciembre, 10 de noviembre y 14 de junio de 1994), en el delito de lesiones, tras la modificación operada por la LO 3/89 de 21 de junio, ha de tenerse presente la finalidad perseguida por el legislador, que no es otra que la de sustituir el espíritu tradicional de las lesiones concebidas penológicamente en relación con el resultado lesivo, por otro sistema en el que la tipicidad venga determinada no tanto por el tiempo o sanidad de la lesión cuanto por los medios o formas de su causación, aunque un cierto resultado fáctico haya de ser exigible, pues el propósito de menoscabar la integridad o la salud ha de ir acompañado de un “algo material” (Sentencia de 27 de diciembre de 1994)”.

¹¹⁴⁹ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., pp. 42-43.

¹¹⁵⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Lesiones, clasificación y modus operandi*, op. cit., pp. 93-94; ORAA Y ORAA, *Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP*, op. cit., p. 1024.

¹¹⁵¹ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 64.

¹¹⁵² BERDUGO, *El delito de lesiones*, op. cit., 107-108 y en BERDUGO, *Las lesiones en la propuesta de anteproyecto*, op. cit., p. 399.

¹¹⁵³ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 64.

¹¹⁵⁴ CORCOY BIDASOLO, *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., p. 127; GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 147; LUZÓN PEÑA, *Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el DP español*, op. cit., pp. 11 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El SIDA en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal, en Problemas jurídico-penales del Sida*, Editorial Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología, U. de Barcelona, Barcelona, 1993, op. cit., pp. 121 y ss.; ROMEO CASABONA, “SIDA y DP”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Problemas Del Tratamiento Jurídico Del Sida*, CGPJ, Madrid, 1995, op. cit., pp. 67 y ss.; GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 40; TAMARIT, *Las reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 58 y ss.

¹¹⁵⁵ en los que únicamente se requerirá el conocimiento de que se tiene la enfermedad y la voluntad de contagiarla a otro, siquiera sea como resultado eventual de la conducta (GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 147).

¹¹⁵⁶ BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., pp. 118 y ss.

¹¹⁵⁷ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., 147; SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 104; FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 64; RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP español, PE*, op. cit., pp. 144-145 y RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 429.

¹¹⁵⁸ Respecto de las lesiones psíquicas Tamarit refiere que: “la tipificación de las lesiones psíquicas debe valorarse positivamente, en la medida en que coadyuva a extender la tutela penal a las diversas dimensiones del bien jurídico incolumidad personal, en consonancia con la evolución producida en la doctrina comparada (TAMARIT, *Las reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 77). También sobre el

incidencia sobre el equilibrio psicofísico del sujeto, terminan afectando a su salud física o mental, entre los que cabe citar la hipnosis, los actos terroríficos capaces de causar perturbaciones psíquicas al neurótico, el suministro de informaciones especialmente sensibles productoras de emociones intensas a persona con enfermedades cardíacas por ejemplo, las privaciones afectivas, los tratos especialmente desconsiderados o reproches continuados que desencadenan situaciones de angustia o de pérdida de autoestima, las percepciones imprevistas que dan lugar a reacciones de susto o temor, la acumulación o privación de estímulos creadoras de confusión mental, el engaño del lazarillo al ciego que se estrella contra el pilar de piedra para salvar el inexistente arroyo, etc.,¹¹⁶⁰.

3.1.1. La comisión por omisión en el delito de lesiones en el CPes

Dadas las fuertes críticas que la doctrina realizaba a la antigua legislación de 1848, el delito de lesiones se estructura ya desde las reformas anteriores al CPes de 1995, como un delito de *forma o modo libre o de medios indeterminados*, es decir, de aquellos tipos que pueden cometerse a través de cualquier medio que cause o provoque el resultado exigido por el tipo penal¹¹⁶¹. Así, en España, el delito de lesiones puede cometerse por cualquier medio, toda vez que se trata de un *delito de resultado material*.

En España el problema de la constitucionalidad o compatibilidad de los delitos de *comisión por omisión* con el *principio de legalidad*, fue resuelto por la ley de manera expresa en el art. 11 del CPes¹¹⁶², el cual ofrece cobertura legal a la construcción doctrinal y jurisprudencial de la comisión por omisión, equiparado esta categoría jurídica a los delitos de acción, imponiéndoles la misma pena y determinando las *fuentes de la posición de garante*, atendiendo a la hoy en día superada *teoría formal del deber jurídico*, que decide la posición de garante atendiendo a las fuentes formales de la ley, el contrato y el actuar precedente, sin embargo, el sólo deber jurídico específico de actuar no puede ser suficiente para afirmar la posición de garante que suponga equiparar la omisión a la acción y por ello, Mir Puig propone interpretar el precepto de manera tal que, además de exigir el deber jurídico específico, se requiera la efectiva concurrencia

tema en cuestión GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 40.

¹¹⁵⁹ Suárez Mira hace ver que si bien la redacción deja ver que cabrían los medios psíquicos que incidiendo en el equilibrio psíquico de la persona, llegasen a afectar la salud física o psíquica como por ejemplo, confundirle reiteradamente, provocarle estímulos muy intensos de manera continuada, etc., el Tribunal Supremo ha declarado en sentido limitativo que en todo caso es necesaria una lesión corporal, la que se derive luego como resultado mediato, el perjuicio de la salud física o psíquica. Es decir, que el resultado de la acción debe ser una lesión que no se debe identificar con el menoscabo de la integridad corporal ni de la salud psíquica o mental. Según esta interpretación, el tipo penal de las lesiones exige como presupuesto una lesión corporal que debe tener además consecuencias en la integridad corporal, en la salud física o en la salud psíquica (STS, de 10 de marzo de 2003, Ponente Granados, ver en SUÁREZ MIRA, *Manual de DP, PE*, op. cit., pp. 85-86). Este tema será analizado con mayor detenimiento en el acápite sobre las enfermedades psicológicas.

¹¹⁶⁰ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 43-44 y en DIEZ RIPOLLÉS, “De las lesiones”, op. cit., p. 346; ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 158; GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., p. 40 y ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 210.

¹¹⁶¹ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *DP, PG*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 409; FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 64; ÁLVAREZ GARCÍA, (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 151; SUÁREZ MIRA (Coord.), *Manual de DP español, PE*, op. cit., p. 85; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., p. 91; CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 278; DIEZ RIPOLLÉS, “De las lesiones”, op. cit., p. 346 y RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 429.

¹¹⁶² BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 534.

de equivalencia entre la acción y la omisión que empieza por exigir el propio art. 11 del CPes^{1163/1164}.

Por lo tanto, hoy en día no existe inconveniente para la admisión de la *comisión por omisión*^{1165/1166/1167}, en el delito de lesiones, siempre que se cumplan las condiciones

¹¹⁶³ SUÁREZ MIRA (Coord.), *Manual de DP español, PE*, op. cit., p. 85.

¹¹⁶⁴ Este planteamiento de partida se halla ampliamente extendido en la doctrina alemana actual. Se trata de la “teoría de las funciones”, procedente de Armin Kaufmann, que fundamenta la posición de garante en la relación funcional *materialmente* existente entre el sujeto y el bien jurídico. Se supera así la anterior doctrina de la “teoría formal del deber jurídico”, que para decidir la existencia de posición de garante atendía a sus fuentes formales (generalmente se mencionaban la ley, el contrato y el actuar precedente). MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 318-319.

¹¹⁶⁵ CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., p. 127; FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 64; TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 104; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Lesiones, Clasificación y modus operandi*, op. cit., pp. 93-94; CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 136; SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 109; ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), *DP, PE*, op. cit., p. 89; ÁLVAREZ GARCÍA, (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 151; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 91; CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 278; DIEZ RIPOLLÉS, “De las lesiones”, op. cit., pp. 348-349; ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 210 y RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 429.

¹¹⁶⁶ En opinión de Berdugo, la expresión “por cualquier medio o procedimiento” permite comprender los casos de comisión por omisión y cualquier otro tipo de comisión no violenta (BERDUGO, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 93 y en BERDUGO, *Las lesiones en la propuesta de anteproyecto*, op. cit., p. 393).

¹¹⁶⁷ La diferencia entre acción y omisión se produce en el análisis categorial en el seno de la teoría del tipo de injusto, (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 224-225 y SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, Editorial Bosch, Barcelona, 1986, p. 134 y ss.). Por ello decíamos en el acápite anterior que atendiendo a la *naturaleza de la norma infringida* los tipos penales pueden ser de acción o de omisión. Si la norma infringida es *prohibitiva* el tipo penal será de *acción*, por cuanto el *injusto* consiste en llevar a cabo una *conducta activa prohibida peligrosa* o *lesiva* para el bien jurídico. Por el contrario, si la *norma infringida* es de *naturaleza preceptiva* o *prescriptiva* el delito será de *omisión* (JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 648), ya que el *injusto* consiste en *infringir una norma preceptiva*, que *obliga a realizar una determinada conducta* deseable a fin de *evitar la lesión* o *puesta en riesgo* de un determinado bien jurídico. El positivismo planteaba que la omisión formaba parte del concepto causalista de acción, pero Radbruch señaló que lo que es, es y no puede dejar de ser y viceversa, con lo cual dejó de manifiesto que la omisión era una categoría independiente de la acción. En efecto, el tipo omisivo *no requiere la pasividad física* del autor, por cuanto el no hacer nada también es una conducta. El *fundamento del castigo* en la omisión radica en *realizar una conducta activa distinta de la ordenada*. Así quien encuentra a una persona en despoblado en grave peligro de perecer y pudiendo ayudarla se marcha del lugar comete *omisión de socorro*, pese a que en la especie su comportamiento no fue de pasividad sino de *actividad* (marcharse del lugar). Sin embargo el *injusto de su actuar* consiste en *no llevar a cabo la conducta que en la situación concreta le era exigida por la norma prescriptiva* del art. 195 del CPes (salvar a la persona), pese a que dadas las circunstancias del hecho *podía actuar*. Así, para decidir la existencia de una omisión en DP, debe contemplarse y atenderse al respectivo *tipo legal* (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 309). Por lo tanto podemos afirmar que la omisión es una *modalidad del tipo de injusto* que depende de la *naturaleza de la norma infringida* (*prescriptiva* o *prohibitiva*) y *no de la especie de conducta* consistente en hacer algo o no hacer nada y, en tal sentido, Roxin refiere que el contenido de sentido relevante para el DP viene dado por el tipo (ROXIN, *Problemas básicos de DP*, op. cit., p. 94). Como los pensamientos no son punibles (*cogitationis poenam nemo patitur*) la presencia de un *comportamiento* es requisito previo de todo tipo penal sea éste omisivo o de acción. Así, también en los *tipos de omisión* la *conducta positiva realizada en lugar de la ordenada* debe tener el carácter de toda acción consistente en la *voluntariedad* (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 310) y faltará por las mismas causas que excluyen la acción en los tipos de acción: *fuerza irresistible*, *actos reflejos* o *inconsciencia* (SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, op. cit., p. 137). En la omisión, a la *conducta efectivamente realizada se le atribuye o imputa* un determinado sentido, en base a que *no responde a la pretensión de protección activa de un bien jurídico* en una determinada *situación* recogida en un *tipo penal*. A priori, la conducta no es constitutiva de un delito de comisión ni de omisión, sólo deviene en una u otra clase en sentido penal, mediante la *interpretación* o *imputación típica* que relaciona a la *conducta* con la *expectativa de protección del bien jurídico* y es esta expectativa la que permite atribuir a la a la

del art. 11 CPes y que el texto de la ley no impida la equiparación entre la no evitación del resultado y su causación^{1168/1169/1170/1171}, a pesar de las reticencias de un sector

conducta un sentido jurídico penal (SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, op. cit., pp.135-136). De otro lado y atendiendo al *tipo subjetivo* los tipos penales omisivos pueden ser *dolosos* e *imprudentes*. Además, ambos tipos penales (de acción o de omisión) tienen bases estructurales distintas según tendremos ocasión de ver. Ahora bien, La distinción entre los delitos de acción y de omisión tiene gran importancia, ya que los *elementos del tipo* son *mayores* en el caso de la *comisión por omisión* que agregan un elemento adicional consistente en la *posición de garante del autor* (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 311-312). Hay casos en los cuales una conducta parece infringir a la vez una norma prescriptiva y otra prohibitiva. Ello se produce con frecuencia en los *delitos imprudentes*, cuando *la causación del resultado implica la inobservancia u omisión del cuidado debido* (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 310). Estas situaciones son resueltas en la doctrina alemana en base al siguiente criterio: *si el resultado se ha causado por una acción positiva dolosa o imprudente, que constituya delito existe delito de acción, es decir, el criterio de la causalidad* (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 311). Así, si la enfermera le inyecta novocaína al paciente en vez de cocaína como debía, el resultado será imputable a una acción positiva y por lo tanto, habrá un delito de acción. Si en cambio, A deja manejar su auto a B quien se lo solicita pese a su alto estado alcohólico, el resultado no será imputable a una conducta positiva y por lo tanto el delito será de omisión (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 311). En otros casos *además de un delito de acción puede concurrir un delito de omisión*, cuando exista una *fase omisiva* cuyo *desvalor* no resulta abarcado por el *delito de acción*. Ej.: un conductor atropella a un sujeto *imprudentemente* (*delito de acción*) y pese a que se da cuenta de que el afectado quedó mal herido huye del lugar *dolosamente* (*delito de omisión*). En los casos de *interrupción de un tratamiento médico que mantiene artificialmente con vida a un paciente que no tiene posibilidad alguna de sobrevivir por sí solo*, la *interrupción* debe considerarse una *modalidad de omisión de socorro*, tanto en los casos en que se deja de suministrar el medicamento como cuando se desconecta la máquina. Sin embargo, dicha conducta puede considerarse atípica o justificada si se niega el *deber jurídico penal de prolongar una vida que carece de expectativas de subsistencia independiente*. Lo anterior para evitar castigar por homicidio al que realiza o participa en la desconexión del paciente, lo cual sería inevitable si se afirma que la muerte se produce por acción positiva (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 311). De todo lo dicho, podemos concluir que se entiende por *tipo de omisión* aquel *juicio típico (omisión concepto normativo, infracción a un deber), mediante el cual, al protagonista de un comportamiento voluntario (activo o pasivo), se imputa la no-realización de una prestación positiva de salvaguarda típica (no cualquiera, sino la que el tipo señala) estimada “ex-ante” como necesaria y posible para la protección de un bien jurídico*. De la definición de omisión se desprende claramente que se trata de un *concepto normativo, valorativo o axiológico* y en ella están decantados los elementos de toda omisión sea de *omisión propia* o de *omisión impropia* o de *comisión por omisión*. Es a esta última a la cual dedicaremos en adelante unas palabras.

¹¹⁶⁸ En tal sentido, afirma Tamarit Sumalla que con carácter general los delitos de lesiones admiten la comisión por omisión, según se desprende de su estructura como tipos prohibitivos de causar. Ello es aplicable tanto a los tipos que incorporan una alusión a “cualquier medio o procedimiento” (así, en los arts. 147 y 149), como a los que carecen de ella (arts. 150 y 152). Tan sólo en los supuestos previstos en los arts. 148.1 y 2, 153 y 154 el sentido del texto de la Ley impide la equiparación entre la no evitación del resultado y su causación (TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 107.).

¹¹⁶⁹ La expresión “causare”, utilizada para designar la acción, que podría hacer pensar que alude tan sólo a procedimientos activos —causales—, no constituye ningún obstáculo, pues la propia estructura dogmática del tipo de los delitos de comisión por omisión (para lo que es precisa la posición de garante por parte del sujeto activo del delito), la existencia de la aludida cláusula general del art. 11 (que utiliza la palabra “causación”), así como la redacción misma del tipo (por ejemplo, cuando admite cualquier “procedimiento”) no parecen oponerse a ello, sino todo lo contrario (ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 210-211).

¹¹⁷⁰ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 107.

¹¹⁷¹ Así por ejemplo, en STS N° 1246/2009, de 30 de noviembre, el TS resolvió que: “El motivo será desestimado. El hecho probado de la sentencia refiere la causación de las lesiones durante la detención del perjudicado, al tiempo de la privación de libertad, durante su traslado y en la propia oficina policial, sin que sea posible determinar la concreta actuación de cada interviniente. Lo que si se declara es que los funcionarios policiales actuaron en el curso de un operativo policial de detención del perjudicado actuando, de común acuerdo, en la ejecución de la acción en la que todos participan propinando golpes. Además, ha de recordarse que todos los agentes acusados se encontraban en posición de garantes de la integridad física del detenido y, en este sentido, el art. 5.3. b) LO 2/1986 ordena que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad “velarán por la vida e integridad de las personas a quienes detuvieron o

se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas”. Por lo tanto, todos, bien por acción, pues actuaron conjuntamente, bien por omisión de su deber de garante respecto a los bienes jurídicos que deben proteger en la medida en que no impidieron la causación de un resultado respecto a cuya indemnidad estaban comprometidos, serían coautores de los hechos y lo único que podría ser discutible, en orden a la subsunción en el delito de lesiones, sería la absolución del coimputado Sr. Efrain, que ha sido absuelto del delito y condenado por falta de lesiones, discusión en la que no entramos porque no ha sido discutida”. En STS N° 590/2004, de 6 de mayo, el TS resolvió que: “El tipo penal de las lesiones es un tipo de medios comisivos abiertos al exigirse la producción de un resultado lesivo, para lo que será determinante la pericial que lo acredite, producidas por cualquier medio o procedimiento, entre los cuales se contempla la producción del resultado a través de las condiciones de la privación de libertad, esto es, el encierro en las condiciones que se declaran probadas que propiciaron que la víctima fuera colocada en unas condiciones tales que la estancia prolongada determinaron la causación de las lesiones. Esa producción de las lesiones son explicadas en la sentencia como de causación activa, las condiciones del encierro, y como omisiva, los acusados que privaron de libertad en las circunstancias relatadas son garantes, por la puesta en peligro del bien jurídico integridad física de la perjudicada, por lo que su perpetuación temporal les hace responsable de la situación generada. En ambos supuestos, activo u omisivo, son responsables de la causación de las lesiones. El que la sentencia no refiera expresamente que el recurrente estaba en posición de garante no es más que un olvido fácilmente subsanable del contexto del relato fáctico.” En STS de f31 de octubre de 1991, el TS resolvió que: “La conducta omisiva de la coprocesada absuelta reviste eficacia causal en el resultado producido, lesiones sufridas por su hija de tres años, de tal entidad que precisaron la hospitalización con sesenta días de duración y secuelas psíquicas, por no haber evitado e impedido el continuo maltrato realizado por su cónyuge sobre la menor, que de haber actuado hubiera evitado la producción de las más graves, cuyo enjuiciamiento determina este recurso del Ministerio Fiscal. Se ha producido en la conducta de la procesada la ausencia de la acción esperada y exigible dentro de un comportamiento humano y socialmente relevante, habida cuenta que como madre de una menor de tres años a la sazón, aparecía como garante de la evitación del resultado. La fuente de este deber jurídico de actuación de garante, o sea del deber jurídico de obrar puede nacer de la Ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente. En el caso ahora enjuiciado, la responsabilidad por la omisión arranca de su carácter de madre de la niña de tres años, cuyos deberes positivos de protección y cuidado derivan no sólo de la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad natural —deber moral— sino de su traducción en exigencias normativas —deber legal—. El Código Civil impone a los padres el velar por los hijos menores —art. 154.1— y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves, las posibles agresiones sexuales o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros. No cabe duda que la coprocesada, aunque no haya maltratado personalmente a su hija, no ha impedido dicho maltrato por parte de su esposo, y de haberlo realizado, bien denunciando los hechos, abandonando con su hija el domicilio, o de cualquier modo lícito y con virtualidad impeditiva de los golpes y heridas inferidas, no se hubiera producido el grave resultado. Existían según el *factum* diversas lesiones anteriores al momento en que se precisó el internamiento de la niña, porque desde hacía un mes el marido coprocesado la golpeaba y producía hematomas que fueron incluso apreciados por sus abuelos maternos y del trato lesivo persistente que tenía atemorizada a la menor respecto a su padrastro. Tal actitud omisiva, cuando por su condición de madre se encontraba obligada a actuar, velando por la salud e integridad de la hija, de la que se hallaba constituida en garante por mandato legal, la constituye en coautora del delito de lesiones por el que fue procesada y acusada por el Ministerio Fiscal, en la categoría de cooperadora necesaria del n° 3 del art. 14 del CP, porque con su intervención, con la actuación omitida hubiera evitado el resultado lesivo para la menor”. También se admite la comisión por omisión en la STS dictada con fecha 22 de noviembre de 1999, sintetiza la doctrina en torno a la comisión por omisión y, haciendo aplicación de esta figura, condena por un delito de lesiones al recurrente, Inspector de Policía y Jefe de Servicio en la Comisaría donde se produjeron los hechos que era el máximo responsable, en ese momento, tanto de las denuncias como de los detenidos, encontrándose, pues, en posición de garante de todo aquello sobre lo que se extendía su mando y responsabilidad, sin que pudiera estimarse una delegación de responsabilidades, que sería incompatible con las funciones que le eran propias por el cargo que en ese momento ejercía: “Varios son los criterios sostenidos en la doctrina para diferenciar una conducta comisiva de la que es omisiva en la modalidad denominada comisión por omisión. De ellos parece destacar, por su acertada construcción, aquel que se fija en el momento en el que la voluntad criminal se exterioriza. Desde este punto de vista la distinción se encontrará en función, o a partir, del momento en que la voluntad del autor se concreta en llevar a cabo suplan. Si esa concreción se sitúa al comienzo de los hechos que constituyen el delito, se tratará de un delito de acción en que la omisión no es

doctrinal minoritario que cuestionaba la redacción argumentando que él no actuar resultaba incompatible con la utilización de medios o procedimiento y con la referencia a la causación, sin embargo de ello nos ocuparemos cuando analicemos el concepto legal de lesión del CPes.

Evidentemente, en las lesiones, tratándose de un delito de resultado, resultan de vital importancia los delitos de comisión por omisión^{1172/1173}.

más que un medio para alcanzar el resultado, fin que se alcanza a través de un medio omisivo. Por el contrario, será delito de comisión por omisión cuando el sujeto tiene un deber de actuar y no interrumpe la sucesión del acontecimiento que conoce cuando ya está en marcha, es decir, ya había comenzado el suceso que produce el resultado que debía haberse evitado. Esta distinción sólo se presenta particularmente difícil en los supuestos de injerencia. Si se trata de otra vía de la posición de garante no es necesario detenerse en el problema ya que la obligación de actuar y evitar el resultado surge en un momento posterior, como ha sucedido en el supuesto que examinamos”. Y agrega la sentencia que: “La estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo”. Por último, en lo que aquí nos interesa, la sentencia refiere que: “El dolo en los delitos de omisión ha sido objeto de especial consideración en la doctrina de esta Sala. Así las sentencias de 30 de junio de 1988 y 28 de enero de 1994 destacan que en los delitos de omisión el dolo “se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa... En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado. Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante. En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, o cuando el obligado a realizar la acción para impedir el resultado (en los delitos impropios de omisión) no alcanza esta meta por la forma descuidada en que ejecuta dicha acción” (Al respecto, ver CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 278).

¹¹⁷² Así como en los tipos de acción existen tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden clasificarse en: a) *Delitos de omisión pura*, que son aquellos que se consuman por la no-realización de la conducta típica ordenada y, a la que no es necesario imputar resultado lesivo alguno. En esta clase de delitos no es parte del tipo la producción de un resultado típico determinado, el cual sin embargo se puede producir. Ej.: el delito del art. 195 del CPes, el sujeto no lleva a cabo la acción de auxilio indicada, pese a que existía una persona en peligro muere, sin embargo, para la consumación del delito de omisión pura, *no es necesario imputarle la muerte al sujeto activo*, porque el tipo penal no exige el resultado de muerte y por eso decimos que es un delito de omisión pura, ya que para su consumación basta con la no realización de la conducta esperada. Estos delitos son la contrapartida de los delitos de mera actividad en los delitos de acción; b) los *delitos de comisión por omisión*, en cambio, son aquellos que no se encuentran tipificados como tales, y que *consisten en no impedir un resultado*, pese al *deber de garante* que obligaba a actuar. La conducta que está descrita en la norma en forma de acción, se entiende que puede cometerse también por omisión, y por ello se denominan también de *comisión por omisión*. Así por ejemplo, el art. 382.2 del CPes, castiga al que “*origine un grave riesgo para la circulación*”... “no *restableciendo* la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo”, exigiendo, como se ve, que el no hacer origine un resultado (de riesgo) y, por lo tanto, se trata de un delito de *comisión por omisión*.

Los delitos de omisión también se clasifican en *omisión prevista como tal en la ley* y omisión no descrita expresamente por la redacción legal. En el primer grupo se contienen tanto formas de omisión puras como de comisión por omisión (ver arts. 195 y 382.2). En el segundo grupo cabe sólo la comisión por omisión, porque el asiento legal —indirecto— ha de buscarse en los tipos de resultado (así por ejemplo ocurre en el delito de homicidio con la expresión “el que *matare* a otro”, art. 138 del CP), que se entienden realizados tanto por conducta positiva como por la no evitación del resultado en ciertas condiciones.

La atención de la doctrina se ha centrado de forma preferente en los delitos de comisión por omisión, porque para que la no evitación del resultado pudiera equivaler a su causación por vía positiva, es preciso añadir un requisito no previsto en los tipos legales, consistente en la posición de garante del autor

El tipo de *comisión por omisión* es aquel delito omisivo cuyo tipo penal exige la imputación de un resultado trascendente a la no realización de la conducta indicada y que, como consecuencia de ello, no ha sido evitado por el sujeto activo obligado en virtud de la *posición de garante*¹¹⁷⁴ que le asistía respecto del sujeto pasivo y que suponía la existencia de especiales deberes jurídicos a cargo del omitente¹¹⁷⁵.

Se trata de un tipo penal cuyo componente típico es la producción de un determinado resultado lesivo, y la tarea es la de poder imputar ese resultado lesivo, que se ha producido, a la no ejecución de la conducta a que estaba obligado el sujeto activo, como sucedería por ejemplo, cuando la madre deja a su pequeño hijo sin alimentar o expuesto al frío y como resultado de dicha conducta el niño se enferma gravemente, afectándose de esta manera, el bien jurídicamente tutelado de la salud individual^{1176/1177}; o bien en el caso de un accidente de un anciano que tuviera lugar por el descuido del cuidador contratado para tal efecto¹¹⁷⁸. Evidentemente en dicho ejemplo, la conducta

respecto del bien jurídico protegido. Además, se discute en doctrina la posibilidad de que exista causalidad en el delito omisivo.

¹¹⁷³ Así, en STS N° 3643/1991 de 18 de noviembre, el TS expuso que “En los delitos de comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido. Los delitos simples de omisión consisten en no hacer algo que habría obligación de hacer. Los de comisión por omisión consisten en no haber impedido un resultado prohibido (norma preceptiva en el primer caso, norma prohibitiva en el segundo). Como el delito ha de surgir sólo cuando el sujeto activo tuviere un deber de impedir el resultado lesivo, el problema definidor del tipo penal se centra en la función de garante que a aquél ha de corresponder como condición necesaria para la consumación de la infracción”.

¹¹⁷⁴ Las fuentes de la posición de garante según la teoría de las funciones son: a) *función de protección de un bien jurídico*, la cual comprende aquellas situaciones en que una relación familiar o social, o una conducta voluntaria, somete a un bien jurídico determinado a la dependencia de un sujeto, en términos en que éste se hace responsable (*garante*) del mismo. Comprende los siguientes supuestos: a') La existencia de una *estrecha relación familiar*. Así, por ejemplo ocurre con la protección que los padres deben dar a sus hijos recién nacidos, hasta que puedan valerse por sí mismos; b') La *comunidad de peligro*, como ocurre por ejemplo con la protección y socorro que se deben recíprocamente los alpinistas que participan en una misma expedición, así como en otras actividades colectivas riesgosas; c') La *asunción voluntaria de una función de protección*, como ocurre por ejemplo en la actividad médica con los riesgos que asume el médico respecto de sus pacientes. Otra fuente de la posición de garante se encuentra constituida por b) el *deber de control de una fuente de peligro*, ya que la indemnidad de los bienes jurídicos puede depender personalmente, también, del control de determinadas fuentes de peligro por parte de quien las ha creado o de aquél a quien se ha atribuido su vigilancia. Comprende los siguientes supuestos: a') El *actuar precedente (o injerencia)*, como sucede en el caso del empresario que introduce al mercado un *Spray* para el cuero, que luego resulta ser dañino para la salud y que debe retirarlo del mercado para no tener que responder penalmente; b') El *deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio*, como ocurre con el encargado del zoológico, quien debe cerciorarse de cerrar la puerta de la jaula del león, ya que de lo contrario será responsable de la muerte o de las lesiones del visitante provocadas por el león que se arrancó de la jaula; c') la *responsabilidad por las conductas de otras personas*, como sucede en el caso de los padres que son responsable de vigilar que sus hijos menores no cometan delitos como por ejemplo daños (Al respecto ver MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 318-330).

¹¹⁷⁵ ÁLVAREZ GARCÍA (DIR.), *DP español*, op. cit. p. 43.

¹¹⁷⁶ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 110-111 y CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 278.

¹¹⁷⁷ Así por ejemplo en STS de 22 de enero de 2002, el TS, en un caso de maltrato habitual a una menor de dos años de edad, resolvió que: “La imputación de los resultados lesivos a la madre o al padre de un menor que incumple sus deberes de custodia, atención, preservación y guarda permitiendo que otro les agrede con su conocimiento, halla su fundamento en el “deber de garantía” o “posición de garante” que la ley atribuye a los progenitores y que les impone garantizar que el resultado lesivo no se produzca, por lo que la no evitación consciente y voluntaria del resultado lesivo ha de equipararse a su propia causación positiva (art. 11 CP de 1995). Este Tribunal ha aplicado reiteradamente esta misma doctrina en casos similares: SSTS de 22 de junio de 1991, 31 de octubre de 1991 y 6 de octubre de 1997 entre otras”.

¹¹⁷⁸ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 64.

puede ser llevada a cabo por el sujeto activo, tanto dolosa como imprudentemente, o dolosa e imprudente a la vez, según analizaremos en el capítulo VII de esta investigación¹¹⁷⁹.

3.2. Los medios de comisión en Alemania y en Argentina

En Alemania el delito de lesiones se puede cometer por cualquier medio o forma apta para crear un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico de la salud individual y respecto de la comisión por omisión, el CP contempla expresamente su punición. En Argentina, tampoco existen problemas, toda vez que la ley no hace alusión a los medios de comisión y por lo tanto, el tipo penal de lesiones se encuentra configurado como un delito de resultado y de medios indeterminados.

3.2.1. La comisión por omisión en Alemania y en Argentina

El CP alemán en los párrafos 13 y 49¹¹⁸⁰, consagra expresamente la comisión por omisión, con una clara atenuación de la pena, correspondiéndole a la doctrina concretar los supuestos en que el específico deber jurídico de evitar el resultado (posición de garante) y la equivalencia de acción y omisión tienen lugar, pero la ley autoriza ya la posibilidad de que un tipo formulado positivamente se realice por omisión¹¹⁸¹.

En Argentina, el art. 89 del CP dispone que: “Se impondrá prisión de 1 mes a 1 año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código” y a partir de esta redacción, Donna estima que el CP no exige ningún medio especial de comisión del delito, los cuales sólo son tenidos en cuenta para configurar las hipótesis calificadas previstas en el art. 92¹¹⁸² y, de esta

¹¹⁷⁹ Los tipos de omisión pura también cuentan con una *parte objetiva* y con otra *subjetiva*. Para que concurra el *tipo doloso de omisión propia* la *parte objetiva* del tipo penal debe comprender a los siguientes elementos: a) una situación de típica de peligro; b) ausencia de una acción determinada; c) capacidad de realizar esa acción.

El tipo imprudente de omisión propia requiere, por su parte de los siguientes elementos: a) Una situación de típica; b) Ausencia de una acción determinada; c) la capacidad del sujeto activo de realizar esa acción; c) el mismo baremo que el supuesto doloso, y d) *la* Infracción del cuidado debido. El tipo subjetivo necesita de la concurrencia de: a) un elemento positivo, es decir el sujeto decide realizar una conducta distinta a la exigida por el tipo penal con conocimiento del peligro que en general entraña (imprudencia consciente) o sin él (imprudencia inconsciente); y b) un elemento negativo, que consiste en no haber querido el autor cometer el hecho resultante (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 316-318).

¹¹⁸⁰ EIRANOVA ENCINAS (coord.), *CP Alemán StGB. CPP Alemán Stpo.*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.

¹¹⁸¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 314.

¹¹⁸² En efecto, el art. 92 del CP argentino dispone que: “Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 80, la pena será: en el caso del art. 89, de seis meses a dos años; en el caso del art. 90, de tres a diez años; y en el caso del art. 91, de tres a quince años”. A su vez, el art. 80 del mismo cuerpo legal dispone que: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare: 1. A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son; 2. Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso; 3. Por precio o promesa remuneratoria; 4. Por placer, codicia, odio racial o religioso; 5. Por un medio idóneo para crear un peligro común; 6. Con el concurso premeditado de dos o más personas; 7. Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. 8. A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. 9. Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

manera, señala que el delito de lesiones es un tipo que puede ser perpetrado por acción u omisión y, que al igual que en el homicidio, también cabría incluir los *medios morales*, tales como emociones intensas, tratos especialmente desconsiderados, miedo, etc., y resultaría indiferente que el autor lesione con su propio cuerpo o utilice armas u otros instrumentos siempre que sean idóneos para lesionar el bien jurídico protegido¹¹⁸³. En el mismo sentido, Creus sostiene que cualquier medio que en el proceso causal que se muestre como productor del daño puede ser empleado por el agente y, por ello, quedaría comprendido todo medio físico, sea que importe la utilización de un instrumento, o solamente la del cuerpo del agente, aunque no implique un contacto físico directo con el cuerpo de la víctima (por ejemplo, contagiar la enfermedad que sufre el agente, utilizando elementos personales que después usará aquélla), así como también, los mal llamados *medios morales*, así las cosas, éste sería un delito de resultado material que podría consumarse tanto por medio de comisión como de omisión (por ejemplo, el enfermero que no suministra el medicamento que mantiene la salud del sujeto pasivo)¹¹⁸⁴.

Como señala la doctrina argentina, basta con que la disposición legal no haga referencia a medios determinados a través de los cuales se produzca el resultado separado exigido por el tipo penal de lesiones, para que se entienda tipificada tanto la comisión por omisión, como cualquiera otra forma de comisión que sea apta para lesionar el bien jurídicamente tutelado de la salud individual.

3.3. Los medios de comisión en Chile

En Chile el tipo agravado del delito de lesiones se encuentra configurado como un tipo penal de medios cerrados o de forma vinculada, a consecuencia de lo cual, surgen serios problemas en cuanto a la tipicidad o atipicidad de la comisión por omisión. No ocurre lo mismo, con el tipo básico y con el tipo privilegiado de lesiones, según pasaremos a analizar en las siguientes líneas.

3.3.1. La comisión por omisión en el CPch

A mi juicio el tema no presenta dificultades respecto de las lesiones menos graves y leves, por cuanto el texto de los arts. 399 y 494 N° 5 permite concluir que tanto las lesiones menos graves como las leves, son delitos de *forma o modo libre*, es decir, de aquellos que pueden cometerse a través de cualquier medio que cause o provoque el resultado exigido por el tipo penal¹¹⁸⁵. Lo anterior se desprende de los términos del art. 399 del CP, el cual prescribe que: “Las lesiones *no comprendidas en los artículos precedentes* se reputan menos graves...” y de la remisión expresa que el legislador hizo desde las lesiones leves contempladas en el art. 494 N° 5 del CP¹¹⁸⁶, hacia las lesiones

Cuando en el caso del inciso primero de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años”.

¹¹⁸³ DONNA, *DP, PE*, op cit., T. I, p. 138.

¹¹⁸⁴ CREUS, *DP, PE*, op cit., T. I, p. 73.

¹¹⁸⁵ COBO Y VIVES, *DP, PG*, op.cit., p. 409.

¹¹⁸⁶ Sin perjuicio de ello y como se dijera a propósito de las críticas al concepto de lesión del CPes, la referencia a la *causación* también puede generar dudas en los casos de comisión por omisión, puesto que es imposible sostener que un resultado positivo pueda haber sido causado en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por el hecho de haber realizado el sujeto activo, una conducta distinta de la esperada en su calidad de garante del bien jurídico protegido y, por ello, basta la imputación objetiva del resultado producido, no siendo necesario probar una necesaria relación de causalidad naturalística, sino que basta

menos graves, por virtud de la cual el juzgador puede aplicar el tipo privilegiado, si en la especie concurren los elementos valorativos que disminuyen el injusto o la imputación personal, consistentes en los elementos normativos de la calidad de las personas y las circunstancias del hecho.

Pese a la amplitud de medios que se desprende de la expresión: “Las lesiones *no comprendidas en los artículos precedentes*”, un sector de la doctrina, sostiene que los núcleos típicos alternativos herir, golpear o maltratar, que encabezan la descripción de las lesiones graves de nuestro art. 397, constituyen, por igual, los verbos rectores de las lesiones menos graves (art. 399) y de las lesiones leves (art. 494 N° 5), con lo cual los delitos lesiones menos graves y leves serían, al igual que las lesiones graves, tipos de forma vinculada, como el delito de lesiones graves¹¹⁸⁷. Así, Zapata Cuéllar sostiene que esta postura implica negar carácter delictivo (típico) a todos aquellos actos en los que no se hiera, golpee o maltrate de obra, de modo que en su concepto serían atípicos: a) los resultados derivados del uso de medios morales (salvo la hipótesis del art. 398); b) el menoscabo a consecuencia de una forma omisiva del acto (el caso de la comisión por omisión); c) las simples vías de hecho o maltrato de obra de las que no se derive una ilación de índole morbosa; d) el contagio venéreo; e) el contagio nutricional; y f) el contagio de enfermedades¹¹⁸⁸.

En mi opinión, dicha interpretación no tiene asidero en el texto legal, el cual por el contrario, no limita la forma de comisión del delito y, en todo caso, si el legislador hubiese querido establecer los medios a través de los cuales ha de cometerse el delito de lesiones menos graves y la falta de lesiones, lo habría establecido expresamente, tal cual lo hizo respecto de las lesiones graves en los arts. 397 y 398 del CP y, sin embargo, hizo todo lo contrario al establecer una fórmula lo suficientemente amplia como para comprender cualquier medio de comisión.

En efecto, respecto de las lesiones graves la opinión mayoritaria¹¹⁸⁹ sostiene que éstas dicen relación con un delito de *forma vinculada*, es decir, de aquellos en los cuales la clase de actividad de la que derivará el resultado dañoso, ha sido descrita por el legislador¹¹⁹⁰. Por lo tanto, las lesiones graves no podrían llevarse a cabo mediante cualquier clase de conducta, sino sólo a través de los medios descritos en la ley. Así, conforme a lo dispuesto en los arts. 397 y 398 del CP, las lesiones graves son delitos de esta clase, puesto que sólo pueden llevarse a cabo hiriendo, golpeando, maltratando de obra a otro, o bien, administrando a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima.

Minoritariamente, Garrido Montt sostiene que no ve obstáculo para que las lesiones graves puedan ser cometidas por omisión, cuando el autor se encuentra en

con que el sujeto hubiera podido evitar el resultado cuando se hallaba en posición de garante (ver MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 250-256).

¹¹⁸⁷ En este sentido se pronuncian GUZMÁN DALBORA, en “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., pp. 7-8; ZAPATA CUÉLLAR, “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., p. 8; ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 128.

¹¹⁸⁸ ZAPATA CUÉLLAR, “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., p. 9.

¹¹⁸⁹ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 125; POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 125; GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., pp. 7-8; KÜNSEMÜLLER, “VIH/SIDA y DP” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 5, 1996, op. cit., p. 137; ZAPATA CUÉLLAR, “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal” op. cit., p. 8; BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP*, op. cit., T. III, pp. 46-47; POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., pp. 208-209.

¹¹⁹⁰ COBO Y VIVES, *DP, PG*, op. cit., p. 409.

posición de garante respecto de la víctima, por cuanto a su juicio, se trataría de un delito de resultado y en su opinión la experiencia histórica demuestra que si con la omisión se puede provocar la muerte de una persona, con mayor razón se podría herir o maltratar a la misma y agrega que al igual que en el caso de las lesiones, en las cuales los verbos rectores de herir, golpear o maltratar involucran una acción, en el caso del homicidio el verbo rector matar, también dice relación con una conducta activa y sin embargo, nadie discute que el homicidio sea un delito que admite la comisión por omisión y, por último, siguiendo a Bajo Fernández, refiere que tanto en el homicidio como en las lesiones, debe recurrirse al sentido del tipo penal y al bien jurídico protegido, y en ambas figuras penales la respuesta resultaría positiva en cuanto a la procedencia de la comisión por omisión¹¹⁹¹.

La verdad es que no me parece correcta la afirmación de que los tipos penales de homicidio y lesiones graves se encuentren en la misma situación, toda vez que en el primero de ellos, el verbo *matar* dice relación con un *resultado*, no señalando el legislador medio o forma alguna a través del cual el sujeto activo deba provocar la muerte de la víctima, con tal que se trate de un medio apto para causar la misma y que ésta pueda serle imputable tanto objetiva como subjetivamente al autor como una obra suya. En las lesiones graves, en cambio, los *resultados* posibles son los que describe el art. 397 N° 1 y 2 (esto es, que a consecuencia de la conducta llevada a cabo por el sujeto activo, la víctima quede demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme; o bien, que se produzca al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días), y a diferencia de lo que ocurre en el caso del homicidio, el legislador indicó que dichos resultados deben llevarse a cabo a través de las conductas referidas en la mentada disposición, es decir, *hiriendo, golpeando o maltratando de obra a otro*¹¹⁹². Ahora bien, de acuerdo con el

¹¹⁹¹ GARRIDO MONTT, DP, PE, op. cit., T. III., pp. 160-161.

¹¹⁹² Los profesores POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS opinan que cabe, sin embargo, una leve variante en que sí podría castigarse una lesión grave por omisión como tal lesión grave: ello cuando la omisión debe ser vinculada al abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima, fórmula que no precisa de modo indispensable la perpetración mediante una conducta activa. Así se preguntan si el charlatán que ofrece un brebaje para hacer invulnerable ¿debe responder por lesiones graves si, teniendo la posibilidad real de hacerlo, no disuade al incauto que decide probar de inmediato la eficacia de la pócima en su propio cuerpo, dañando su salud considerablemente? La respuesta afirmativa reconocería su base en un especial hacer precedente que coloca al agente en la posibilidad de abusar, sea mediante su actividad, sea a través de su abstención. Sin embargo, es notorio que el precepto no fue pensado para abarcar hipótesis omisivas, como lo demuestra el comentario de Pacheco, al proponer el ejemplo del hombre de poco espíritu que ha sido llevado a casa de una hechicera “y los fantasmas que allí ve le determinan un arrebato al cerebro, o le hacen perder la razón”. Advierte este autor que “se pena una lesión física, causada por medios físicos que debían encausarla”. Sin embargo, no creemos que el precepto quede restringido al comportamiento activo, por medios materiales o inmateriales, sino que alcanza también a la comisión por omisión. La posición de garante será aquella que coloque al agente en la posibilidad de abusar (de la credulidad o flaqueza de espíritu), en tanto que el otro extremo, para atribuir la lesión, será la posibilidad real de impedir que la víctima, en razón de su situación de subordinación psíquica, experimente la mengua en su salud, lo que en definitiva no impide dolosamente (no parece que el abuso sea en este caso compatible con la culpa). En suma, reconocen que la acción de lesionar gravemente aparece delimitada por el texto legal al comportamiento activo y a sus formas especialmente descritas. Los medios inmateriales y la comisión por omisión sólo tendrían cabida en el muy reducido margen que tolera el art. 398, aunque sí, ampliamente, en el ámbito de las lesiones menos graves (art. 399). La crítica de *lege ferenda* no sólo debiera preconizar la extensión del ámbito del tipo de lesiones graves, de modo de consentir la omisión impropia, sino también diversas modalidades surgidas de la experiencia social (como la extenuación por abuso en el régimen laboral, contagio venéreo, etc.). (POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, DP chileno, PE, op. cit., p. 210).

Diccionario de la RAE, se entiende por *herir*, romper o abrir las carnes¹¹⁹³, por *golpear*, “dar un golpe o golpes repetidos”¹¹⁹⁴, y por *maltratar*, “tratar mal a alguien de palabra o de obra”, por su parte “*de obra*” dice relación con un modo adverbial que con algunos verbos significa que la acción de éstos se efectúa de manera material y corpórea, por oposición a la verbal o inmaterial¹¹⁹⁵. Así las cosas, del análisis gramatical de los términos utilizados por el legislador, no cabe duda de que los verbos herir, golpear y maltratar de obra dicen relación con conductas que sólo pueden llevarse a cabo de manera activa.

También es aislada la opinión de Mera Figueroa, quien sostiene que las lesiones graves pueden cometerse tanto por medios materiales como por medios morales¹¹⁹⁶. Dicha interpretación no me parece sostenible ya que cuando el legislador quiso incluir a los medios morales para cometer lesiones graves, lo hizo expresamente en el art. 398 bajo la fórmula: “*abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu*”, por lo tanto, resulta evidente la intención de limitar los medios de comisión a los individualizados en los arts. 397 y 398 del CP¹¹⁹⁷. Interpretar el tipo penal de lesiones graves, forzando el sentido natural y obvio de las palabras utilizadas por el legislador, para incluir todo medio de comisión, si bien parece una tarea loable a fin de evitar las injusticias que de la interpretación tradicional se sigue, resulta discutible si con la misma estamos realizando una interpretación extensiva (a mi juicio permitida en DP)¹¹⁹⁸, o derechamente nos encontramos fuera del tipo penal y, por lo tanto, realizando una especie de *analogía in malam partem* proscrita en un Estado social y democrático de

¹¹⁹³ Mera Figueroa opina que la acepción más correcta para la palabra herir es ofender o agraviar (MERA FIGUEROA, “Los medios en el delito de lesiones graves (art. 397 del CP)”, en *Revista de Ciencias Penales*, 1975, T. XXXIV, p. 182). Sin embargo, no en vano dicha acepción es la N° 15 en el diccionario de la RAE, y ofender significa según el mismo diccionario, humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, o ponerlo en evidencia con palabras o con hechos. Así resulta claro que la acepción pretendida por Mera Figueroa para la palabra herir, corresponde más a un atentado contra el honor de la persona que en contra del bien jurídico de la salud individual.

¹¹⁹⁴ Resulta artificiosa la manera en que Mera Figueroa sustituye en su análisis el verbo golpear, utilizado por el legislador, por la palabra golpe (que alude a un resultado) para intentar incluir de manera abierta, los medios morales en el tipo penal de lesiones graves (MERA FIGUEROA, “Los medios en el delito de lesiones graves (art. 397 del CP)”, op. cit., pp. 191 y ss.).

¹¹⁹⁵ POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 207. También de manera rebuscada Mera Figueroa sustituye en su análisis la expresión maltratar de obra, utilizada por el legislador, por las palabras maltrato de obra (que alude a un resultado) para intentar incluir de manera abierta, los medios morales en el tipo penal de lesiones graves (MERA FIGUEROA, “Los medios en el delito de lesiones graves (art. 397 del CP)”, op. cit., pp. 195 y ss.).

¹¹⁹⁶ MERA FIGUEROA, “Los medios en el delito de lesiones graves (art. 397 del CP)”, op. cit., pp. 163-200.

¹¹⁹⁷ En tal sentido, COUSIÑO MAC-IVER afirma que hay buenas razones para sostener que, conforme al art. 398, también son punibles las lesiones causadas por medios morales (COUSIÑO MAC-IVER, *Manual de medicina legal*, op. cit., p.157).

¹¹⁹⁸ En tal sentido, Mir Puig señala que la interpretación es lícita aunque resulte extensiva de los delitos o penas, salvo que se aparte de los modelos de interpretación aceptados o de las pautas valorativas constitucionales. Con esta salvedad, la interpretación extensiva no sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque toda interpretación admisible se mueve dentro de ese límite (el sentido literal posible). En cambio, como la analogía traspasa esta frontera no será admisible si perjudica al reo (*analogía in malam partem*). Cuando favorezca al reo (*analogía in bonam partem*) no chocará, en cambio, con el sentido de límite garantizador que posee el texto legal: dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley, y no que no pueda ser castigado menos o incluso eximido de pena si no lo prevé literalmente la ley. Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio, así lo entiende la doctrina alemana y un sector de la doctrina española. En contra de la admisibilidad de la interpretación extensiva, que no ve posible diferenciar estructuralmente de la analogía, (Bacigalupo, citado en MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 115-116).

Derecho respetuoso del principio *Nullum crimen, nula poena sine lege certa*. Ello lleva a Zapata Cuéllar a postular que los resultados derivados del uso de medios morales, salvo la hipótesis del art. 398 del CP, son atípicos¹¹⁹⁹, conclusión que en todo caso no comparto, toda vez que si bien dichas conductas no pueden ser calificadas como lesiones graves, deben ser sancionadas conforme al tipo básico de lesiones menos graves, el cual se encuentra configurado como un tipo subsidiario y de medios abiertos, lo que se deduce de la expresión: “Las lesiones *no comprendidas en los artículos precedentes*” utilizada en el art. 399.

De esta manera, acertadamente, parte de la doctrina chilena (y de la doctrina española hasta antes de la reforma del año 1989¹²⁰⁰), plantea como solución para no dejar impunes las conductas omisivas o llevadas a cabo por medios morales de las cuales resulten lesiones graves, la de sancionarlas a título de lesiones menos graves, ya que en estas últimas, la ley no limita los modos de comisión, como sí lo hacen los supuestos agravados, con lo cual, si el resultado lesivo corresponde a los referidos en los números 1 y 2 del art. 397 del CP, pero la conducta fuera llevada a cabo por omisión, por medios morales o de cualquier forma no señalada expresamente en la ley, la calificación jurídica de los hechos, se desplaza a la de lesiones menos graves, por cuanto concurriría el resultado, pero no la forma señalada en la ley¹²⁰¹. Así, es posible sostener que las lesiones menos graves constituyen un tipo básico, de medios abiertos y subsidiario de las lesiones graves y que, las lesiones graves son lesiones menos graves, que además requieren de un determinado resultado más importante y cuya conducta es llevada a cabo por los medios que expresamente señala la ley.

La verdad es que desde el punto de vista penológico, esta solución es bastante insatisfactoria y altamente criticable, ya que pese al mayor desvalor de resultado que concurre en los supuestos contenidos en el art. 397 del CP, se castiga con una pena inferior una conducta que, de *lege ferenda*, merece una sanción mayor a la expresada en el art. 399 del CP¹²⁰². En efecto, si lo que se quiere lograr con la tipificación de una conducta como delito, es motivar al sujeto a la no realización de conductas lesivas o riesgosas para determinados bienes jurídicos, la pena contenida en la ley ha de ser adecuada a la gravedad del ilícito, por cuanto ello es necesario para cumplir con la finalidad de prevención general.

Mera Figueroa critica esta solución y la tilda de artificiosa¹²⁰³, sin embargo, me parece que aquello no tiene asidero, ya que es evidente que los verbos rectores del art.

¹¹⁹⁹ ZAPATA CUÉLLAR, “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., p. 8.

¹²⁰⁰ Así lo señala Tamarit Sumalla, al referir que dicha propuesta fue planteada en España por Berdugo Gómez de la Torre, ante la imposibilidad de encajar las conductas omisivas en el precepto legal que tipificaba las lesiones graves, aun cuando los resultados correspondieran a los referidos en el tipo penal que tipificaba esta clase de lesiones (TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 55).

¹²⁰¹ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 111; POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 209; BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, p. 49; GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 172.

¹²⁰² Criticando también esta solución, Tamarit Sumalla plantea que si bien esta solución doctrinal era la más respetuosa con la legalidad del viejo CPes, conducía a una situación absurda en la que se reaccionaba con una pena única y notablemente atenuada frente a la multiplicidad de tipologías incardinadas en el art. 420 del antiguo CPes; con lo que, en definitiva, se incurría en la contradicción de dar entrada a una estructura de omisión impropia negando uno de sus “dogmas” esenciales, a saber, que el hecho de dejar de actuar del modo debido cuando de ello deriva un resultado típico, es equiparable a la comisión activa de dicho resultado (TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 55).

¹²⁰³ MERA FIGUEROA, “Los medios en el delito de lesiones graves (art. 397 del CP)”, op. cit., p. 172.

397 aluden a conductas activas y en tal sentido, lo que en verdad resulta artificioso, es la forma en que el citado autor pretende interpretar los términos herir, golpear y maltratar de obra, para incluir medios morales en donde el legislador y el sentido natural y obvio de los términos, dan a entender que la conducta sólo puede llevarse a cabo por medios materiales.

3.3.2. La comisión por omisión en el APCPCH

El APCPCH de 2005, contempla en el art. 85 el tipo base del delito de lesiones. Dicho tipo se encuentra establecido de manera o forma libre, por cuanto no limita los medios a través de cuales es posible cometer el delito. En efecto, la fórmula amplia y neutra utilizada refiere: “*El que lesione a otro será castigado con la pena de...*”.

Aun cuando la redacción del art. 85 del Anteproyecto bastaba para superar las deficiencias que en este punto presenta el actual art. 397 del CPch, en cuanto a la necesidad de abrir la puerta a que se sancione la comisión por omisión, así como a cualquier medio o forma apta para poner en riesgo el bien jurídico de la salud individual, el texto de estudio entregado al *Foro Penal* contemplaba expresamente un tipo penal que sancionaba la omisión¹²⁰⁴.

Evidentemente las críticas de los miembros del mismo *foro* no tardaron en surgir. Carnevali afirmó que no era partidario de mantener un sistema de *numerus clausus* para tratar los supuestos de comisión por omisión, argumentando que legislar dicha institución expresamente en cada caso no es una adecuada técnica legislativa, por lo engorroso e innecesario que resulta.

En el mismo sentido, Fernández expresó su discordancia con la referida norma, porque podría entenderse que la omisión impropia sólo se sanciona cuando expresamente lo indicara el CP, excluyéndose todos los delitos no mencionados y agregó que si no fue incluida una cláusula abierta en la PG del Código sobre la comisión por omisión, no ve por qué debe introducirse una aquí, considerando que además generaría graves conflictos interpretativos. Por último, señaló que es preferible dejar la omisión impropia a la interpretación jurisprudencial y abierta a todos los delitos en que pueda ser aplicable.

Por su parte, Ossandón consideró innecesaria dicha disposición y generadora de desconcierto, toda vez que superados los planteamientos del causalismo naturalista, no ve obstáculo alguno para incluir los casos de comisión por omisión en los tipos previos de los respectivos delitos, ya que los verbos rectores de dichos tipos no pueden estimarse meras descripciones de procesos físicos de causación, sino que constituyen más bien fórmulas adscriptivas, de atribución de responsabilidad, que desde este punto de vista, abarcan tanto conductas activas como la omisión de conductas obligadas.

Luego, acertadamente, Doren refirió que de no sancionar la comisión por omisión con una penalidad menor a las formas comisivas de homicidio y de lesiones, no existía fundamento alguno para mantener la tipificación expresa de la comisión por omisión, máxime si se elimina la referencia a la comisión por medios determinados a que hace alusión el tantas veces criticado art. 397 del CPch.

¹²⁰⁴ En efecto, la propuesta inicial del tipo penal que regulaba expresamente la comisión por omisión rezaba de la siguiente forma: “art. 88. El que omite evitar la muerte o las lesiones de otro, pudiendo hacerlo y encontrándose especialmente obligado a ello, será condenado como autor de los respectivos delitos de homicidio y lesiones comprendidos en los párrafos anteriores”.

De otra parte, y aun cuando Ossandón y Londoño coincidieron en señalar que la mayor problemática que plantean los delitos de comisión por omisión es la determinación de los supuestos en que un sujeto está especialmente obligado a evitar un resultado, ello no queda resuelto con la fórmula propuesta, ya que no se definieron legalmente las fuentes de la posición de garante o los casos en los que se está “especialmente obligado” a evitar un resultado. Por lo tanto, la redacción final no superó esta deficiencia.

Pese a que los argumentos antes señalados me parecen demoledores, el art. que tipifica expresamente la comisión por omisión se mantuvo en el texto aprobado por el *foro*, alterando sólo su ubicación y, por lo tanto, quedó redactado en los siguientes términos: “art. 89. El que dolosa o imprudentemente no evita la muerte o las lesiones de otro, pudiendo hacerlo y encontrándose obligado a ello, será condenado como autor de los respectivos delitos de homicidio y lesiones, dolosos o imprudentes, comprendidos en los artículos anteriores”.

No creo que la solución adoptada por el *Foro Penal* sea la más conveniente, primero porque basta con que la redacción de tipo penal no requiera medios comisivos específicos, para entender que las lesiones comprenden la comisión por omisión. Además, habría que señalar taxativamente en cada caso, los tipos en los cuales cabe sancionar por omisión impropia, solución a todas luces inapropiada a una visión moderna del DP y de una concepción normativa y teleológica del delito omisivo.

Por otro lado, si se quiere tipificar expresamente la comisión por omisión debería hacerse con una norma de carácter general que estableciera las fuentes de la posición de garante en virtud de las cuales el sujeto activo del delito estará obligado a actuar. Al respecto, cabe señalar que la propuesta original del APCPCH contemplaba un art. que, aun cuando no establecía cuáles eran las fuentes de la posición de garante, al menos tipificaba expresamente la comisión por omisión.

En efecto, el art. 10 de la propuesta inicial señalaba: “El que omite evitar la consumación de un delito sólo será punible por dicho delito cuando se encuentre especialmente obligado a evitarlo”.

Sin perjuicio de que se estima positiva la intención de regular en la PG la comisión por omisión, dicha redacción me parece inadecuada, por cuanto no hace referencia a la no evitación de un resultado y alude sólo a la infracción de un deber, extendiendo en demasía los casos de comisión por omisión. Además, no establece ni siquiera criterios generales, que sirvan de guía a la interpretación jurisprudencial, para determinar en qué casos concurría la posición de garante. A mi juicio, una redacción correcta, debería adherir a la teoría de las funciones y no a la teoría clásica como lo hace el art. 11 del CPes.

En definitiva, tomando en cuenta las numerosas observaciones recibidas respecto del art. 10 propuesto por la Secretaría Técnica, el *foro* estuvo por eliminar la norma propuesta, en el entendido de que los delitos de comisión por omisión debían legislarse expresamente en la parte especial, aunque también hubo quienes opinaron que dicho art. debía suprimirse por considerarlo superfluo.

4. Conclusiones

1. De la expresión “causare a otro una lesión”, se desprende que en esta clase de delitos el comportamiento consiste en lesionar a otro, entendiendo por *lesionar* la conducta *ex ante* adecuada para menoscabar la salud física o mental de un individuo, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Tratándose de un delito de resultado material, la conducta puede no ir acompañada de un resultado lesivo, como ocurre con la tentativa de lesiones, sin embargo, dicho resultado es necesario para la consumación del delito. El tipo subjetivo por su parte, admite tanto conductas dolosas como imprudentes.

2. En España el delito de lesiones, como delito de resultado material, es un delito de medios abiertos o indeterminados, esto es, de aquellos que pueden cometerse a través de cualquier medio que cause o provoque el resultado exigido por el tipo penal, por lo que es indiferente el procedimiento utilizado para el ataque, abarcando tanto los físicos, psicológicos o morales, violentos o no violentos o cualquier otro medios idóneo para crear un riesgo típicamente relevante para la salud individual de la víctima, tales como la administración de sustancias tóxicas, la ingestión de veneno, la transmisión de enfermedades sexuales, el contagio nutricional, el suministro de material sanitario no esterilizado, la transfusión de sangre infectada, la hipnosis, el suministro de informaciones sensibles productoras de emociones intensas a persona con enfermedades cardíacas, tratos desconsiderados que desencadenan angustia o de pérdida de autoestima, el engaño, etc.

3. Tratándose de un delito de medios abiertos, en el delito de lesiones no hay inconveniente para admitir la *comisión por omisión*, siempre que se cumplan las condiciones del art. 11 CPes, en particular la concurrencia de la *posición de garante* y que en el caso concreto pueda equipararse la no evitación del resultado y su causación. Como se trata de un tipo penal de resultado lesivo, debe poder ser imputado a la no ejecución de la conducta a que estaba obligado el sujeto activo por encontrarse en posición de garante. En Alemania el CP contempla expresamente la punición de la comisión por omisión con la posibilidad de atenuar la pena. En Argentina, tampoco existen problemas en acoger la comisión por omisión, toda vez que la ley no hace alusión a los medios de comisión y por lo tanto, el tipo penal de lesiones se encuentra configurado como un delito de resultado y de medios indeterminados.

4. En Chile el delito de lesiones graves es un tipo de *forma vinculada*. Por lo tanto, no puede llevarse a cabo de cualquier manera, sino sólo a través de las formas descritas en la ley, es decir, hiriendo, golpeando, maltratando de obra a otro, o bien, administrando a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima (art. 397 y 398). Por lo tanto, salvo la excepción del art. 398, se encuentra excluidos los medios morales. Para no dejar impunes las conductas omisivas de las cuales resulten lesiones graves, éstas podrían sancionarse a título de lesiones menos graves (art. 399), las cuales constituyen un tipo básico, de medios abiertos -apto para abarcar a la comisión por omisión-, subsidiario de las lesiones graves. Sin embargo, esta solución, no es satisfactoria, pues implica castigar con una pena ínfima una conducta que merece, de *lege ferenda*, una sanción mayor. El problema se soluciona estableciendo el tipo penal agravado, como un delito de medios abiertos.

5. Conforme al texto del art. 399 del CPch (“Las lesiones *no comprendidas en los artículos precedentes* se reputan menos graves...”) el tipo básico de lesiones menos graves es un delito de forma libre, que puede ser provocada por cualquier forma o

medio apto para producir el resultado lesivo. Por lo tanto, resulta aplicable, además de los casos de comisión por omisión, al contagio de enfermedades de transmisión sexual, así como enfermedades o incapacidades por más de treinta días producidas mediante formas distintas a las referidas en los arts. 397 y 398 del CP. Según el texto del APCPCH, no existe problema para acoger la comisión por omisión en el delito de lesiones, toda vez que las diversas figuras delictivas se configuran como tipos penales de resultado material y de medios abiertos.

Capítulo VI

C. El resultado típico en el delito de lesiones

Sumario: 1. Introducción.— 2. Concepto legal de lesión.— 3. La importancia de determinar el concepto de lesión.— 4. El concepto legal de lesiones en el CPes.— 5. Menoscabo de la salud individual.— 5.1. El menoscabo de la integridad corporal.— 5.2. El menoscabo de la salud física.— 5.3. El menoscabo de la salud mental.— 6. Naturaleza de los elementos primera asistencia médica y tratamiento médico quirúrgico (elementos normativos del tipo) .— 6.1. Primera asistencia facultativa.— 6.2. Tratamiento médico o quirúrgico. 6.2.1. Concepto amplio de tratamiento médico o quirúrgico.— 6.2.2. Concepto restringido de tratamiento médico o quirúrgico.— 6.2.3. El baremo: “Objetivamente” .— 6.2.4. Sanidad de la lesión.— 6.2.5. ¿Qué significado tiene la expresión “además” en el tipo penal básico de lesiones?.— 7. Críticas al concepto legal de lesión del CPes.— 8. Delimitación entre el delito y falta de lesiones en España.— 9. El concepto de lesión en el CPch.— 10. El concepto de lesión en el APCPCH.— 11. Conclusiones.

1. Introducción

La parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta lesiva. Sin embargo, como ya hemos dicho, ello no es suficiente para que concurra el tipo de lesiones, toda vez que tratándose, en opinión de la doctrina^{1205/1206} y de la jurisprudencia¹²⁰⁷, de un delito de *resultado material*, debe concurrir además, un efecto

¹²⁰⁵ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 104; FELIP I SABORIT, *Las lesiones*, op. cit., p. 64; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 92; CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 278.

¹²⁰⁶ Concordando con esta opinión y corroborando la idea de que la consumación del delito de lesiones requiere un efectivo menoscabo de la salud, física o psíquica, Carbonell Mateu y González Cussac, hacen ver que esto no siempre ha estado ajeno a la polémica, aun cuando no tuviera excesiva trascendencia; para algunos autores, las lesiones eran sinónimo de acciones violentas en las personas, sin que se requiriera resultado material alguno, lo que, en cierta manera, podría justificar el sistema de “tarifas de sangre” y el dolo genérico: el concreto quebranto a la salud, el resultado material, sería una condición objetiva de punibilidad impropia, de la que dependería el tipo concreto en que se subsumiría la conducta y, por tanto, la pena. Aún tras la reforma, cuestiona Boix Reig la naturaleza de las lesiones, en la medida en que, afirma este autor, subsisten delitos que no requieren de menoscabo alguno. A nuestro juicio, el tema ya no es importante en la medida en que se ha de rechazar el dolo genérico, y ha de tenerse por resuelto con la clarísima redacción del art. 617.2 que tipifica la falta. En su primer párrafo se refiere a quien causa una lesión, resultado material de determinadas características, mientras que en el segundo se castiga a quien golpear o maltrata de obra a otro *sin causarle lesión*. La lesión, pues, es el resultado y los delitos de lesiones no son de mera actividad: el dolo ha de abarcar el resultado típico. Cuestión diferente es que el Código contenga figuras de muy diferente significación englobadas bajo un mismo *nomen juris*. La cuestión ha venido a complicarse extraordinariamente con las desdichadas reformas introducidas por la LO 11/2003: así, la conversión de la reiteración de faltas en delito ha vuelto a desnaturalizar el concepto, y lo propio sucede con el maltrato en el ámbito familiar. Con todo, parece la mejor solución tener claro que no todas las figuras comprendidas en este Título son realmente lesiones y que por tales debemos entender las que producen un determinado resultado —o, al menos, riesgo— para la salud en su sentido más genuino que ha de ser abarcado por el dolo (CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 138).

¹²⁰⁷ Así, por ejemplo, en STS N° 91/2007, de 12 de febrero, el TS resolvió que: “El delito de lesiones del art. 147 del CPes, tanto el tipo básico como el subtipo atenuado, es un *delito de resultado* y, además, un delito doloso, de manera que el dolo no se predica únicamente de la acción que causalmente produce el resultado, sino que debe abarcar también a éste, es decir, a las consecuencias lesivas generadas causalmente por la acción agresiva”.

separado de la conducta y posterior a ella, en este caso, el resultado lesivo en el sujeto pasivo. A este tema dedicaremos las líneas siguientes.

2. Concepto legal de lesión

Luzón Peña, comentando el concepto de lesión de la RAE, señala que a la vista de la regulación legal, resulta insuficiente el concepto que de lesión ofrece el Diccionario de la RAE, como “daño corporal causado por golpe, enfermedad o herida”, pudiendo, a su juicio considerar como tal, cualquier perturbación de la salud física o psíquica de una persona, transitoria o permanente, o de su integridad corporal, ocasionada por cualquier medio, sin ánimo de producir su muerte¹²⁰⁸.

Otros autores sostienen que el concepto de lesión se identifica con el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de una persona¹²⁰⁹ y, en este sentido, equivale al resultado de la conducta y señalan que este concepto sería válido para todas las figuras delictivas contenidas en el Título a excepción de los supuestos contemplados en los arts. 153 y 154, y también para las faltas de los arts. 617.1 y 621.3^{1210/1211}.

A mi juicio, el resultado típico dice relación, en esta clase de delitos, con el *menoscabo o deterioro de la salud física o mental del sujeto pasivo*, que en el caso del delito de lesiones, requiere, objetivamente, además de una primera asistencia facultativa, de un tratamiento médico o quirúrgico y en el de la falta de lesiones, sólo de una primera asistencia facultativa¹²¹². Dicho concepto incluye a la afectación de la integridad corporal, la cual no es sino un bien jurídico instrumental de la salud individual, como tuvimos ocasión de señalar en el capítulo relativo al bien jurídicamente tutelado en los delitos de lesiones.

3. La importancia de determinar el concepto de lesión

La importancia de determinar el concepto de lesión consiste en que una adecuada interpretación de este término, además de la precisión del bien jurídicamente tutelado en esta clase de delitos, nos permitirá aproximarnos a la delimitación del ámbito de lo punible, y por lo tanto, a la frontera entre lo típico y lo atípico y a diferenciar entre la falta de lesiones y los delitos de lesiones entre los cuales cabe distinguir a la figura básica del art. 147.1, la figura privilegiada del art. 147.2 y a las figuras agravadas, lo cual tiene una importancia fundamental desde el punto de la aplicación de las distintas penalidades asignadas en abstracto por el legislador en los diversos tipos delictivos de lesiones¹²¹³.

¹²⁰⁸ LUZÓN PEÑA, *Enciclopedia penal básica*, op. cit., p. 883.

¹²⁰⁹ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., 103; FELIP I SABORIT, “De las lesiones”, op. cit., p. 65; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, T. I, op. cit., p. 92 y RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 429.

¹²¹⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 429.

¹²¹¹ En el mismo sentido, pero utilizando el término *integridad personal*, Romeo Casabona afirma que por lesión habrá que comprender el resultado de menoscabo de la integridad personal entendida ésta en el sentido apuntado para esta expresión: integridad corporal y salud física y mental (ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 209).

¹²¹² En el mismo sentido, SUAREZ MIRA (Coord.), *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 86 y CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 279.

¹²¹³ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificaciones*, op. cit., p. 43.

4. El concepto legal de lesiones en el CPes

Respecto del antiguo CPes, la doctrina unánimemente ponía de manifiesto la necesidad de formular un concepto general de lesión¹²¹⁴, para luego construir a partir de él, la estructura del delito de lesiones. Así, por ejemplo, ya en 1971 Beristain Ipiña escribía: “En el CPes falta una definición del delito de lesiones... Otros Códigos Penales formulan al comienzo de este capítulo un concepto fundamental, que facilita mucho la labor interpretativa y dogmática para los teóricos y para los encargados de la administración de justicia”¹²¹⁵.

Así, cumpliendo con los requerimientos de la doctrina y luego de una ardua discusión, en 1989, a través de la LO N° 8/83, se reformó el antiguo CP, y, entre otras significativas reformas en esta clase de delitos, se estableció un concepto de lesión en base a la causación del resultado de menoscabo de la salud física o mental del ser humano, lo cual implicó un verdadero cambio de sistema, que fue luego recogido, por el CP de 1995.

En la actualidad el art. 147.1 del CPes prescribe: “*El 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. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*”.

Este art. entrega luces acerca de lo que ha de entenderse por lesión, es decir, *un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de una persona* y la doctrina^{1216/1217} y la jurisprudencia mayoritaria, entienden que el art. 147. 1 es el *tipo base del delito de lesiones* y del concepto de lesión que rige a los delitos en contra de la salud individual en el CPes¹²¹⁸. En todo caso, tal y como lo dijéramos en el capítulo relativo al bien jurídicamente tutelado, la integridad corporal no es sino un bien jurídico instrumental de la salud individual, el cual es sin duda el bien jurídico en los delitos de lesiones.

¹²¹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Las lesiones en la propuesta de anteproyecto”, op. cit., p. 390; ORAA Y ORAA “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, op. cit., p. 1024; PÉREZ ALONSO, “El Delito de Lesiones”, op. cit., pp. 609-611.

¹²¹⁵ BERISTAIN IPIÑA, “Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho Español y Comparado”, op. cit., p. 10.

¹²¹⁶ Así lo estima parte importante de la doctrina entre los cuales se cuenta a CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP*, op. cit., T. I, p. 91; FELIP I SABORIT, “Las Lesiones”, op. cit., p. 64; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 106 y ss.; TAMARIT SUMALLA, “De las Lesiones”, op. cit., p. 105.

¹²¹⁷ A una opinión distinta llega el profesor Queralt Jiménez, para quien el mínimo común denominador a las lesiones es la causación, por cualquier medio o procedimiento, de un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de la persona, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, al menos de una primera asistencia facultativa, incluyendo dentro de este concepto la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión, de lo cual concluye que el tipo básico del delito de lesiones es el relativo a la falta de lesiones del art. 617.1 y no el delito de lesiones del art. 147. 1 del CPes, por cuanto comprende el concepto base de la casi totalidad de las figuras de esta clase (QUERALT JIMÉNEZ, *DP español, PE*, op. cit., pp. 107 y ss.).

¹²¹⁸ Así, por ejemplo, en STS N° 91/2007, de 12 de febrero, el TS resolvió que: “El delito de lesiones del art. 147 del CP, tanto el tipo básico como el subtipo atenuado, es un delito de resultado y, además, un delito doloso, de manera que el dolo no se predica únicamente de la acción que causalmente produce el resultado, sino que debe abarcar también a éste, es decir, a las consecuencias lesivas generadas causalmente por la acción agresiva”.

Según la STS N° 625/2003, de 28 de abril, dictada por el TS las lesiones constitutivas de falta se subsumen en el tipo base de delito de lesiones psíquicas cuando han sido provocadas en el mismo contexto situacional.

5. Menoscabo de la salud individual

El menoscabo es la afectación de la salud de la persona, lo cual supone un deterioro en el sujeto pasivo respecto de su estado anterior al daño o lesión provocada¹²¹⁹.

El menoscabo de la salud individual puede darse en tres ámbitos, subordinados al único bien jurídico tutelado en el delito de lesiones, constituido por la salud individual. Estos tres ámbitos son: la integridad corporal, la salud física y la salud mental. Sin embargo, el menoscabo de la integridad corporal como bien instrumental, debe significar un deterioro de la salud individual.

5.1. El menoscabo de la integridad corporal

En el tipo básico deben excluirse los resultados constitutivos de lesiones graves de los arts. 149 y 150 del CPes (pérdida de miembros, etc.) y, en tal sentido, se trata de un concepto residual¹²²⁰. Por menoscabo de la integridad corporal debe entenderse no sólo la disminución o merma de la masa corporal en cualquiera de sus partes, sino también situaciones en las que la entidad física de la persona no sufre merma cuantitativa, pero sí alguna otra clase de deterioro en la que no existe disminución de la masa corpórea como una hinchazón, un hematoma necesitado de tratamiento o una cicatriz no constitutiva de deformidad¹²²¹.

Siendo la integridad corporal un bien jurídico instrumental, su menoscabo debe afectar a la salud individual, razón por la cual, se excluye del ámbito del delito de lesiones, los tratamientos quirúrgicos destinados a la mejora o conservación de la salud en su conjunto y realizados conforme a la *lex artis* que suponen un menoscabo de la integridad corporal. Sin embargo, si en la realización del tratamiento se ha infringido la *lex artis* y se ha provocado un resultado indeseado afectante a la salud, resultan aplicables los tipos de lesiones imprudentes, como delito del art 152 del CP o como faltas del art. 620.1 o 620.3 del CP. También se excluyen menoscabos de la integridad corporal que no suponen una afectación a la salud, pero que pueden producirse en situación tal que supongan una degradación de la persona que los padece, como el corte de pelo llevado a cabo en situación vejatoria, etc., que puede ser constitutivo de un delito contra la integridad moral del art. 173 del CP¹²²².

5.2. El menoscabo de la salud física

Se incluyen tanto la provocación de enfermedades no graves (puesto que las graves se incluyen en el tipo agravado del art. 150 del CPes), como cualquier otra situación afectante al bienestar físico de la persona, siempre que objetivamente necesite tratamiento médico o quirúrgico¹²²³. Mucha discusión ha provocado la problemática relativa a la consideración como resultado de lesiones de la transmisión dolosa o imprudente del virus del SIDA¹²²⁴, sin embargo, el análisis puntual lo dejaremos para el acápite relativo al sentido y alcance de la noción de enfermedad.

¹²¹⁹ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 161.

¹²²⁰ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 92.

¹²²¹ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 92.

¹²²² CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, pp. 92-93.

¹²²³ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 92.

¹²²⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 429.

5.3. El menoscabo de la salud mental

El concepto de lesión contenido en el art. 147. 1 del CPes es lo suficientemente amplio como para englobar toda clase de enfermedades y, por lo tanto, las lesiones psíquicas pueden constituir un resultado típico de lesiones¹²²⁵.

El menoscabo a la salud mental, dice relación con aquellas patologías y trastornos de tal naturaleza que necesiten para su cura, objetivamente, de tratamiento médico¹²²⁶. Se suele distinguir entre los daños psíquicos suficientes para constituir un delito autónomo de lesiones y los “daños colaterales” derivados de la comisión de otro delito, en los que puede incluirse, el impacto emocional o psicológico provocado de forma *natural* por el mismo en la víctima o sus allegados, etc.,¹²²⁷ Dicho tema será tratado ampliamente en el acápite relativo al sentido y alcance de la noción de enfermedad.

6. Naturaleza de los elementos primera asistencia médica y tratamiento médico quirúrgico (elementos normativos del tipo)

Para que la lesión sea típicamente relevante como delito, conforme a lo dispuesto en el art. 147. 1, debe requerir *objetivamente* para su sanidad de la presencia de dos elementos a saber, *primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico*. Por lo tanto, resulta necesario establecer que naturaleza jurídica tienen estos elementos del tipo y que significado le asigna el legislador al hecho de que deban concurrir desde un punto de vista objetivo.

De conformidad con el estado actual de la teoría del delito, hay que aceptar que en el *tipo* deben encontrar acogida todos aquellos elementos que fundamentan el *contenido material de injusto* del hecho punible y, por lo tanto, el tipo debe proporcionar claridad acerca de cuál es el *objeto jurídico* o bien jurídico tutelado, cuál es el *objeto material* sobre el cual debe recaer la conducta, en qué consiste la *acción u omisión* prohibida, si una u otra deben haber causado una *lesión* o sólo un *peligro* para el bien jurídico y, finalmente, si es exigido el *dolo* o basta con la *imprudencia*, de manera que la materia objeto de prohibición debería *agotarse* en la circunscripción del tipo, pues con el mismo el legislador ha suministrado la totalidad de los elementos que reúne el contenido de injusto típico de la correspondiente figura de delito¹²²⁸. El tipo reúne los elementos *específicos* que fundamentan positivamente la antijuridicidad penal de un hecho y al hacerlo describe el comportamiento penalmente relevante y encierra, un significado valorativo propio, toda vez que, los hechos típicos no son “*valorativamente neutros*”, sino penalmente relevantes, porque suponen una *lesión o puesta en peligro de un bien jurídico* valioso para el DP¹²²⁹. Por ello, en la PG del DP, debe realizarse una importante distinción al interior del tipo penal, consistente en la división entre elementos *descriptivos* y *normativos*, que ha tenido gran importancia en la relación ente tipo y antijuridicidad¹²³⁰.

¹²²⁵ FELIP I SABORIT, “De las lesiones”, op. cit., p. 65; ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 209-210 y RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 429.

¹²²⁶ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, pp. 93-94.

¹²²⁷ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, pp. 93-94.

¹²²⁸ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 262.

¹²²⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 158.

¹²³⁰ Sobre la antijuridicidad penal y su relación con la tipicidad ver MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., lección

Son *elementos descriptivos* aquellos que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos, es decir, aquellos que requieren una percepción sensorial¹²³¹. Los elementos descriptivos reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez¹²³². Así por ejemplo, ocurre con los conceptos tales como “edificio”, “hombre”, etc. los cuales son descriptivos, aun cuando respecto del concepto hombre, vimos en el capítulo quinto que en sus fronteras pasa a ser difuso y a transformarse más bien en un concepto normativo, toda vez que, en último término, pareciera ser el Derecho quien define desde cuándo y hasta cuándo existe vida humana independiente.

Los *elementos normativos*, en cambio, son aquellos que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social¹²³³, es decir, aquellos que requieren una comprensión espiritual. Son aquellos elementos cuya concurrencia presupone una valoración. Ello ocurre por ejemplo en términos tales como “injuria” o “ajenidad”, etc. los cuales son normativos¹²³⁴.

Los elementos normativos pueden clasificarse en *elementos normativos jurídicos* que son aquellos que requieren de una determinada valoración jurídica, como sucede con el término “ajena” en el delito de hurto o con el término “documento público” en el delito de falsificación de instrumento público; o bien pueden ser *elementos normativos culturales*, que son aquellos cuya determinación requieren de una valoración cultural, como sucede en el caso de la expresión “buenas costumbres” o “actos de significación sexual”¹²³⁵.

Si bien la anterior es la clasificación más conocida entre los elementos del tipo, también se puede distinguir de acuerdo al margen de interpretación que el legislador deje entregado al aplicador del Derecho y así, por ejemplo, hay elementos que dejan un margen de valoración especialmente amplio y necesitado de complementación valorativa, como ocurre con la expresión “buenas costumbres”, o elementos en los cuales, las valoraciones vengan preestablecidas totalmente o en gran medida por el legislador, como ocurre con los conceptos valorativamente plenos, como por ejemplo sucede en el caso del concepto de “ajenidad”, referido a la regulación civil de la propiedad¹²³⁶. Luego, por supuesto, que aún se pueden hacer otras distinciones conceptuales según las necesidades del correspondiente contexto argumentativo¹²³⁷.

Ahora bien, en la medida en que la determinación de que debe entenderse por “primera asistencia facultativa” y, luego “tratamiento médico quirúrgico”, requiere de una valoración por parte del tribunal que dependerá de una serie de factores o criterios que más adelante intentaremos precisar u objetivar, no parece ser que la naturaleza conceptual de estas categorías puedan condecirse con los elementos descriptivos del tipo.

Más bien parece que la determinación del contenido de dichos términos obliga al intérprete de la ley a realizar una valoración de las circunstancias concretas en las que ambos términos actúan y esa valoración debe ajustarse a la de un término conceptual o normativo, al cual alude la ley con el término “objetivamente”.

¹²³¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 231.

¹²³² ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 306.

¹²³³ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 232.

¹²³⁴ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 306.

¹²³⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 231-232.

¹²³⁶ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 306.

¹²³⁷ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 306.

En efecto, no se trata en este caso, de realizar una simple operación de comprobación y subsunción de hechos, toda vez que los conceptos primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico no tienen un carácter empírico, es decir, no son elementos del hecho que el autor o el juez puedan conocer mediante sus sentidos, sino que requieren para su determinación de la realización de un juicio de valor, razón por la cual no cabe sino concluir que en la especie no encontramos ante dos *elementos normativos del tipo*^{1238/1239/1240} utilizados por el legislador para establecer la diferencia de gravedad en la lesión, lo cual permitirá establecer la calificación de la conducta como falta o como delito¹²⁴¹.

6.1. Primera asistencia facultativa

La primera asistencia facultativa es el primer acto o actos sanitarios y consiste en 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 disponen¹²⁴² con fines diagnósticos, pronósticos, de exploración o curativos del

¹²³⁸ De acuerdo con esta conclusión García García Cervigón, afirma que los términos “asistencia Facultativa” y “tratamiento médico” son elementos normativos cuyo alcance viene determinado por el que aplica el Derecho (GARCÍA GARCÍA CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificaciones*, op. cit., p. 40).

También Tamarit Sumalla, en esta misma línea, sostiene que se trata de elementos valorativos para evaluar la gravedad de la lesión (TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 109).

En el mismo sentido, Gonzales Rus señala que los conceptos de primera asistencia y tratamiento médico y quirúrgico son normativos, puesto que la ley les ha querido dar un significado diverso al científico, con el fin de restringir el ámbito del delito respecto a la falta, por lo que quedan fuera del concepto legal de tratamiento algunos actos médicos que en sentido estricto constituyen tal (GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 149).

¹²³⁹ Del mismo modo, Romeo Casabona señala que al introducir el legislador estos dos criterios de distinción, se ha querido apartar expresamente, por razones político-criminales, de los conceptos médico-científicos de los mismos, pues ha querido reservar un mayor campo de aplicación para la falta del que podría deducirse de la exclusiva referencia al tratamiento médico-quirúrgico como exclusivo criterio delimitador y, en consecuencia, es al criterio normativo al que ha de atenderse para encontrar procedimientos de distinción, por lo demás nada fáciles, y por ello no será extraño que, en sentido estricto, el concepto de primera asistencia invada en más de un caso un terreno que, en puridad, lo sería del tratamiento médico-quirúrgico y luego agrega que estos son, como adelantábamos, conceptos normativos, puesto que la ley les ha querido dar un significado diverso —aunque, desde luego, algo oscuro y poco adecuado a las exigencias de la seguridad jurídica— al científico, con el fin de restringir el ámbito del delito respecto a la falta y, por consiguiente, se confirma que quedan fuera del concepto de tratamiento algunos actos médicos que en sentido estricto constituyen un tratamiento (por ejemplo, el primer tratamiento para prevenir agravaciones o complicaciones) (ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 212-214).

¹²⁴⁰ De acuerdo con esta idea se pronuncia el TS en STS N° 523/2002, de 22 de marzo, al señalar que: “En este caso, hay que entender que el porte de un collarín cervical constituye un sistema curativo, o reductor de las consecuencias cuando la lesión no sea totalmente curable, prescrito con tal finalidad curativa por un titulado en medicina y aunque ese tratamiento se encomiende a auxiliares sanitarios o se imponga al mismo paciente, atendiendo para la valoración del tratamiento médico que, como *concepto normativo a concretar por el juzgador en la función integradora de las normas, a la doctrina ya fijada en la jurisprudencia de esta Sala*”.

¹²⁴¹ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 161 y FELIP I SABORIT, “De las lesiones”, op. cit., p. 66.

¹²⁴² MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 109-110; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 50.

daño provocado¹²⁴³, así como el mero seguimiento o vigilancia de la evolución del mismo¹²⁴⁴. La doctrina¹²⁴⁵ y la jurisprudencia¹²⁴⁶ parecen coincidir con este concepto.

Las actividades efectuadas tanto en la primera asistencia facultativa como en el marco del tratamiento, pueden ser competencia de cualquiera de las titulaciones sanitarias, tanto de nivel superior, como por ejemplo, licenciatura en medicina, farmacia, odontología, como de nivel medio, como lo sería por ejemplo enfermería, fisioterapia, logopedia, etc.^{1247/ 1248}

No hay primera asistencia facultativa por el solo hecho de que el afectado demande asistencia, ni con la sola concurrencia de determinados síntomas¹²⁴⁹. La primera asistencia facultativa debe medirse no por lo que efectivamente se ha desarrollado, si no por lo que hipotéticamente debería haberse prestado objetivamente^{1250/1251}. La asistencia debe ostentar el carácter de *necesaria*, entendiendo

¹²⁴³ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 161 y CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 97 y CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 279.

¹²⁴⁴ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 213.

¹²⁴⁵ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 40.

¹²⁴⁶ En tal sentido, el TS, en STS N° 1021/2003, de 07 de julio, expresó que: “Así pues, la *primera asistencia facultativa equivale al inicial diagnóstico o exploración médica*. Hecha la cual, si el facultativo, entiende que no es preciso el sometimiento del lesionado a “*tratamiento médico o quirúrgico*” alguno, la calificación de las lesiones debe relegarse a la categoría jurídica de falta, aunque se dispensen atenciones curativas “ad hoc” (desinfecciones, vendajes, etc.)”. En el mismo sentido se pronunció el TS en STS N° 1689/2001, de 27 de septiembre de 2001.

¹²⁴⁷ SUAREZ MIRA (Coord.), *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 86 y CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 97.

¹²⁴⁸ Según la Circular N° 2/1990 de la FGE, Los requisitos exigidos para que concurra la primera asistencia médica facultativa son: a) Necesidad: es decir, no puede valorarse como asistencia la prestada sin que lo requiera la objetiva dolencia; b) Titularidad: se entiende que es del que presta la asistencia. Al hablar el legislador de facultativa se considera que es la realizada por alguien que esté en posesión del título de Licenciado en Medicina; aunque también deben tenerse en cuenta los actos de Practicantes y ATS; c) Carácter único o múltiple de la asistencia: no puede confundirse primera asistencia con única por lo que han de incluirse en la primera los supuestos en que la atención primaria es prestada conjuntamente por varios facultativos que colaboran entre sí, e incluso sin tal colaboración, cuando el lesionado, no conforme con la primera asistencia recibida, busque otro facultativo para que la revise o la reitere. Al respecto, ver GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 41.

Por su parte, el TS en STS de 01 de julio de 1992, estableció los siguientes criterios: “En primer lugar, el precepto no dice de ninguna manera que la “primera asistencia facultativa” se preste como única en la primera ocasión, y “el tratamiento médico o quirúrgico” (en su caso) tengan lugar en posteriores y distintas de la primera. Junto con la “primera asistencia facultativa” se puede realizar totalmente el “tratamiento médico o quirúrgico”, o sólo parte de uno de ellos o de los dos y en sucesivas ocasiones el resto de uno u otro. Además, la “primera asistencia facultativa”, aunque normalmente es llevada a cabo por un Médico titulado, en ocasiones, cuando las lesiones son nimias, así escoriaciones, simples hematomas, rasguños y otras de carácter levísimo, pueden efectuarse por un “facultativo sanitario” no titulado superior, cual un A.T.S., ya que la misma que “per se” implica una asistencia o cura de “urgencia” de primeros auxilios y de orientación, no requiere normalmente grandes conocimientos, y de ser necesarios serán trasladados al Médico o Cirujano titulado para por éstos, conforme a la “*lex artis*”, llevar a cabo el tratamiento médico”.

¹²⁴⁹ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 50.

¹²⁵⁰ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 41.

¹²⁵¹ En tal sentido, la STS de 01 de julio de 1992, refiere que: “En segundo término, preciso es destacar que el art. 420 del CP, tantas veces reiterado, para delimitar y diferenciar el ilícito por su gravedad requiere (las lesiones requieran para su sanidad, dice literalmente el precepto) para su conceptualización como grave (esto es delito), además de la “primera asistencia...”, “el tratamiento médico o quirúrgico”, lo que se traduce no en que se lleve a cabo, efectiva y realmente, uno de dichos tratamientos

como no necesaria aquella que se presta sin que objetivamente lo requiera la concreta dolencia del sujeto¹²⁵².

La asistencia facultativa incluye todos aquellos comportamientos destinados a eliminar, disminuir o evitar la agravación de los menoscabos o quebrantos para la salud física o psíquica del afectado, que provengan de la conducta lesiva, así como los cuidados paliativos encaminados a reducir los sufrimientos ligados a tales menoscabos y las medidas preventivas encaminadas a impedir la aparición de nuevos daños directamente vinculados a la conducta lesiva (por ejemplo, aplicación de hielo, vendajes, desinfecciones, suministro de inyecciones, etc.)¹²⁵³. También se incluyen las actividades de exploración y diagnóstico no seguidas de actuación ulterior en la medida en que, dada la naturaleza del menoscabo, sean precisas para asegurarse de que no se requieren, o no son posibles, intervenciones sanitarias posteriores y con mayor razón, se incluyen las conductas de diagnóstico previas a las actuaciones sanitarias y la práctica, si es procedente, de un segundo o ulteriores diagnósticos de confirmación o de control^{1254/1255}.

Que la atención sea de urgencia no es relevante en la configuración del concepto de asistencia facultativa, como tampoco el que ésta sea inmediata, ya que ambos calificativos pueden, eventualmente, ser relevantes en la valoración de la entidad del menoscabo¹²⁵⁶. En todo tratamiento hay inevitablemente un acto médico inicial, por lo que siempre habrá una primera atención que debe entenderse constitutiva de la primera asistencia, sea o no contemporánea del hecho causante de la lesión¹²⁵⁷.

Una *primera asistencia* no es sinónimo de única asistencia, porque puede comprender una pluralidad de acciones dependientes de esa primera intervención médica y subordinadas a ella, las cuales pueden incluso prolongarse en el tiempo, como provenir de forma paralela de varios profesionales diferentes de la medicina que actúen simultánea o sucesivamente, mientras se mantengan estrechamente vinculadas entre sí y sin solución de continuidad al tenor del común proceder sanitario¹²⁵⁸. Así, por ejemplo, ocurrirá en el caso de intervenciones interdisciplinarias o en equipo, como la práctica de diagnósticos auxiliares previos (radiografías, análisis de sangre, TAC's, resonancias,

o los dos a la vez, sino que “objetivamente” la lesión o lesiones “necesiten” o “precisen” el tratamiento o tratamientos indicados”.

¹²⁵² SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit. p. 105; ARROYO Y MUÑOZ, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 40 y ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 214-215 y CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 92.

¹²⁵³ SUAREZ MIRA (Coord.), *Manual de DP, PE*, op. cit., pp. 86-87; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 97 y CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 279.

¹²⁵⁴ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 149; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 50-51; ARROYO Y MUÑOZ, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 41; TAMARIT SUMALLA, *La reforma a los delitos de lesiones*, op. cit., p. 73 y SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit. p. 105.

¹²⁵⁵ En contra de esta opinión Bustos Ramírez afirmaba que los problemas surgen por la equivocidad del término “tratamiento” y sobre todo al colocarse junto a “primera asistencia facultativa”, por lo cual habría que entender que más de una asistencia es tratamiento, lo que estaría ratificado por el art. 582 del antiguo CPes sobre la falta (BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 58).

¹²⁵⁶ RODRÍGUEZ DEVEZA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p. 149; ARROYO Y MUÑOZ, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 41; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 51 y SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit. p. 105.

¹²⁵⁷ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., pp. 40-41 y ARROYO Y MUÑOZ, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 42.

¹²⁵⁸ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 161; SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit. p. 105; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 97 y CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 279.

etc.) y en la intervención de varios especialistas al tenor de la naturaleza del menoscabo o menoscabos o en la distribución de funciones entre titulados superiores o medios etc.¹²⁵⁹ En otras situaciones puede ocurrir que el lesionado, no quede conforme con la primera asistencia o quiera confirmar el diagnóstico realizado en ella y acuda por su cuenta a otros profesionales de la medicina y no por ello dejamos de estar en presencia de una primera asistencia¹²⁶⁰. También hay primera asistencia si ésta es prestada algún tiempo después de producirse la lesión, ya sea porque el lesionado no acude al médico inmediatamente después de la lesión o bien porque la sintomatología de la lesión no aparece hasta más tarde¹²⁶¹.

Conforme a lo dispuesto en el inciso final del art. 147. 1 “*La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*”, con lo cual pertenecen al ámbito de la primera asistencia facultativa, aquellas actividades médicas posteriores complementarias, encaminadas a realizar un seguimiento, o a verificar los buenos resultados de la asistencia inicialmente prestada, sin que con ello se requiera del comienzo de nuevas actividades curativas o paliativas, ni la reiteración, acentuación o modificación de las ya realizadas y, por lo tanto, se incluyen en la primera asistencia, las posteriores exploraciones del paciente, el mantenimiento en observación, el control del cumplimiento de las indicaciones suministradas, la confirmación de los efectos de la medicación aisladamente prescrita, la mera retirada de apósitos o escayola, la limpieza de heridas en proceso de curación, el cumplimiento por parte del lesionado de las prescripciones o indicaciones de los profesionales sanitarios, en la medida que no exijan una ulterior actividad de aquellos más allá de las acabadas de señalar, etc.¹²⁶².

Caben, además, en el concepto de primera asistencia facultativa, las lesiones que sanen espontáneamente y aquellas lesiones que requieran una única asistencia sin tratamiento posterior y los cuidados paliativos de muy escasa entidad que no se prolongan temporalmente o de naturaleza puramente preventiva, que puedan precisar equimosis, hematomas o contusiones¹²⁶³, al igual que la prescripción de tranquilizantes para alteraciones psíquicas pasajeras no significativas, siempre y cuando la entidad de la

¹²⁵⁹ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 213-214; SUAREZ MIRA (Coord.), *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 87 y RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 429.

¹²⁶⁰ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 149 y ARROYO Y MUÑOZ, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 41.

¹²⁶¹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., 109 y DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 51; GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 41 y RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p. 149.

¹²⁶² Así, por ejemplo, en STS N° 421/2001, de fecha 15 de marzo de 2001, el TS español afirmó que: “La propia expresión típica del art. 147 del CP nos permite delimitar su alcance. Así nos señala que el tratamiento médico debe ser requerido objetivamente para alcanzar la sanidad, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o de la propia víctima. Además, debe trascender de la *primera asistencia facultativa*, como acto médico separado, y no se integra por la dispensada para efectuar *simples vigilancias o seguimientos facultativos*”.

Del mismo modo, en STS N° 523/2002, de fecha 22 de marzo de 2001, el TS español afirmó que: “Una reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que a efectos penales por tratamiento médico, configurador del tipo delictivo de lesiones, como dice la Sentencia de esta Sala de 2 de julio de 1999, aquel sistema o método que se utiliza para curar una enfermedad o traumatismo o para tratar de reducir sus consecuencias si no fuera curable, quedando excluidas las medidas de cautela o prevención (Sentencia de 6 de febrero de 1993), la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión (artículo 147.1º Código Penal de 1995) y los supuestos en que la lesión sólo requiere objetivamente para su sanidad una primera asistencia facultativa”.

¹²⁶³ TAMARIT SUMALLA, *La reforma a los delitos de lesiones*, op. cit., p. 74.

alteración no requiera de para su curación, además del diagnóstico, de un tratamiento¹²⁶⁴. Por encima de eso cabrá incluir la prescripción de una sola vez de medicamentos, o la práctica de curas diversas^{1265/1266/1267/1268}.

¹²⁶⁴ En efecto, al revés de lo sostenido por Diez Ripollés para quien las alteraciones psíquicas pueden ser pasajeras pero significativas (DIEZ RIPOLLÉS, *los delitos de lesiones*, op. cit., p. 53), el TS, en STS N° 91/2007, de 12 de febrero de 2007, resolvió que: “En el presente caso nos encontramos con una lesión psíquica consistente en una crisis de ansiedad como consecuencia de la agresión sufrida, lo cual ha producido un menoscabo de la salud mental del agredido, tal y como se expresa el art. 147 C.P. Esa perturbación psíquica precisó para su curación un diagnóstico y un tratamiento prescrito por un médico titulado consistente en la toma de fármacos ansiolíticos que se prolongó durante 11 días. De hecho, la situación es perfectamente equiparable al que se aborda en la STS de 28 de abril de 2.003 y en la que se establece que la denunciante, a consecuencia del hecho descrito, sufrió un cuadro ansioso depresivo reactivo y de estrés postraumático que ha requerido tratamiento farmacológico con antidepresivos y ansiolíticos no precisados. Por consiguiente, y partiendo de esta base, cabe establecer una primera conclusión: los daños psíquicos sufridos por la víctima son penalmente imputables al acusado, daños que, según el *factum*, constituyen un menoscabo de la salud mental y que, por lo tanto, son incardinables en la figura típica del art. 147 C.P. al concurrir, según lo expuesto, los elementos objetivos y normativos del tipo”.

¹²⁶⁵ Diez Ripollés también considera que cabe dentro del concepto primera asistencia facultativa, la inmovilización de partes del cuerpo siempre que no precisen ulterior actividad sanitaria más allá de la retirada de las aplicaciones realizadas y de la comprobación de resultados (DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 53). Sin embargo, el TS en STS N° 523/2002, de 22 de marzo, resolvió que: “Una reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que a efectos penales por tratamiento médico, configurador del tipo delictivo de lesiones, como dice la Sentencia de esta Sala de 2 de julio de 1999, aquel sistema o método que se utiliza para curar una enfermedad o traumatismo o para tratar de reducir sus consecuencias si no fuera curable, quedando excluidas las medidas de cautela o prevención (Sentencia de fecha 6 de febrero de 1993), la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión (art. 147.1 CP de 1995) y los supuestos en que la lesión sólo requiere objetivamente para su sanidad una primera asistencia facultativa. En este caso la víctima sufrió además de multiplicidad de hematomas en distintas partes del cuerpo, mordeduras, nariz reventada y un esguince cervical con contractura, que es lesión objetivamente necesitada de tratamiento médico, y de hecho fue sometida a un tratamiento prolongado -más allá de la primera asistencia- que consistió en la colocación de un collarín cervical, prescrito con finalidad curativa. En este caso, hay que entender que el porte de un collarín cervical constituye un sistema curativo, o reductor de las consecuencias cuando la lesión no sea totalmente curable, prescrito con tal finalidad curativa por un titulado en medicina y aunque ese tratamiento se encomiende a auxiliares sanitarios o se imponga al mismo paciente, atendiendo para la valoración del tratamiento médico que, como concepto normativo a concretar por el juzgador en la función integradora de las normas, a la doctrina ya fijada en la jurisprudencia de esta Sala. Esta Sala viene considerando este tipo de tratamiento como de carácter curativo en cuanto trata de reparar el daño ocasionado por un traumatismo cervical, Sentencias de 2 de julio de 1999; 24 de octubre y 18 de noviembre de 1997; 21 de marzo de 1995, y 23 febrero y 25 abril de 2001”.

¹²⁶⁶ FELIP I SABORIT, “De las lesiones”, op. cit., p. 66 y DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 53.

¹²⁶⁷ Diez Ripollés incluye en el concepto de primera asistencia facultativa, la aplicación de puntos de sutura (DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 53). En el mismo sentido, Córdoba Roda y García Arán sostiene que Los actos curativos quedan limitados a la primera asistencia si no van seguidos de una actuación médica prolongada más allá de su mero seguimiento, como ocurre en el caso de los puntos de sutura de una herida (CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 97).

Sin embargo a estas alturas ya se encuentra bastante consolidada la jurisprudencia que sostiene que tal actividad se corresponde con un tratamiento médico o quirúrgico. Así, por ejemplo, se pronunció el TS en STS N° 1021/2003, de 07 de julio, en la cual resolvió que: “En atención a la doctrina expuesta procede acoger el recurso interpuesto por el M° Fiscal, por entender que la herida, después de una primera valoración médica se estimó oportuno, como más indicado, acudir a los puntos de sutura para la curación de la misma, que merece el calificativo de intervención quirúrgica, ciertamente de cirugía menor, pero subsumible en el art. 147 del CP sin perjuicio de que el Tribunal, apreciando la escasa gravedad de la lesión, proporcionalidad de la pena aplicable dentro del recorrido legal que el precepto referido establece, acuda al n° 2 del precepto invocado”.

Por otro lado, debe recordarse que estamos ante elementos de carácter normativo y que, por lo tanto, han de interpretarse de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso, toda vez que, en ocasiones, el grado de intervención facultativa especializada depende de las peculiaridades de la lesión o de la técnica médica que no se corresponden con el grado de afectación a la salud de la víctima y así, por ejemplo, pareciera ser exagerado sostener que nos encontremos en presencia de un delito y no de una falta, por ejemplo por el hecho de que ante la inexistencia temporal de adhesivos el médico se viera en la necesidad de suturar la pequeña herida¹²⁶⁹.

Por último, si no existe un menoscabo para la salud individual conforme a los elementos del art. 617.1 (por ejemplo, un dolor o molestia momentáneos, los cuales no requerirán, *por lo general*, ningún tipo de asistencia sanitaria) el tipo aplicable será el de maltratos de obra contenido en la falta del art. 617.2, la cual no requiere de una afectación de la salud individual¹²⁷⁰.

6.2. Tratamiento médico o quirúrgico

La doctrina ha otorgado dos tipos de conceptos de tratamiento médico o quirúrgico, Uno amplio y otro restringido¹²⁷¹.

6.2.1. Concepto amplio de tratamiento médico o quirúrgico

Entiende por tratamiento médico o quirúrgico el conjunto de actividades de profesionales de la sanidad que inciden sobre una persona con la finalidad de diagnosticar sus condiciones de salud o integridad, curar, aliviar o prevenir los menoscabos propios o ajenos, mejorar las condiciones sanitarias propias o ajenas preexistentes o profundizar en los conocimientos o técnicas referentes a los fines precedentes¹²⁷².

¹²⁶⁸ Díez Ripollés también incluye dentro del concepto primera asistencia facultativa a actividades quirúrgicas menores (extracción de cuerpos extraños de epidermis, extracción de piezas dentarias dañadas...) resolubles terapéuticamente con un único conjunto de actividades (DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 53). En el mismo sentido, SUAREZ MIRA (Coord.), *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 86. Sin embargo, el TS, en STS de fecha 01 de julio de 1992, estableció que: “En primer lugar, el precepto no dice de ninguna manera que la “primera asistencia facultativa” se preste como única en la primera ocasión, y “el tratamiento médico o quirúrgico” (en su caso) tengan lugar en posteriores y distintas de la primera. Junto con la “primera asistencia facultativa” se puede realizar totalmente el “tratamiento médico o quirúrgico”, o sólo parte de uno de ellos o de los dos y en sucesivas ocasiones el resto de uno u otro”.

¹²⁶⁹ FELIP I SABORIT, “De las lesiones”, op. cit., p. 67.

¹²⁷⁰ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pp. 210-211.

¹²⁷¹ García García-Cervigón, citando a la doctrina italiana, en particular a Introna, señala que clásicamente se define como la modificación del organismo de otros cumplida según las normas de la ciencia para mejorar la salud física o psíquica de la persona, tal modificación va referida al estado anormal que es el estado morbosos por el cual el sanitario interviene no pretendiéndose que el médico siga taxativamente un complejo codificado de preceptos científicos sino que actúe de modo no contrario a las normas científicas y que su obra profesional no esté privada del todo de fundamento científico (GARCÍA GARCÍA CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificaciones*, op. cit., p. 42).

¹²⁷² Críticamente respecto de este concepto se pronuncia DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 53.

Se trata de un concepto más amplio que el determinado por la FGE¹²⁷³. Sin embargo, cuenta con jurisprudencia a su favor, aunque no de manera mayoritaria¹²⁷⁴.

Este concepto abarca tanto a actividades sanitarias como las diagnósticas, terapéuticas, paliativas o preventivas como la extirpación de órganos para trasplantes intervivos o las actuaciones para evitar la propagación de la enfermedad y asimismo se incluyen las intervenciones de cirugía plástica no reparadora o la esterilización no terapéutica y, por último, se abarcan los supuestos de experimentación pura, más allá de la terapéutica, pero evidentemente, esta concepción resulta inadecuada para los fines del DP, ya que, en virtud de su extensión, hace casi imposible distinguir al concepto de tratamiento médico o quirúrgico de la primera asistencia facultativa, toda vez que toma aspectos que claramente pertenecen a esta última, tales como las actuaciones médicas de exploración y diagnóstico¹²⁷⁵.

6.2.2. Concepto restringido de tratamiento médico o quirúrgico

El concepto estricto de tratamiento médico o quirúrgico, consiste en el conjunto de actividades prescritas por profesionales de la salud, destinadas a eliminar, disminuir o a superar los menoscabos sufridos por una persona como consecuencia de una conducta lesiva, o a evitar su agravación o a paliar los sufrimientos ligados a tales menoscabos, una vez superando el contenido de la primera asistencia facultativa^{1276/1277}.

¹²⁷³ Los requisitos exigidos por la Circular son: a) Que sea *distinto y ulterior* a la primera asistencia; b) *Necesidad* siendo aplicable al derogado CP y también al actual como se deduce de la redacción del art. 147.12136; e) 'Finalidad curativa' excluyéndose las atenciones meramente preventivas aunque se administren en actos fraccionados y sucesivos que excedan temporalmente de la primera asistencia y en cuanto a la administración de antibióticos habrá que distinguir su finalidad; e) *Prescripción por un titulado en Medicina* (GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificaciones*, op. cit., p. 42).

¹²⁷⁴ El TS, en STS N° 757/1998, de 27 de mayo de 1998, resolvió que: “Es así que prescindiendo de la mera asistencia, el tratamiento de que habla el legislador es médico o quirúrgico. Si el primero es la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en Medicina con finalidad curativa, el tratamiento quirúrgico significa cualquier acto de tal naturaleza, cirugía mayor o menor, que fuere necesario para curar en sus más amplio sentido, bien entendido que la curación, si se realiza con *lex artis*, requiere distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria ex ante, exploración quirúrgica, recuperación ex post, etc.) inmersas todas en las consecuencias penales del acto lesivo, lo que la sentencia de 28 de febrero de 1992 denomina tratamiento reparador del cuerpo”.

¹²⁷⁵ En un sentido similar, se pronuncian ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 162; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 53-54; ZUGALDÍA Y HERNÁNDEZ, *La distinción entre el delito y la falta de lesiones. Los conceptos de tratamiento médico o quirúrgico y de primera asistencia médico facultativa*, en LH al profesor Dr. Torio López, Editorial Comares, Granada, 1999 p. 954; TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 107; GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 149; SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 106; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 98 y RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 430.

¹²⁷⁶ ARROYO Y MUÑOZ, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 42; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 54; GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 149; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, pp. 97-98 y RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 430.

¹²⁷⁷ Para Gualart de Viala el tratamiento médico o quirúrgico consiste en la sumisión del lesionado a un método curativo, médico o quirúrgico, que tenga como fin precisamente la sanidad de la lesión y que resulte absolutamente imprescindible para lograr la curación del menoscabo producido (GUALART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, op. cit., pp. 62-63).

Para Bueno Arus, en cambio, el tratamiento médico-quirúrgico, corresponde a las actividades realizadas con un fin curativo (a las que se puede añadir la cirugía plástica o reparadora) y que tiene relevancia para el DP en la medida en que la actividad del facultativo puede afectar a los bienes jurídicos de la persona protegidos por el ordenamiento (BUENO ARUS, “El médico en el DP”, op. cit., p. 287).

Por lo tanto, el concepto de tratamiento médico o quirúrgico tiene una finalidad eminentemente curativa, reparadora o paliativa de la lesión sufrida, cuya entidad dependerá de la distinta gravedad de la lesión¹²⁷⁸. Deben excluirse del concepto de tratamiento los casos en los que el personal sanitario interviene o debe intervenir ante una sintomatología, queja o demanda del lesionado que luego no da lugar a una actividad propiamente terapéutica¹²⁷⁹.

El concepto de tratamiento médico incluye actividades prescritas por el facultativo que no supongan la administración de sustancias o la realización de actuaciones agresivas sobre el cuerpo del sujeto, como medidas de naturaleza dietética, higiénica, de reposo o sueño, rehabilitadoras, que conlleven un determinado régimen de vida o sometimiento a determinados aparatos, siempre que, naturalmente, superen las actuaciones sanitarias propias de la primera asistencia y que sean idóneas para curar el quebranto de la salud¹²⁸⁰. También se encuentra incluido el tratamiento psiquiátrico o psicológico, con sus específicas técnicas de entrevista, psicoanálisis, dinámica de grupos, juegos, condicionamientos, etc., está incluido dentro del concepto de tratamiento médico, bajo las mismas condiciones que éste¹²⁸¹.

Esta definición, deja fuera aquellas actividades médico-quirúrgicas ajenas al núcleo de la actividad sanitaria y excluye las actividades diagnósticas o preventivas, toda vez que ya están incluidas en la primera asistencia y su realización después de la primera asistencia facultativa o su iniciación posterior a ella no transforma por sí sola la primera asistencia en tratamiento médico quirúrgico¹²⁸².

Este concepto de actividad médica o quirúrgica ha tenido bastante aceptación en la jurisprudencia del TS, la cual tiene a estas alturas bastante aceptado que por tratamiento médico puede entenderse aquel sistema o método que se utiliza para curar una enfermedad o traumatismo o para tratar de reducir sus consecuencias si aquella no es curable, quedando excluido el simple diagnóstico o las medidas de cautela o prevención, la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión y los supuestos en que la lesión solo requiere objetivamente para su sanidad de una primera asistencia facultativa y, en tal sentido existe ese tratamiento, desde el punto de vista

Para Del Rosal Blasco la necesidad de *tratamiento médico o quirúrgico para la sanidad de la lesión* significa que la entidad de la lesión es tal que para su curación, el médico o personal sanitario cualificado ha de repetir o reiterar aquellos cuidados, indicaciones o prescripciones tendentes a eliminar, aliviar o disminuir los efectos perjudiciales para la salud de tal lesión, aplicando sobre el paciente, en cada uno de ellos, y hasta obtener su completa o posible sanidad, los conocimientos, la técnica o la ciencia que posea (DEL ROSAL BLASCO, *El nuevo tipo básico de los delitos de lesiones en el CP (art. 420, párrafo primero)*, op. cit., p. 55).

Rodríguez Devesa y Serrana Gómez sostenían que *Tratamiento* es todo sistema o método que se emplea para curar enfermedades. Se trata, por tanto, de un proceso más o menos dilatado diferente de una primera asistencia facultativa, aunque normalmente en ésta es donde se decida, si el diagnóstico es correcto —cosa difícil en no pocas ocasiones—, si es necesario tratamiento, lo que determinará si las lesiones son constitutivas de delito o falta (RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p. 149).

¹²⁷⁸ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 108.

¹²⁷⁹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 109.

¹²⁸⁰ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 162

¹²⁸¹ TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 73; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 56; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 109-110 y CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 93.

¹²⁸² GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificaciones*, op. cit., p. 43 y DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 54-55.

penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por un médico y es objetivamente necesaria para la curación de la lesión^{1283/1284/1285}.

Del mismo modo, se encuentra bastante asentada la idea de que es indiferente la actividad médica posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios o cuando se imponga al paciente, a través de la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir, como por ejemplo dietas, rehabilitación, etc., señaladas con miras a su recuperación^{1286/1287/1288}.

La existencia o no de tratamiento médico quirúrgico no depende del número de actos de intervención que haya tenido un médico, sino de la naturaleza de la intervención, que debe revelar una gravedad mínima de la lesión¹²⁸⁹. Así, el TS ha señalado que si bien lo usual y ordinario será, que precisándose de tratamiento médico, el facultativo lleve a cabo, con posterioridad a la primera asistencia, otras intervenciones médicas en el lesionado, enderezadas a la culminación del proceso curativo, pero tampoco se excluye que ese conjunto sucesivo de asistencias guiadas por un fin curativo se sustituya por un tratamiento impuesto o señalado en una única asistencia, que se desarrolla ulteriormente sin un seguimiento o atención médica específica, hasta la comprobación final de la sanidad^{1290/1291/1292}.

¹²⁸³ Así se pronunció el TS en SSTs de 2 de junio de 1994, 22 de marzo de 2002; 07 de julio de 2003 y 12 de febrero de 2007, entre otras. En un sentido similar, CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 280 y LUZÓN PEÑA, *Enciclopedia penal básica*, op. cit., p. 884.

¹²⁸⁴ Al respecto ver SUÁREZ MIRA, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 86.

¹²⁸⁵ Sin embargo, Díez Ripollés opina que el concepto primeramente señalado de tratamiento médico-quirúrgico posee suficiente precisión como para no necesitar ulteriores complementos conceptuales. De ahí que las pretensiones doctrinales de destacar sus cualidades de actividad planificada o metódica, persistencia en el tiempo y complejidad técnica, aun siendo ciertas en la mayoría de los casos, sólo conllevan el riesgo de dejar fuera indebidamente determinadas hipótesis (DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 55).

¹²⁸⁶ Así se pronunció el TS en SSTs de 2 de junio de 1994 y 12 de febrero de 2007.

¹²⁸⁷ ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 213; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 110; CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, "Lesiones", op. cit., pp. 135-136; SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 106 y SUÁREZ MIRA, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 86.

Por su parte, Álvarez García enfatiza la idea de que únicamente puede considerarse tratamiento el que dispensan los profesionales de la salud, idea ésta en la que hay que insistir ante la avalancha de intrusismo en el ámbito de la medicina (ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 162). En el mismo sentido, se pronuncia ARROYO Y MUÑOZ, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 44.

¹²⁸⁸ En cambio, García García-Cervigón, opina que pese a que normalmente en las definiciones que la doctrina entrega respecto del concepto de tratamiento médico quirúrgico predomina la idea de la profesionalidad, se puede abogar por un criterio menos estricto considerando como fundamento de un criterio más amplio el mayor bienestar como característica del tratamiento (GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificaciones*, op. cit., p. 42).

¹²⁸⁹ En tal sentido Zugaldía y Hernández sostienen que la comprobación de los efectos de la medicación prescrita, la retirada de puntos de sutura o de una escayola o la limpieza de suturas en proceso de curación, etc., constituyen tratamiento médico, ya que la comprobación de los efectos de la medicación prescrita exige haber prescrito previamente una medicación, la retirada de una escayola supone una previa fractura o un esguince, etc. y la intervención médica en estos casos, aunque se realice en una primera asistencia facultativa, constituye tratamiento médico (ZUGALDÍA Y HERNÁNDEZ, *La distinción entre el delito y la falta de lesiones. Los conceptos de tratamiento médico o quirúrgico y de primera asistencia médico facultativa*, op. cit., p. 954).

¹²⁹⁰ TS, en STS N° 1021/2003, de 7 de julio.

¹²⁹¹ En el mismo sentido, GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificaciones*, op. cit., p. 43; ESPINAR Y HERNÁNDEZ, *La distinción entre el delito y la falta de lesiones. Los conceptos de tratamiento médico o quirúrgico y de primera asistencia médico facultativa*, op. cit., p. 951 y CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, "Lesiones", op. cit., pp. 135-136.

El *tratamiento quirúrgico* consiste en curar mediante una operación o cirugía mayor o menor, efectuadas con las manos o con instrumentos¹²⁹³. Según el diccionario de la RAE, se entiende por *operar* “ejecutar sobre el cuerpo animal vivo, con ayuda de instrumentos adecuados, diversos actos curativos, como extirpar, amputar, implantar, corregir, coser, etc., órganos, miembros o tejidos”.

El tratamiento quirúrgico consiste en la restauración del cuerpo que tiene como finalidad corregir, mediante operaciones naturales e instrumentales, de cirugía mayor o menor, cualquier alteración funcional u orgánica causada por una lesión¹²⁹⁴.

Al igual que en el “tratamiento médico” la finalidad es curativa sólo que con una diferente metodología, opción que en unas ocasiones viene dada por la naturaleza misma de la lesión, y en otras se presenta como alternativa más adecuada o preferible al del “tratamiento médico” en sentido estricto^{1295/1296}.

El TS, entiende por *tratamiento quirúrgico* la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o cirugía menor), que sea

¹²⁹² En cuanto a la aplicación práctica del concepto en estudio, la Jurisprudencia ha considerado como tratamiento médico actividades como la “inmovilización aosteo-articular” (STS N° 650/2008, de 23 de octubre), y, en general la colocación de escayolas o férulas (STS N° 724/2008, de 4 de noviembre), reparación de la rotura parcial de un incisivo realizada por odontólogo (STS de 19 de junio de 2002), la prescripción de un collarín cervical (STS N° 414/2007, de 10 de mayo), el tratamiento del dolor y la necesidad de reposo para permitir la curación (STS N° 169/2008, de 8 de abril), aunque la ingesta de analgésicos durante un período corto de tiempo no está siendo considerado, generalmente, como tratamiento, véase en este último sentido (STS N° 724/2008, de 4 de noviembre), la prescripción de medicamento (STS N° 98/2007, de 16 de febrero), el mero suministro, en algunos casos excepcionales, de antiinflamatorios (STS N° 588/2007, de 20 de junio), la rehabilitación cuando es necesaria objetivamente para la curación de las lesiones (STS N° 1036/2006, de 24 de octubre), el tratamiento por un psicólogo cuando ello ha sido recomendado por un médico, psiquiatra o no (SSTS N° 1020/2007, de 29 de noviembre y N° 411/2000, de 13 de marzo), la sutura tendinosa o “tenorrafia” (STS, de 1 julio 1992), el tratamiento reparador del cuerpo para restañar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida como consecuencia de la lesión (STS de 28 febrero 1992), cualquier operación que necesite cirugía reparadora y que suponga la necesidad de aplicar puntos de sutura, es y constituye un tratamiento quirúrgico que impediría su inclusión en el art. de las faltas (STS de 3 junio 1994). En esta dirección, la STS de 28 febrero de 1997 precisa el alcance jurídico-penal de la sutura de heridas y de los dispositivos médicos destinados a inmovilizar con fines curativos los elementos óseos del cuerpo humano y concluye apreciando la concurrencia del delito de lesiones con base en la sutura quirúrgica v la férula de contención, junto con la prescripción de fármacos, reveladores de un tratamiento reparador; sin que obste a tales apreciaciones el que, al término de la curación, pudiera ser el propio lesionado el que, por indicación facultativa, pudiera retirar los puntos o extraer la férula. Asimismo, la Sentencia de 30 abril 1998 establece que con carácter general merecen la consideración de tratamiento quirúrgico la sutura o costura ciclos tejidos que han quedado abiertos como consecuencia de un herida y que es preciso aproximar para que la misma cierre y quede la zona afectada, en lo posible, tal como estaba antes de la lesión.

¹²⁹³ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 107 y CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 98.

¹²⁹⁴ CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 280; LUZÓN PEÑA, *Enciclopedia penal básica*, op. cit., p. 884 y RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 431.

¹²⁹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 163.

¹²⁹⁶ Para Rodríguez Devesa y Serrano Gómez el *tratamiento quirúrgico*, dice relación con lo relativo a la cirugía, que es la parte de la Medicina que tiene por objeto curar las enfermedades por medio de operaciones hechas con la mano o con instrumentos. La gama de intervenciones quirúrgicas es muy extensa, pudiendo ir desde un simple punto de sutura, por ejemplo, como consecuencia de una pequeña piedra que dio en la cabeza de la víctima, hasta la extirpación de un riñón, un brazo, etcétera, o intervenciones como consecuencia de traumatismos cráneo-cerebrales, donde a veces las secuelas pueden aparecer “entre algunos minutos y muchos años”, como sucede con la *epilepsia postraumática* (RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANA GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., pp. 149-150).

objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones^{1297/1298}.

Con las intervenciones quirúrgicas pueden plantearse problemas de delimitación con la falta de lesiones, como referimos al tratar esta última categoría conceptual, sin embargo, la enorme agresividad de cualquier acto quirúrgico, en tanto se trata de un procedimiento del cual pueden aparecer complicaciones intraoperatorias y postoperatorias, lo que obliga, incluso en esta cirugía menor, a adoptar ciertas precauciones referidas a la historia clínica, análisis previos, etc., y los riesgos que implica -especialmente cuando exige la sedación del sujeto-, así como la, normalmente, posterior utilización de medicación para evitar las infecciones, o los períodos de recuperación exigidos, ha conducido a que el concepto de “tratamiento quirúrgico” usado por la jurisprudencia sea bastante amplio^{1299/1300}. Sin embargo, creo que el límite está en el hecho de que tal tratamiento quirúrgico sea *necesario*¹³⁰¹ y no se califique de delito una sutura menor por el hecho de que en el caso en particular no había el respectivo adhesivo o porque el médico prefirió suturar aun cuando con el adhesivo bastaba¹³⁰². En efecto, las cintas de papel adhesivas se usan sólo en heridas lineales y para reforzar puntos de sutura y los líquidos son utilizables sólo para heridas lineales a salvo de infecciones y en zonas de escasa tensión y respecto de las grapas de acero (que exigen posterior retirada) hay suficiente jurisprudencia de Audiencia que las estiman como supuestos integrables en el art. 147.1 del CP¹³⁰³.

De ser necesaria la intervención quirúrgica la solución adoptada por el TS en casos de cirugías menores consistentes en puntos de sutura, en los cuales ha considerado la concurrencia del tratamiento quirúrgico, y por lo tanto, del art. 147 del CPes, tratándose de una cirugía menor y atendiendo tanto a la gravedad de la lesión (desvalor del resultado), como a los medios empleados en la conducta lesiva (desvalor de acto), aplica el art. 147.2¹³⁰⁴.

¹²⁹⁷ Así se pronunció el TS en Sentencia de 07 de julio de 2003.

¹²⁹⁸ Sin embargo, Díez Ripollés estima que la distinción entre tratamiento médico y quirúrgico carece de interés porque el primer concepto parece abarcar sin problemas al segundo y porque de su diferenciación no se deriva ninguna consecuencia jurídica. Además refiere que en la actualidad las nuevas técnicas médicas hacen difusa la delimitación entre ambos conceptos (DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 55). En el mismo sentido se pronuncian ARROYO Y MUÑOZ, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 46.

¹²⁹⁹ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 163.

¹³⁰⁰ Así por ejemplo, en STS de 19 de octubre de 2001, el TS ha señalado que tratamiento quirúrgico existe siempre que se actúa médicamente sobre el cuerpo del paciente de forma “agresiva” como ocurre, por ejemplo, cuando se abre, se corta, se extrae o se sutura, es decir, siempre que la curación se persigue mediante la intervención directa en la anatomía de quien la necesita”. Al respecto, ver SUÁREZ MIRA, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 87.

¹³⁰¹ ARROYO Y MUÑOZ, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 44

¹³⁰² En tal sentido, el TS ha establecido en STS N° 1021/2003, de 07 de julio, que: “Por tratamiento quirúrgico debe entenderse la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o cirugía menor), que sea objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones”.

¹³⁰³ SAP de Vizcaya, Sección 1ª, N° 326/2008, de 16 de junio y SAP de Madrid, Sección 2ª, N° 23/2007, de fecha 27 de octubre.

¹³⁰⁴ Así resolvió el TS en STS N° 1021/2003, de 07 de julio, al referir que: “En atención a la doctrina expuesta procede acoger el recurso interpuesto por el M° Fiscal, por entender que la herida, después de una primera valoración médica se estimó oportuno, como más indicado, acudir a los puntos de sutura para la curación de la misma, que merece el calificativo de intervención quirúrgica, ciertamente de cirugía menor, pero subsumible en el art. 147 del CP sin perjuicio de que el Tribunal, apreciando la escasa gravedad de la lesión, proporcionalidad de la pena aplicable dentro del recorrido legal que el precepto

Se entienden comprendidos en el concepto de tratamiento quirúrgico la costura con que se reúnen los labios de una herida, en tanto sea precisa para restaurar el tejido dañado¹³⁰⁵.

6.2.3. El baremo: “Objetivamente”

Conforme a la redacción del art. 147.1, los elementos normativos del tipo consistentes en la *primera asistencia facultativa* como el *tratamiento médico o quirúrgico* han de apreciarse conforme a un *baremo objetivo* consistente en su *necesidad* y, en tal sentido, lo *necesario objetivamente* es aquello que resulta preciso, según la ciencia médica, para la sanidad de la lesión¹³⁰⁶. La necesidad de dichas intervenciones sanitarias debe valorarse de forma objetiva y conforme a la naturaleza y características de la lesión¹³⁰⁷.

Por lo tanto, para la consumación de la falta o del delito de lesiones, en su caso, basta con dictaminar que las lesiones sufridas, dada su naturaleza y de acuerdo con la ciencia médica, hubiesen requerido una primera asistencia o además, un tratamiento médico o quirúrgico para su sanidad y, por ello, no se requiere que el lesionado se hubiera sometido efectivamente a una primera asistencia facultativa o a un tratamiento médico o quirúrgico¹³⁰⁸. Si el tratamiento efectivamente aplicado excede a lo exigible por la *lex artis*, en el momento de calibrar la gravedad jurídica de la lesión no deberá tenerse en cuenta, tampoco la parte sobrante de la intervención médica¹³⁰⁹.

Ello implica que la asistencia facultativa y el tratamiento médico o quirúrgico no constituyen propiamente un efecto o una consecuencia a añadir al del menoscabo a la salud o integridad personales sino una cualidad de éste. Tal cualidad alude a pautas de necesidad objetiva, a determinar, teniendo presentes las circunstancias personales de la víctima, según criterios de normalidad atentos al contenido de la atención sanitaria profesional propia de la época y sociedad en que se produce el menoscabo¹³¹⁰.

Lo anterior trae consigo las siguientes las siguientes consecuencias: a) es irrelevante para la calificación como delito que el lesionado prefiera sanar automedicándose, curándose por sí mismo, o poniéndose en manos de persona carente de titulación¹³¹¹, ya que ello depende muchas veces del nivel cultural que a veces genera

referido establece, acuda al nº 2 del precepto invocado. Si atendemos a los medios empleados para producir la agresión lesiva (el propio cuerpo del agresor) y los escasos efectos producidos (10 días de curación con 6 de impedimento), procede aplicar el subtipo privilegiado del art. 147.2 del CPes, estimando parcialmente el recurso del Mº Fiscal, que interesa la condena por el número primero de dicho artículo”. En el mismo sentido se pronuncia la STS Nº 747/2008, de 11 de noviembre, del TS.

¹³⁰⁵ SSTS de 18 de junio de 1993 y 12 de julio de 1995.

¹³⁰⁶ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 164.

¹³⁰⁷ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 95.

¹³⁰⁸ SUÁREZ MIRA, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 86; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 56; GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 149 y CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 279.

¹³⁰⁹ CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP*, op. cit., p. 128 y FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 67.

¹³¹⁰ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 56 y ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 164.

¹³¹¹ En tal sentido el TS en STS Nº 1783/2002 de 02 de noviembre, resolvió que: “como consecuencia de la agresión en la cara por parte del acusado Gerardo, el sujeto pasivo de esa agresión sufrió fractura de los huesos propios y desviación del tabique nasal, sin constancia de que recibiera más que una primera asistencia y, posteriormente, en las consideraciones jurídicas la misma resolución encuadra los hechos en una falta del artículo 617.1 del CP y señala la improcedencia de aplicar a los hechos el artículo 147.1 del

resistencia a someterse a un tratamiento y del contexto en que se produzca la lesión, pero no pueden excluirse del concepto de lesión casos, como la rotura de un dedo o la provocación de una enfermedad, en los que el sujeto prefiere tratarse a sí mismo o ponerse en manos de un curandero, ya que en nuestro contexto son lesiones que requieren tratamiento médico o quirúrgico¹³¹²; y b) aunque la víctima se someta a una asistencia facultativa o a un tratamiento médico-quirúrgico, si éste no es necesario no podrá apreciarse falta o delito de lesiones, según sea el caso^{1313/1314}.

La *lex artis* es indicativa de una “necesaria actuación”, porque las simples medidas de prevención no son tratamiento médico propiamente dicho, porque de lo contrario quedaría en manos del facultativo, más o menos exigente, la presencia de un delito o de una falta, de la misma manera que tampoco puede quedar en manos de la víctima el decidir si se necesita, tras la primera asistencia, un tratamiento posterior, médico o quirúrgico^{1315/1316}.

El baremo será, por lo tanto, de gran utilidad sobre todo en aquellos casos en los cuales no es fácil diferenciar cuándo una intervención médica, aunque sea repetida, da lugar a un tratamiento y en aquellos en que un error en el diagnóstico puede llevar a un tratamiento médico que no era necesario, razón por la cual, en estos casos, no puede convertirse en delito lo que en realidad corresponde a una falta¹³¹⁷.

La necesidad objetiva de la actuación depende considerablemente del dictamen pericial, el cual se producirá *ex post facto* y como base del enjuiciamiento, por lo que debe evitarse la tendencia a atender sólo a la asistencia realmente prestada, lo que genera problemas, en aquellos casos en los que la entidad de la lesión en el momento de producirse puede indicar la necesidad de determinado tratamiento, aunque luego haya sanado sin que se le haya prestado y, por lo tanto, podría sostenerse que la sanidad

mismo texto legal. Hay, sin embargo, que tener en cuenta la expresión que se utiliza en la redacción de este último citado precepto legal que acota la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico con la utilización del adverbio “*objetivamente*”, y que hay que interpretar en el sentido de que el tratamiento obedezca a razones derivadas de la naturaleza y características de la lesión, valorándolas de acuerdo con los criterios que la ciencia médica viene observando en tales casos y prescindiendo de que, en el concreto caso, el lesionado no haya sido curado por personal facultativo titulado, incluso porque haya preferido curarse a sí mismo o poniéndose en manos de personas sin esas titulaciones (sentencias de 14 de enero y 26 de febrero de 1.998, 15 de junio y 18 de octubre de 1.999 y 6 de abril de 2.000). Tratándose en el caso presente del sufrimiento por la víctima de una fractura ósea con desviación de tabique nasal hay que señalar que el criterio médico es la necesidad de tratamiento posterior a la primera asistencia y así ha sido recogido en algunas sentencias de esta Sala como la de 21 de octubre de 1.997 que ha señalado en términos generales la necesidad de tratamiento curativo de las fracturas óseas y, más en concreto y relacionado con tal necesidad en los casos de fracturas que afectan a la zona nasal, en las de 19 de noviembre de 1.997 y 8 de junio de 1.999. Por ello, en el presente caso, los hechos merecían la calificación de delito”. En el mismo sentido, se pronunció el TS en SSTs de fecha 27 de julio de 2002; 22 de octubre de 2002, 2 de abril de 2001 y 6 de abril de 2000.

¹³¹² MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 110 y TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 109.

¹³¹³ CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP*, op. cit., p. 128; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 95 y RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al CP*, op. cit., p. 431.

¹³¹⁴ En tal sentido, se pronunció el TS en la ya citada Sentencia de 2 de abril de 01 y en STS de 6 de abril de 2000.

¹³¹⁵ En tal sentido, se pronunció el TS en Sentencia de 9 de diciembre de 1998 y 12 de febrero de 2007.

¹³¹⁶ Así, el TS en Sentencia de 26 de febrero de 1998, resolvió que: “es evidente que el concepto del tratamiento médico ha de entenderse en sentido más bien abstracto o genérico en aquellos casos en los que por las razones que fueren no se acude a dicho tratamiento a pesar de que “*naturalmente*” sea obligado el mismo a la vista de las características de la lesión o herida producida”.

¹³¹⁷ RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, op. cit., p. 149.

alcanzada sin tratamiento demuestra que éste no era objetivamente necesario, pero esto es precisamente lo que la ley pretende evitar, porque se quiere valorar las lesiones a partir de la gravedad objetiva que presentan en el momento de su consumación, con independencia de que otros factores, incluso impredecibles o inexplicables para la medicina, hayan restaurado la situación anterior a la lesión sin aplicación de tratamiento alguno¹³¹⁸.

6.2.4. Sanidad de la lesión

La *sanidad* del sujeto pasivo no puede entenderse como vuelta al estado de salud anterior al delito, como si nada hubiera pasado, toda vez que ello no siempre será posible por la gravedad o las características de la lesión y, por ello, la idea de sanidad debe entenderse referida a la de curación de las lesiones causadas, lo cual encuentra su tope en el avance de la ciencia médica, del cual depende el grado de superación de la lesión que se puede alcanzar, pudiendo en muchos casos ser inevitable la presencia de secuelas derivadas del resultado de la conducta lesiva¹³¹⁹.

Desde el punto de vista de la pena, la sanación de la lesión juega un papel importante en la consideración del injusto, toda vez que el desvalor del resultado deberá evaluarse la entidad de la lesión, para lo cual, un parámetro a utilizar puede consistir en la duración de las lesiones y el tiempo empleado por el sujeto activo para lograr su sanación y, de esta manera si el desvalor del acto y del resultado son menores, el tribunal podría aplicar el tipo privilegiado del art. 147. 2^{1320/1321}.

6.2.5. ¿Qué significado tiene la expresión “además” en el tipo penal básico de lesiones?

Los elementos normativos del tipo, consistentes en *la primera asistencia facultativa* y el *tratamiento médico o quirúrgico* se encuentran íntimamente relacionados, toda vez que el tratamiento médico o quirúrgico debe prestarse “*además*” de la primera asistencia facultativa, lo cual indica una continuidad conceptual entre una y otra actuación¹³²². La primera asistencia sirve para establecer la necesidad y naturaleza del tratamiento o bien puede concluir sin el desarrollo de tratamiento alguno, cuando ello no haga falta para lograr la sanidad, caso en el cual el hecho será calificable como falta de lesiones del art. 617.1 del CPes¹³²³. La continuidad conceptual no implica la presencia de dos actuaciones profesionales perfectamente separadas y delimitadas

¹³¹⁸ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I. p. 96.

¹³¹⁹ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 150 y ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 164.

¹³²⁰ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, op. cit., pp. 164-166.

¹³²¹ Así, el TS, en Sentencia N° 1021/2003, de 07 de julio de 2003, resolvió que “En atención a la doctrina expuesta procede acoger el recurso interpuesto por el M° Fiscal, por entender que la herida, después de una primera valoración médica se estimó oportuno, como más indicado, acudir a los puntos de sutura para la curación de la misma, que merece el calificativo de intervención quirúrgica, ciertamente de cirugía menor, pero subsumible en el art. 147 del CP sin perjuicio de que el Tribunal, apreciando la escasa gravedad de la lesión, proporcionalidad de la pena aplicable dentro del recorrido legal que el precepto referido establece, acuda al N° 2 del precepto invocado. Si atendemos a los medios empleados para producir la agresión lesiva (el propio cuerpo del agresor) y los escasos efectos producidos (10 días de curación con 6 de impedimento), procede aplicar el subtipo privilegiado del art. 147.2 del CP, estimando parcialmente el recurso del M° Fiscal, que interesa la condena por el número primero de dicho artículo”.

¹³²² CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, pp. 96-97.

¹³²³ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, pp. 96-97.

(primero la primera asistencia y después el tratamiento médico o quirúrgico), ya que en muchos casos se producirán sin separación temporal, como ocurre, por ejemplo, en heridas graves que requieran una inmediata intervención quirúrgica, en la que la primera asistencia facultativa puede reducirse prácticamente a la comprobación de la necesidad de dicha intervención¹³²⁴. Además, la prestación de un tratamiento médico importa al menos una actuación previa diagnóstica calificable como primera asistencia, por lo que normalmente ésta será igualmente necesaria en la práctica, pero no es requisito de la calificación como delito de lesión, para la que basta con la necesidad objetiva de tratamiento¹³²⁵.

En tal sentido el TS ha sostenido que el término “*además*” no puede tener otro sentido que destacar, la necesidad de determinar si la primera actuación médica sólo se limita a la mera e inicial asistencia facultativa o excede de ella, aunque, en ocasiones coincida en el tiempo y se confunda con la misma, ya que tal coincidencia temporal, no debe impedir el deslinde de la conceptualización de dichas actuaciones médicas. Así pues, la primera asistencia facultativa equivale al inicial diagnóstico o exploración médica, hecha la cual, si el facultativo, entiende que no es preciso el sometimiento del lesionado a “tratamiento médico o quirúrgico” alguno, la calificación de las lesiones debe relegarse a la categoría jurídica de falta, aunque se dispensen atenciones curativas “*ad hoc*” (desinfecciones, vendajes, etc.), por lo tanto, sólo persistirá el carácter delictivo en aquellos casos excepcionales en que la naturaleza del resultado aboque a una subsunción de los hechos en otro precepto más grave dentro del capítulo de las lesiones (por ejemplo, pérdida de piezas dentarias o deformidad de otra naturaleza), aunque sea difícil concebir la innecesidad de tratamiento médico en estos casos¹³²⁶.

7. Críticas al concepto legal de lesión del CPes

1º Como se dijo a propósito de los problemas en torno a la determinación del bien jurídico protegido, el texto del art. 147.1 pareciera dar a entender que en el delito de lesiones los bienes jurídicos protegidos serían la integridad corporal y la salud física y mental de la persona, aun cuando la *integridad corporal* es un bien instrumental de la salud individual, con lo cual cabría reiterar las críticas formuladas en el capítulo II, a propósito de la tesis dualista, es decir, aquella que sostiene que el delito de lesiones tiende a la protección de la salud individual y la integridad corporal.

2º Aun cuando la expresión “por cualquier medio o procedimiento *causare* a otro...”, parece dar cabida a la comisión por omisión, hay autores que sostienen que la expresión no es del todo satisfactoria, ya que puede ser interpretada como restricción de la comisión por omisión, por cuanto es difícil imaginar que un sujeto no actúe, pero a la vez utilice medios o procedimientos que causen lesión¹³²⁷. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina estima que el tipo penal del art. 147 permite albergar la comisión por omisión, por cuanto la noción de *medio* no sugiere la existencia de un comportamiento activo y su significado se agota en la designación de todo aquello que puede servir para un determinado fin. No obstante lo anterior, hubiese sido preferible la supresión de toda

¹³²⁴ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, pp. 96-97.

¹³²⁵ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, pp. 96-97.

¹³²⁶ STS N° 1021/2003, de 07 de julio de 2003.

¹³²⁷ BOIX REIG, ORTS BERENQUER Y VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 100-101.

alusión a los medios comisivos, como ocurre en el homicidio, con lo cual sería indiscutible la inclusión de la comisión por omisión¹³²⁸.

Por otro lado, a mi juicio, la referencia a la *causación* también puede generar dudas en los casos de comisión por omisión, puesto que es imposible sostener que un resultado positivo pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, sin embargo, la omisión no es de naturaleza ontológica sino normativa, ya que consiste en la infracción de una norma preceptiva, que se funda en la realización por parte del sujeto activo, de una conducta distinta de la esperada en su calidad de garante del bien jurídico protegido y, por ello, basta la imputación objetiva del resultado producido, no siendo necesario probar una necesaria relación de causalidad naturalística, sino que basta con que el sujeto hubiera podido evitar el resultado cuando se hallaba en posición de garante¹³²⁹.

3º Aun cuando en principio pudiera criticarse que el concepto legal de *lesión* se encuentra definido en términos meramente causales u ontológicos y en países como Chile en donde el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva es incipiente, una redacción de esta naturaleza pudiera dar lugar a interpretaciones que se limitaran a exigir el sólo nexo causal para tener por establecida la parte objetiva del tipo penal¹³³⁰, no debe olvidarse que la imputación objetiva se mueve en un plano distinto, esto es, el normativo o teleológico. Ambos planos (el ontológico causal y el normativo teleológico) no se contraponen, sino que mantiene su importancia en el ámbito en que operan¹³³¹.

En efecto, la causalidad mantiene su importancia en el plano fáctico como límite previo y necesario para explicar cómo han sucedido ontológicamente los acontecimientos y cuál es la probable causa de un determinado resultado, lo cual, en virtud del principio de la presunción de inocencia, ha de acreditar el órgano persecutor, de manera científica en el proceso a través de las leyes de la probabilidad, por ejemplo mediante peritos¹³³². Así las cosas, no existirá causalidad cuando de los hechos probados en el juicio no pueda explicarse el origen de las consecuencias y por lo tanto, en estos casos no tiene sentido preguntarse por la atribución de responsabilidad penal puesto que no existen hechos probados que deban ser valorados¹³³³. Luego, es sobre los hechos suficientemente probados en el plano ontológico de la causalidad, que la doctrina y sobre todo la jurisprudencia debe realizar un análisis normativo teleológico

¹³²⁸ TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op cit., pp. 56–57.

¹³²⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 250-256.

¹³³⁰ En España en cambio los criterios sobre imputación objetiva se encuentran a estas alturas, bastante difundidos en la jurisprudencia y en la doctrina, de tal suerte que es frecuente su invocación en la praxis judicial. Así, por ejemplo, Gimbernat Ordeig cita una STS de 12 de mayo de 2000, que alude directamente a la imputación objetiva como criterio interpretativo del tipo penal al sostener que: “sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro” (GIMBERNAT (Dir.), *CP con concordancias y jurisprudencia*, op. cit., p. 381)

¹³³¹ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *indubio pro reo*-”, en *La ciencia del DP ante el nuevo siglo*, LH al profesor Dr. Cerezo Mir, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 593.

¹³³² CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *indubio pro reo*-”, op. cit., pp. 594-606.

¹³³³ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *indubio pro reo*-”, op. cit., pp. 594-606.

de la imputación objetiva, consistente en la valoración jurídica del objeto, valoración que tiene por finalidad determinar la relevancia jurídico penal de tales hechos¹³³⁴.

En una concepción funcional del DP y de la pena, las normas penales tienen la función de motivar al ciudadano para que se abstenga de realizar conductas peligrosas o lesivas para bienes jurídicamente protegidos, por lo tanto, sólo son penalmente relevantes aquellos riesgos que las normas penales quisieron evitar y los resultados lesivos imputables a esta clase de riesgos jurídicamente relevantes¹³³⁵.

Así, en el delito de lesiones, una vez acreditado el hecho lesivo en el plano fáctico y ontológico de la causalidad, es necesario en un segundo nivel de análisis de orden normativo o teleológico, que requiere tanto la realización de una conducta, *ex ante*, generadora de un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico protegido de la salud individual como una determinada relación de riesgos, consistente en la necesidad de que sea el riesgo inherente a la conducta y no otro, el que se realice en el resultado lesivo, consistente en un menoscabo del bien jurídico antes referido¹³³⁶.

4º El concepto legal de lesiones sólo considera el desvalor del resultado, lo cual no se condice con una concepción funcional del DP en donde la función de la norma penal consiste en motivar al ciudadano en orden a que se abstenga de realizar conductas lesivas para determinados bienes jurídicos y, en tal sentido, debe considerarse que sólo pueden prohibirse conductas y no resultados y por lo tanto, la tipificación de las lesiones no puede pasar por alto el desvalor de la conducta¹³³⁷.

De esta forma, a la hora de redactar un concepto de lesión acorde a un DP funcional, ha de establecerse un adecuado equilibrio entre el desvalor del acto y el desvalor de resultado, por cuanto si la redacción se centra en el desvalor del resultado, se corre el riesgo de elaborar delitos calificados por el resultado de dudosa constitucionalidad, ya que aquellos implican una infracción al principio de culpabilidad y además, hacen surgir interpretaciones que equivocadamente sostienen la imposibilidad de concebir la tentativa en el delito de lesiones, a pesar de encontrarnos ante un delito

¹³³⁴ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *indubio pro reo*-”, op. cit., pp. 593-595

¹³³⁵ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *indubio pro reo*-”, op. cit., p. 594.

¹³³⁶ Sobre imputación objetiva, ver MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 250. Por su parte, FRISCH pone de manifiesto la importancia del desvalor del comportamiento, refiriendo que tan sólo pueden desaprobarse jurídicamente aquellas conductas que comporten *riesgos especiales* de producción de lesiones típicas. Estos riesgos especiales se determinan en torno a la concurrencia de ciertas circunstancias en torno a la posibilidad de producción del daño. Allí donde tales riesgos existen sin una razón que legitime la desaprobación de la conducta (riesgos mínimos aceptables en virtud del desarrollo o que se realizan sólo en caso de una conducta errónea de un tercero racional, etc.), estas conductas no son de ningún modo idóneas para la fundamentación del injusto (de la acción) objetivo requerido por los tipos consumados. Lo anterior tiene relevancia en el ámbito de la tentativa, por cuanto, no se puede considerar ilícita la creación *consciente* de riesgos *tolerados*, por mucho que vayan acompañados de malas intenciones (al respecto, ver FRISCH Y ROBLES, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en DP*, Editorial Atelier, Barcelona, 2004, p. 43 y FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 61).

¹³³⁷ En tal sentido Corcoy Bidasolo refiere que: “...las posible lagunas de punibilidad se pueden suplir con una mejor regulación de los delitos de lesiones, en los que la agravante de ensañamiento no sólo estuviera prevista para los delitos, sino también para las faltas, o, lo que es mejor, con una tipificación de las lesiones en la que no se atendiera a la gravedad del resultado, sino a la gravedad de la conducta” (CORCOY BIDASOLO, “Protección penal de los derechos fundamentales y eficacia del consentimiento de su titular”, op. cit., p. 6).

de resultado material, con lo cual se dificulta la determinación exacta del título de castigo.

Ahora bien, sin perjuicio de que la exigencia de una primera asistencia facultativa en el caso de la falta de lesiones se considera correcto, a fin de resaltar la atipicidad, al menos a título de lesiones, de las simples vías de hecho que no producen un resultado lesivo para la salud individual, el límite entre la falta y el delito de lesiones se encuentra establecido en base a la necesidad de tratamiento médico, lo cual no está exento de problemas por cuanto dicha solución sigue atendiendo a la gravedad del resultado y no a la consideración del desvalor de la conducta, como sería más acorde a la función de protección del bien jurídico, mediante la motivación que la norma dirige al ciudadano para que se abstenga de realizar conductas lesivas o peligrosas para la salud individual¹³³⁸.

En base a lo anterior, Corcoy Bidasolo refiere que habiéndose puesto nuevamente el acento en el resultado en el CPes de 1995, no se aprecia gran diferencia en este punto, con la regulación del CPes anterior en el cual la pena en los delitos de lesiones dependía de los días de asistencia facultativa^{1339/1340}.

Si bien ello es correcto, no puede desconocerse que el actual CPes sí contiene disposiciones que atienden al desvalor del acto. Así, el art. 147.2 permite rebajar la pena cuando el hecho descrito en el art. 147.1, sea de menor gravedad, atendidos el *medio empleado* o el resultado producido y así lo ha entendido la jurisprudencia¹³⁴¹. Por su parte, el art. 148 permite aumentar la pena si el sujeto activo utilizó en la agresión armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. De esta forma, si bien sería deseable que la atención se centrara con mayor intensidad en el desvalor del acto, las disposiciones antes aludidas apuntan en la dirección correcta. Ahora bien, aún cuando no existe en el CPes una norma expresa que sancione como delito una conducta que pese a provocar una lesión que únicamente requiere para sanar de una intervención facultativa, dicha agresión haya sido realizada utilizando un medio peligroso o dirigida dolosamente hacia una zona altamente sensible del cuerpo, es decir, casos en los cuales a pesar de concurrir objetivamente una falta de lesiones, el desvalor del acto es de cierta consideración, no debe olvidarse que estamos en presencia de un delito de resultado, razón por la cual es plenamente posible de concebir formas de comisión imperfecta, como lo es la tentativa tanto en el tipo básico, como en el tipo agravado del art. 148, así como también respecto de las lesiones cualificadas contenidas en los arts. 149 y 150 todos del CPes.

¹³³⁸ En contra de esta opinión Tamarit Sumalla señala que el Código no aporta un criterio operativo que permita resolver los casos de duda, por lo que cabe suponer que se mantendrá inalterada la posición jurisprudencial dominante que afirma la existencia de lesión con cualquier detrimento de la integridad corporal, incluso tratándose de hematomas, equimosis, escoriaciones, contusiones, arañazos “y demás de parecida especie que supongan una mutación de los tejidos epitelial o subcutáneo de pequeña monta” (SSTS de 30 diciembre 1985; 4 abril 1989 y 23 diciembre 1989), posición contrapuesta a la de un importante sector de la doctrina comparada que tiende a relegar estos supuestos a la esfera de los malos tratos (TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 105).

¹³³⁹ CORCOY BIDASOLO, “Protección penal de los derechos fundamentales y eficacia del consentimiento de su titular”, p. 6.

¹³⁴⁰ El mismo problema se suscita en el CPch el cual atiende a los días en que las lesiones tardan en sanar para diferenciar a las lesiones simplemente graves de las menos graves.

¹³⁴¹ Así, en STS N° 1021/2003, de 07 de julio, el TS resolvió que: “Si atendemos a los medios empleados para producir la agresión lesiva (el propio cuerpo del agresor) y los escasos efectos producidos (10 días de curación con 6 de impedimento), procede aplicar el subtipo privilegiado del n° 2 del art. 147 del CP, estimando parcialmente el recurso del M° Fiscal, que interesa la condena por el número primero de dicho artículo”.

En todo caso, los conceptos asistencia facultativa o tratamiento médico, necesarios para la existencia de la falta o del delito de lesiones son elementos normativos del tipo, razón por la cual deben ser interpretados teleológicamente en la apreciación de la gravedad de la lesión, razón por la cual, no son óbice para apreciar la tentativa en esta clase de delitos (así como en el homicidio la muerte del sujeto pasivo no impide concebir la tentativa), ni tampoco impide concebir un concurso ideal entre una falta dolosa de lesiones y un delito imprudente de lesiones, cuando concurren los requisitos del caso.

8. Delimitación entre el delito y falta de lesiones en España

En el Libro III, “Faltas y sus Penas”, Título I, “Faltas contra las personas”, el art. 617.1 dispone: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código...”. Así, del análisis sistemático de los arts. 147.1 y 617.1 de ese texto normativo, podemos concluir que el legislador español entiende por *delito de lesión* la causación, por cualquier medio o procedimiento, de un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de una persona, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, el que no comprende la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión; mientras que por *falta de lesiones*, entiende la causación, por cualquier medio o procedimiento, de un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de la persona, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, al menos de una primera asistencia médica, incluyendo dentro de este concepto la simple vigilancia o seguimiento de la lesión por parte de un profesional de la salud.

En consecuencia, los elementos comunes a los tipos de lesiones son: 1º la causación de un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de la persona; 2º el uso de cualquier medio o procedimiento¹³⁴²; y 3º que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, al menos de una primera asistencia facultativa, incluyendo dentro de este concepto, la simple vigilancia o seguimiento del curso de la lesión.

Así las cosas, la diferenciación entre el delito y la falta de lesiones radica en la necesidad de que, además de una primera asistencia facultativa (incluida la simple vigilancia o seguimiento del curso de la lesión), la lesión requiere, objetivamente, para su sanidad, de un tratamiento médico o quirúrgico.

Por su parte, el límite entre las lesiones faltas y los malos tratos se encuentra en que en las primeras es necesaria una primera asistencia facultativa¹³⁴³ (incluida la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión), lo cual no se requiere en los malos tratos del art. 617. 2. El límite mínimo de la asistencia facultativa es lo suficientemente generoso como para impedir una indebida extensión de los malos tratos en detrimento de las figuras de lesiones, algo que iría en contra de las últimas orientaciones político-criminales.

¹³⁴² Lo cual supone la inclusión de la comisión por omisión en los tipos penales de lesiones.

¹³⁴³ Queralt Jiménez, al diferenciar el delito de la falta de lesiones, sostiene que el término “primera asistencia facultativa” responde a que la víctima requiere de una única cura; el que esta cura tenga un principio y un final, final que puede acordar el propio interesado, pese a prolongarse en el tiempo, no supera el estadio de esta primera asistencia facultativa. Agrega que la distinción entre tratamiento médico y primera asistencia facultativa, radica tanto en el lapso de tiempo que requiere la actuación facultativa, como en la reiteración de actos médicos (QUERALT JIMÉNEZ, *DP español*, op. cit., p. 107).

9. El concepto de lesión en el CPch

Una de las más evidentes falencias del CPch en materia de lesiones, consiste en la ausencia de un concepto legal de lesión, porque, como se señaló, conforme al principio de legalidad, corresponde al legislador y no a la jurisprudencia o a la doctrina, determinar el contenido de la conducta a punir. Establecer un concepto de lesión y precisar cuál es el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, ayudaría a determinar el ámbito de lo punible en el delito de lesiones y qué conductas deberían quedar fuera de dicho campo, porque no existe una conducta que genere un riesgo típicamente relevante o porque no es posible imputar el resultado a la conducta del sujeto activo o bien porque no se ha lesionado el bien jurídico protegido. Del mismo modo, permitiría construir de manera coherente la estructura del delito de lesiones a partir de la figura básica.

Así las cosas, no cabe duda de que en el CPch hace falta un concepto general de *lesión*¹³⁴⁴, que deje de lado la fórmula utilizada para salvar esa omisión, es decir, el excesivo casuismo^{1345/1346}, técnica que los códigos más recientes han abandonado, y que trae como consecuencia el uso de dicho término en diferentes sentidos (piénsese en las diferencias de criterio para distinguir las lesiones menos graves de las simplemente graves y las menos graves de las leves) y que se deje de utilizar en ciertos casos en los cuales es evidente que nos encontramos ante tipos de lesiones, como ocurre en el caso de la castración o con las mutilaciones.

De todos modos, como se dijera a propósito de las críticas al concepto de lesión del CPes, debe considerarse en la redacción del concepto de lesión, el establecimiento de un adecuado equilibrio entre el desvalor del acto y el desvalor de resultado, a fin de evitar la construcción de delitos calificados por el resultado o que dificulten la determinación exacta del título de castigo en la tentativa.

10. El concepto de lesión en el APCPCH

El APCPCH de 2005, optó por no definir qué se entiende por lesión, aún cuando Peña, al referirse a la falta de precisión del verbo rector del art. 85 del proyecto, fue del parecer de establecer con mayor exactitud en qué consiste la acción de lesionar, pues éste deja entregada al juez la construcción del tipo. En efecto, el mencionado art. 85, en efecto, se limita a señalar: “*El que lesione a otro*”.

Al respecto, cabe agregar que aun cuando De la Fuente, señaló que la expresión lesionar no comprendía los daños psicológicos, lo que le parecía insuficiente en ciertos casos (como respecto de menores o personas desvalidas), el *foro* estimó adecuado que la definición propuesta bajo el epígrafe de lesiones corporales, excluyera de las mismas la

¹³⁴⁴ En su artículo, también hace presente la necesidad de un concepto de lesión, ZAPATA CUÉLLAR, (“El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., p. 8). Raimundo del Río define las lesiones como “todo daño causado a la integridad corporal o a la salud de las personas por medios mecánicos, químicos, virulentos o de cualquier otro orden material” (COUSIÑO MAC-IVER, *Manual de medicina legal*, op. cit., p.157).

¹³⁴⁵ Hay que recordar que la normativa chilena sobre lesiones proviene en gran medida del CPes de 1848, el que a su vez procede del CP francés de 1810, el cual se caracterizaba por la inadecuada técnica del casuismo condenada al fracaso (PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 609).

¹³⁴⁶ Al respecto Guzmán Dalbora afirma que el excesivo casuismo de los resultados típicos en que el Código desgana las ofensas a la salud individual, no se compadece ni es congruente con la limitación legal de las acciones que de aquellos pueden derivar (GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p.7). En el mismo sentido se pronuncia ZAPATA CUÉLLAR, en “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., p. 8.

llamada “violencia psicológica”, que no se acompaña de un efectivo menoscabo corporal en la víctima, por cuanto se estimó que estos hechos se encontrarían regulados actualmente en la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, cuyo art. 1º los estimaría un ilícito de carácter civil y cuya transformación pareció, por el momento, no necesaria ni conveniente.

Este último planteamiento me parece equivocado, por cuanto es evidente que no toda violencia psicológica se produce en el ámbito doméstico y porque aun en el interior de la familia pueden ocurrir actos de violencia psicológica que traigan como consecuencia enfermedades mentales de gravedad, como quedará de manifiesto a propósito de las lesiones psicológicas.

11. Conclusiones

1. El resultado es el *menoscabo o deterioro de la salud física o mental del sujeto pasivo*, que en el caso del delito de lesiones, requiere, objetivamente, además de una primera asistencia facultativa, de un tratamiento médico o quirúrgico y en el de la falta de lesiones, sólo de una primera asistencia facultativa. Este concepto se desprende de lo referido en el art. 147.1, pero es aplicable a todos los delitos en contra de la salud individual, por lo tanto, es un concepto residual, del cual se exceptúan las figuras contenidas en los arts. 153 y 154. Respecto de la falta de lesiones, el concepto sólo se restringe a la necesidad de una primera asistencia facultativa.

2. El menoscabo es la afectación o deterioro de la salud del sujeto pasivo respecto de su estado anterior a la lesión provocada, que puede darse en tres ámbitos, subordinados a la salud individual: El menoscabo de la *integridad corporal* que comprende la disminución o merma de la masa corporal en cualquiera de sus partes y deterioros sin disminución de la masa corpórea (hinchazón, hematoma necesitado de tratamiento). Del tipo básico se excluyen los resultados constitutivos de lesiones graves de los arts. 149 y 150 del CPes (pérdida de miembros, etc.). Debe significar un deterioro de la salud individual, por lo que se excluye las intervenciones quirúrgicas que mejoran o conservan la salud en su conjunto, realizadas conforme a la *lex artis*. Se excluyen aquellos que no suponen una afectación a la salud, que suponen una degradación de la persona, como el corte de pelo realizado en situación vejatoria, etc., que puede ser constitutivo de un delito contra la integridad moral (art. 173). En el menoscabo a la *salud física* incluye la *provocación de enfermedades no graves* (las graves se incluyen en el tipo agravado del art. 150), como cualquier otra situación afectante al bienestar físico de la persona, siempre que objetivamente necesite para su sanidad de tratamiento médico o quirúrgico. El menoscabo a la *salud psíquica*, incluye las enfermedades consistentes en patologías y trastornos psicológicos que necesiten objetivamente de tratamiento médico.

3. Los conceptos “primera asistencia médica o facultativa” y “tratamiento médico quirúrgico”, son *elementos normativos del tipo*, utilizados por el legislador para establecer la diferencia de gravedad en la lesión, lo cual permitirá establecer la calificación de la conducta como falta o como delito, toda vez que la determinación del contenido de dichos términos obliga al intérprete de la ley a realizar una valoración de las circunstancias concretas en las que ambos términos actúan y esa valoración debe ajustarse a la de un término medio conceptual o normativo, al cual alude la ley con el término “objetivamente”.

4. La *primera asistencia facultativa* es el acto o actos sanitarios consistente en la ayuda, atención o cuidados que los profesionales de la sanidad prestan al paciente que los necesita a partir de las especiales capacidades personales y medios de que disponen con fines diagnósticos, pronósticos, de exploración o curativos del daño provocado o el seguimiento o vigilancia de la evolución del mismo. Las actividades sanitarias pueden ser competencia de cualquier titulación sanitaria de nivel superior o medio. Debe medirse por la atención médica que hipotéticamente debería haberse prestado objetivamente. Si no existe un menoscabo perceptible o apreciable para la salud individual el tipo aplicable será el de maltratos de obra de la falta (art. 617.2), la cual no requiere de una afectación de la salud individual.

5. El *tratamiento médico o quirúrgico*, es el conjunto de actividades prescritas por profesionales de la salud, destinadas a eliminar, disminuir o a superar los menoscabos sufridos por una persona como consecuencia de una conducta lesiva, o a evitar su agravación o a paliar los sufrimientos ligados a tales menoscabos, una vez superando el contenido de la primera asistencia facultativa. Se entiende por *tratamiento quirúrgico* la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o cirugía menor), que sea objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones.

6. El baremo “*objetivamente*” consiste en que los elementos normativos del tipo primera asistencia médica o facultativa y tratamiento médico o quirúrgico, han de ser necesarios según la ciencia médica, para la sanidad de la lesión. La necesidad debe valorarse de forma objetiva y conforme a la naturaleza y características de la lesión, teniendo presentes las circunstancias personales de la víctima, según criterios de normalidad relativos al contenido de la atención sanitaria profesional propia de la época y sociedad en que se produce el menoscabo. La consumación del tipo de lesiones, requiere dictaminar que las lesiones sufridas, dada su naturaleza y de acuerdo con la ciencia médica, hubiesen requerido además de una primera asistencia médica o facultativa, de un tratamiento médico o quirúrgico para su sanidad y no que el lesionado se hubiera sometido efectivamente a estos actos sanitarios. Si el tratamiento excede a lo exigible por la *lex artis*, al calibrar la gravedad de la lesión no debe considerarse los actos no necesarios. Es irrelevante que el lesionado prefiera automedicándose, o ponerse en manos de persona carente de titulación. Aunque la víctima se someta a una asistencia facultativa o a un tratamiento médico-quirúrgico, si no es necesario no podrá apreciarse el tipo de lesiones. Las lesiones deben valorarse a partir de la gravedad objetiva que presentan en el momento de su consumación, con independencia de que otros factores, impredecibles o inexplicables para la medicina, que hayan restaurado la situación anterior a la lesión sin aplicación de tratamiento alguno.

7. La sanidad de la lesión consiste en la curación de las lesiones provocadas, lo cual encuentra su tope en el avance de la ciencia médica, del que depende el grado de superación de la lesión que se puede alcanzar, pudiendo en muchos casos ser inevitable la presencia de secuelas derivadas del resultado de la conducta lesiva. Desde el punto de vista de la pena, la sanación de la lesión juega un papel importante en la consideración del injusto.

8. La expresión “*además*” en el tipo penal básico de lesiones indica una continuidad conceptual entre la primera asistencia médica o facultativa y el tratamiento médico o quirúrgico. La primera asistencia sirve para establecer la necesidad y naturaleza del tratamiento o bien puede concluir sin el desarrollo de tratamiento alguno, cuando ello no haga falta para lograr la sanidad, caso en el cual el hecho será calificable como falta de lesiones. El término “*además*” tiene el sentido de destacar, que la primera actuación

médica sólo se limita a la mera e inicial asistencia facultativa o excede de ella, aunque, en ocasiones coincida en el tiempo y se confunda con la misma. Tal coincidencia temporal, no debe impedir el deslinde de la conceptualización de dichas actuaciones médicas. La primera asistencia facultativa equivale al inicial diagnóstico o exploración médica. Hecha la cual, si el facultativo, entiende que no es preciso el sometimiento del lesionado a “tratamiento médico o quirúrgico” alguno, la calificación de las lesiones debe relegarse a la categoría jurídica de falta. Sólo persistirá el carácter delictivo en aquellos casos excepcionales en que la naturaleza del resultado aboque a una subsunción de los hechos en otro precepto más grave dentro del capítulo de las lesiones.

9. El concepto de lesión contenido en el CPes de 1995, es susceptible de críticas por cuanto da a entender que en el delito de lesiones los bienes jurídicos serían la integridad corporal y la salud física o mental de la persona, aun cuando la integridad corporal no es sino un bien jurídico funcional de la salud individual. La expresión “por cualquier medio o procedimiento”, puede ser interpretada como restricción de la comisión por omisión, por cuanto es difícil imaginar que un sujeto no actúe pero a la vez utilice medios o procedimientos que causen lesión. Es preferible la supresión de toda alusión a los medios comisivos. La alusión a la *causación* genera dudas en los casos de comisión por omisión, por cuanto es imposible sostener que un resultado positivo pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por el hecho de haber realizado, el sujeto activo, una conducta distinta de la esperada en su calidad de garante del bien jurídico protegido. En realidad, debe básicamente probarse la imputación objetiva del resultado producido y que el sujeto hubiera podido evitar el resultado cuando se hallaba en posición de garante, no siendo necesario acreditar la relación de causalidad naturalística. El concepto legal de lesiones sólo considera el desvalor del resultado, lo cual no se condice con una concepción funcional del DP en donde la función de la norma penal consiste en motivar al ciudadano en orden a que se abstenga de realizar conductas lesivas para determinados bienes jurídicos. En tal sentido, debe considerarse que sólo pueden prohibirse conductas y no resultados y por lo tanto, la tipificación de las lesiones no puede pasar por alto el desvalor de la conducta. Un concepto de lesión acorde a un DP funcional, ha de establecer un adecuado equilibrio entre el desvalor del acto y el desvalor de resultado, por cuanto si la redacción se centra únicamente en el desvalor del resultado, se corre el riesgo de elaborar delitos calificados por el resultado de dudosa constitucionalidad, ya que aquellos implican una infracción al principio de culpabilidad. En todo caso, la naturaleza normativa de los conceptos primera asistencia médica o facultativa y tratamiento médico o quirúrgico, obliga a interpretarlos normativamente a la hora de valorar la gravedad de la lesión, lo que no impide concebir la tentativa, máxime si se considera que se trata de un delito de resultado material, ni mucho menos la concurrencia de un concurso ideal entre una falta de lesiones dolosa y un delito de lesiones imprudente si se dan los requisitos del caso. El límite entre la falta y el delito de lesiones se encuentra establecido en base a la necesidad de tratamiento médico, lo cual no está exento de problemas por cuanto dicha solución sigue atendiendo a la gravedad del resultado y no a la consideración del desvalor de la conducta, como sería más acorde a la función de protección del bien jurídico, mediante la motivación que la norma dirige al ciudadano para que se abstenga de realizar conductas lesivas o peligrosas para la salud individual. Sería en todo caso preferible, que el legislador definiera que debe entenderse por primera asistencia médica o facultativa y por tratamiento médico o quirúrgico, estableciendo criterios de aplicación que orienten el quehacer de la jurisprudencia.

10. En España se entiende por *delito de lesión* la causación, por cualquier medio o procedimiento, de un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de una persona, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, el que no comprende la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión; mientras que por *falta de lesiones*, entiende la causación, por cualquier medio o procedimiento, de un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de la persona, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, al menos de una primera asistencia médica, incluyendo dentro de este concepto la simple vigilancia o seguimiento de la lesión por parte de un profesional de la salud. La diferenciación entre el delito y la falta de lesiones radica en la necesidad de que, además de una primera asistencia facultativa (incluida la simple vigilancia o seguimiento del curso de la lesión), la lesión requiere, objetivamente, para su sanidad, de un tratamiento médico o quirúrgico. El límite entre las lesiones faltas y los malos tratos se encuentra en que en las primeras es necesaria una primera asistencia facultativa (incluida la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión), lo cual no se requiere en los malos tratos del art. 617. 2. El límite mínimo de la asistencia facultativa es lo suficientemente generoso como para impedir una indebida extensión de los malos tratos en detrimento de las figuras de lesiones, algo que iría en contra de las últimas orientaciones político-criminales.

11. En el CPch, no se encuentra definido por la ley qué se entiende por lesión, lo que genera incertidumbre acerca del contenido de la prohibición, como lo demuestra la discusión que ha suscitado el tema de la punibilidad de las vías de hecho. A la falta de definición legal de la conducta, se suma el recurso a un casuismo excesivo. Esta falencia se mantiene, a pesar de las críticas surgidas en el seno del Foro Penal, en el APCPCH.

Capítulo VI

D. El resultado típico en el delito de lesiones (Sentido y alcance de la noción de enfermedad)

Sumario: 1. Introducción.— 2. Concepto de enfermedad.— 3. ¿Caben en el término jurídico penal de enfermedad, las enfermedades psíquicas? .— 3.1. Las enfermedades psicológicas en el CPes.— 3.2. Las enfermedades psicológicas en el CPch.— 3.3. Las enfermedades psicológicas en el APCPCH.— 4. ¿Caben dentro del concepto jurídico penal de enfermedad, las enfermedades de transmisión sexual o venéreas como la sífilis, la gonorrea o el VIH? y de ser así, ¿por qué medios o vías?.— 4.1. Concepto de enfermedad sexual. Tipos o clases de enfermedades comprendidas en este término y caracterización de las mismas.— 5. ¿Es el DP un instrumento apto para proteger a la salud individual del contagio doloso o imprudente de enfermedades graves de transmisión sexual tales como el SIDA?.—6. Situación de atipicidad por falta de imputación objetiva del resultado. Puesta en peligro de un tercero aceptada por éste.— 7. Situación de tipicidad.— 8. El VIH y las formas de contagio.— 9. Problemas vinculados a la criminalización de conductas que involucran el riesgo de contagio del VIH/SIDA.— 9.1. ¿Delitos de acción o de omisión?.—9.2. Problema de la prueba causalidad.— 9.3. El tipo subjetivo en la tentativa.— 9.4. El tipo imprudente.— 9.5. Título de castigo.— 9.6. El VIH/Sida y la situación carcelaria.— 9.6.1. Colisión de deberes.— 10. Las enfermedades de transmisión sexual en la legislación penal chilena.— 10.1. Atipicidad del contagio venéreo.— 10.2. Tipicidad del contagio venéreo.— 11. Las enfermedades de transmisión sexual en el APCPCH.— 12. Conclusiones.

1. Introducción

Determinar cuál es el contenido que el legislador le quiso dar al término *enfermedad*, es de vital importancia, por cuanto de dicho significado depende qué clase de enfermedades podrán subsumirse en el delito de lesiones. En un DP orientado a fines, creo que la interpretación de dicho término sólo puede realizarse correctamente desde el bien jurídico protegido, es decir, a partir de una adecuada comprensión de la salud individual.

Al respecto se discute en la doctrina chilena y española si cabe encuadrar dentro del tipo penal de lesiones a las *enfermedades de transmisión sexual* y cuál podría ser el tipo penal de lesiones que debería aplicarse. Además, resulta controvertido si cabe o no sancionar a título de lesión, *las enfermedades puramente psicológicas* que no tienen aparejada una manifestación física visible.

A estos temas nos dedicaremos en las líneas siguientes.

2. Concepto de enfermedad

Siendo, a mi juicio, la *salud individual* el bien jurídico protegido en el delito de lesiones, debe entenderse por *enfermedad* la pérdida de la salud (física o psíquica)¹³⁴⁷,

¹³⁴⁷ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 104.

es decir, cualquier alteración más o menos grave, en la salud de las personas¹³⁴⁸, lo cual se traduce en un mal funcionamiento del cuerpo, de sus órganos o de la psiquis del sujeto y en el mismo sentido, se entiende por *salud* el buen funcionamiento del cuerpo humano, tanto en su aspecto físico como en su dimensión psíquica¹³⁴⁹.

3. ¿Cabén en el término jurídico penal de enfermedad, las enfermedades psíquicas?

3.1. Las enfermedades psicológicas en el CPes

De la sola lectura del art. 147.1 del CPes, podemos deducir que en este tipo penal, el legislador entiende por lesión la causación, por cualquier medio o procedimiento, de un menoscabo de la salud física o *mental* de una persona, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, el que no comprende la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión.

La doctrina española coincide en que el *concepto de lesión* abarca tanto a las lesiones corporales como a las *enfermedades psíquicas*, por cuanto se parte de un concepto amplio de salud comprensivo de ambas esferas¹³⁵⁰. Del mismo modo, y salvo uno que otro aspecto, también existe coincidencia en definir en términos amplios el concepto de *enfermedad*, ya sea como “toda alteración temporal o permanente del normal funcionamiento de un organismo humano que precise de asistencia sanitaria, o/y de un periodo apreciable de recuperación espontánea”¹³⁵¹, o como “cualquier alteración, más o menos grave, en la salud de las personas”¹³⁵², o simplemente como la “pérdida de la salud”¹³⁵³.

También se coincide en el hecho de que el delito de lesiones se consuma tanto con la provocación como por el aumento de un estado de enfermedad ya existente con anterioridad¹³⁵⁴. Por otro lado, los autores advierten la dificultad que existe para delimitar el menoscabo de la salud psíquica¹³⁵⁵.

Sin embargo, hay distintos pareceres tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en cuanto a los criterios para diferenciar a las lesiones psíquicas que constituyen un delito autónomo, de aquellas que implican un daño colateral de otro delito, normalmente violento (estrés postraumático o las depresiones reactivas que padecen las víctimas de delitos contra la libertad sexual, agresiones físicas, robos violentos, etc.) y así, en algunas decisiones judiciales se defiende la tesis de la inherencia, según la cual tales secuelas son consecuencias extra-típicas ya penadas o consumidas por el delito que las provoca, de manera que no procede la sanción

¹³⁴⁸ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 106.

¹³⁴⁹ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 169.

¹³⁵⁰ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 105; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 93; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 104; Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 21.

¹³⁵¹ Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 20.

¹³⁵² TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 106.

¹³⁵³ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 104.

¹³⁵⁴ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 105–106; Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 21.

¹³⁵⁵ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 106–108; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 94; TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 106.

adicional por lesiones, en cambio, en otras sentencias se mantiene la autonomía de tales perturbaciones, de manera que deben castigarse también como un delito de lesiones¹³⁵⁶.

Así, por ejemplo, ante un caso de acoso prolongado a la víctima, que acabó provocando una depresión, se condena por delito continuado de amenazas y por lesiones psíquicas¹³⁵⁷. Del mismo modo, el TS, apreció lesiones psíquicas imprudentes originadas por unas detenciones ilegales¹³⁵⁸.

Sin embargo, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS, de 10 de octubre de 2003, se inclinó por la *tesis de la inherencia*, en materia de agresiones sexuales, afirmando que “las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el Legislador al tipificar la conducta y asignar una pena”¹³⁵⁹.

Muñoz Conde¹³⁶⁰, comentando un caso en el cual el padre mata a su hija con el propósito de hacer sufrir a su cónyuge, refiere que: “es evidente el impacto psíquico y el consiguiente daño a la salud mental de la madre de la víctima, pero tiene razón la STS cuando considera que este daño psíquico en la madre es inherente al propio resultado luctuoso, agregando que, ciertamente, lo más doloroso para una madre es saber que un hijo pequeño ha sido asesinado de esa manera por su propio padre, pero este impacto ya es tenido también en cuenta en la valoración del asesinato con las penas más graves. También la madre que muere de infarto al conocer la muerte de su hijo asesinado es afectada por la acción del asesino, pero no es posible valorar esa muerte como un asesinato más, por lo menos en un plano de causalidad y conforme a las reglas de la imputación objetiva, y todo lo demás habrá que tenerlo en cuenta en la determinación de la pena o en la indemnización civil”¹³⁶¹.

Distinto es el parecer de Córdova Roda y García Aran, para quienes la autonomía de la lesión o su inclusión en un daño colateral eventualmente encuadrable en la responsabilidad civil, no depende de si se deriva o no de la comisión de otro delito, sino de si concurren o no los requisitos generales de la responsabilidad penal o de la responsabilidad civil y en tal sentido, sostienen que si en los efectos psíquicos producidos a la víctima se dan los requisitos objetivos de la lesión y, especialmente, los subjetivos (dolo directo, dolo eventual o imprudencia), resultará pertinente la responsabilidad penal por las lesiones, eventualmente, en concurso de delitos con el que haya provocado tales efectos sobre la víctima, aunque sean daños colaterales añadidos al delito principal, e incluso si son consecuencias “naturales” del mismo¹³⁶².

Por último, las lesiones psíquicas deben cumplir con los mismos requisitos que las corporales constitutivas de delito, es decir, deben objetivamente requerir para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, de un tratamiento médico¹³⁶³.

Un tema de bastante relevancia respecto de las lesiones psicológicas, fue planteada por el TS en STS N° 785/1998, de 09 de julio, en la cual luego de dejar a

¹³⁵⁶ STS de 13 de noviembre de 1999, para el caso de las secuelas psíquicas de un delito de abuso sexual.

¹³⁵⁷ SAP de Sevilla de fecha 11 de octubre de 1999.

¹³⁵⁸ En STS de 10 de febrero de 2004. Al respecto ver, FELIP I SABORIT, “Las Lesiones”, op. cit., pp. 64-65.

¹³⁵⁹ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., pp. 64-65.

¹³⁶⁰ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 106-108.

¹³⁶¹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 108.

¹³⁶² CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 94.

¹³⁶³ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 95.

salvo que el delito de lesiones es un tipo penal de medios abiertos, sostiene que: “La redacción dada al art. 147 del CP, tiene una notoria amplitud desde el punto de vista literal pues se refiere simplemente a causar una lesión por cualquier medio o procedimiento. De esta forma se plantea el problema de si la acción que lesione la salud mental debe haber tenido necesariamente o no una determinada incidencia en el cuerpo del sujeto pasivo y, en caso afirmativo, cómo se debe configurar esta incidencia corporal de la acción. La cuestión de si una incidencia meramente psicológica -sin incidir sobre el cuerpo- puede dar lugar a la realización del tipo adquiere, a la luz de las discusiones tradicionales referentes a este aspecto de la acción del delito de lesiones y de la amplitud literal del texto vigente, una singular importancia en relación a la solución que debe darse al presente caso. En efecto, desde el punto de vista de la finalidad de protección del delito de lesiones es claro que el legislador históricamente ha querido proteger básicamente el cuerpo. Aunque haya tenido en cuenta también los menoscabos de la salud mental, es indudable, que siempre se consideró que la causa de la lesión debía ser, al menos, un maltrato de obra. El Código de 1848 había titulado estos delitos como “lesiones corporales”, lo mismo que el de 1850. El adjetivo “corporales” se abandonó en el Código de 1870, posiblemente, por ser considerado superfluo, dado que en el tipo básico se mantuvo la caracterización de la acción en la misma forma que en los Códigos anteriores y posteriores (herir, golpear, maltratar de obra). La necesidad de una incidencia corporal resultó en todo caso obvia durante la vigencia de los textos legales que rigieron hasta 1983. La nueva redacción, como se dijo, establece expresamente que la causa primera de la lesión que menoscabe la salud mental requiera una incidencia corporal de la acción, pues es evidente que el propósito del legislador no ha sido convertir en delictivo cualquier comportamiento de malos tratos psicológicos. Esta conclusión se deriva, ante todo, del texto del art. 147, lo mismo que el del art. 157 (lesiones al feto) establece que el menoscabo de la salud psíquica debe provenir de la lesión causada. Ello pone de manifiesto que en todo caso es necesaria una lesión corporal de la que se derive luego, como resultado mediato, el perjuicio de la salud física o psíquica. Es decir, que el resultado de la acción debe ser una lesión que no se debe identificar con el menoscabo de la integridad corporal ni de la salud psíquica o mental. En consecuencia en un correcto entendimiento el tipo penal de las lesiones exige como presupuesto una lesión corporal que debe tener además consecuencias en la integridad corporal, en la salud física o en la salud psíquica. Dicho de otra manera sólo se subsumen bajo el tipo penal del art. 147 del CP, los supuestos en los que la lesión corporal causada tenga una determinada gravedad resultante de sus consecuencias sobre la integridad corporal, la salud física o la salud mental. Estas consecuencias mediatas de la lesión corporal son las que diferencian -junto con la exigencia del tratamiento médico- el delito de lesiones de la falta del art. 617.1 del CP, pues operan como factores determinantes de la gravedad del resultado de lesión.”.

La verdad es que no podemos sino que estar en desacuerdo con la sentencia del TS. En primer lugar, en cuanto al resultado lesivo, me parece sumamente decidior el hecho de que en el actual CPes, el Título III, del Libro II, refiera “De las lesiones”, dejando con ello atrás la antigua fórmula “Lesiones corporales”, lo cual sumado a que el concepto de lesión del art. 147 del CPes, incluye expresamente a la salud mental como resultado lesivo, no deja duda alguna en orden a incluirla como objeto de protección en esta clase de delitos. En todo caso, con la antigua redacción, también era posible incluir en el tipo a la salud mental, toda vez que el cuerpo humano debe ser considerado en su conjunto, es decir, no solo en su aspecto físico sino que incluyendo, por supuesto, en el mismo a la salud mental.

Ahora, en cuanto a los medios a través de los cuales ha de llevarse a cabo la conducta típica, la expresión “por cualquier medio o procedimiento” utilizada en el art. 147 del CPes, es una fórmula extremadamente amplia y sabido es que dicha redacción no fue puesta al azar, sino que proviene de una larga discusión en la doctrina y en la jurisprudencia española, como tuvimos ocasión de ver en el capítulo primero sobre la historia del delito de lesiones. En efecto, antes de la reforma de 1989, era por todos criticada la manera en que se encontraba redactado el tipo penal de lesiones, toda vez que al configurarse como un delito de medios cerrados o de forma vinculada, la conducta lesiva únicamente se podía llevar a cabo “hiriendo, golpeando o maltratando de obra a otro”, con lo cual quedaban a fuera una serie de comportamientos tales como la omisión y cualquier otro que no se correspondiera con la fórmula antes referida. La nueva redacción en cambio, configura al delito de lesiones como un delito de resultado y de medios abiertos, tal y como sucede en el caso del delito de homicidio.

Por lo tanto, no habiendo restringido el legislador los medios comisivos y, más aun, señalando en el tenor literal de la norma que la conducta puede llevarse a cabo por cualquier medio o procedimiento, no puede luego el intérprete restringir la interpretación del texto legal a solo ciertos medios comisivos.

Llama la atención, que Bacigalupo, ponente de dicha sentencia, solo realice tal interpretación restrictiva únicamente respecto del delito de lesiones, sin embargo, en cuanto al delito de homicidio no duda en señalar que: “*Medios*: El tipo no requiere medios específicos. También los llamados medios morales permiten realizar el tipo”. Entonces, ¿Cómo se explica el diferente criterio utilizado para interpretar dos tipos penales de resultado y de medios abiertos?, ¿Qué otra fórmula más general que la de “por cualquier medio o procedimiento” podría haber utilizado el legislador para que el delito incluyera en su seno a cualquier tipo de conducta o medio?¹³⁶⁴ A mi juicio, la fórmula es correcta, ya que lo importante es que el sujeto activo llevé a cabo una conducta *ex ante* idónea para lesionar el bien jurídico de la salud individual, ya sea en su aspecto físico o en su contenido psíquico. Por lo tanto, para que concurra el *presupuesto de imputación*, el sujeto activo debe haber creado con su comportamiento un riesgo jurídico-penalmente relevante o no haber controlado un determinado riesgo que estaba obligado a controlar, por encontrarse en el ámbito de su competencia, dada la existencia, en el caso concreto de una especial posición de garante¹³⁶⁵.

Así, por ejemplo, sostengo que quien somete a diarios y gruesos insultos a otra persona a consecuencia de lo cual, ésta queda con una depresión, comete el tipo penal de lesiones, más allá de las relaciones concursales de delitos o de leyes que pudieran presentarse con otros tipos penales. Ello me parece del todo correcto si se toma en cuenta la actual valoración social de la salud física y psíquica y que en muchos casos las enfermedades mentales provocan trastornos de dilatada duración y de difícil superación.

3.2. Las enfermedades psicológicas en el CPch

Conforme a lo dispuesto en el art. 397 N° 2 del CPch si con la conducta de herir, golpear o maltratar se produjese una *enfermedad* por más de treinta días, la lesión debe ser catalogada como simplemente grave; por el contrario, si por cualquier medio

¹³⁶⁴ BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., p. 24.

¹³⁶⁵ Sobre presupuesto de imputación e imputación del resultado, ver CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., pp. 606 y ss.

(incluida la comisión por omisión)¹³⁶⁶ se ocasionare una *enfermedad* por treinta días o menos, la lesión deberá subsumirse en el tipo penal de las lesiones menos graves, a menos que concurran los elementos valorativos que desplazan el tipo penal básico, hacia las lesiones leves, con la contra excepción de que la lesión haya sido cometida en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, caso en el cual la lesión no podrá ser catalogada de leve, en atención a lo dispuesto en el art. 494 N° 5 del CPch.

Si entendemos por *enfermedad* la pérdida de la salud (física o psíquica)¹³⁶⁷, es decir, cualquier alteración más o menos grave a la salud¹³⁶⁸ que se traduce en un mal funcionamiento del cuerpo, de sus órganos o de la psiquis¹³⁶⁹, y por *salud* el buen funcionamiento del cuerpo humano, tanto en su aspecto físico como en su dimensión psíquica, debe concluirse que en el ordenamiento penal chileno cabe sancionar a título de lesión, las enfermedades puramente psicológicas que no tienen aparejada una manifestación física visible, por cuanto el adecuado funcionamiento de la psiquis del sujeto es, claramente, un aspecto sustancial de la salud individual, único bien jurídico protegido en el delito de lesiones.

Coincidiendo con lo que aquí se ha dicho, Garrido Montt entiende por enfermedad un proceso de alteración de la salud corporal o *mental*, consistente en el mal funcionamiento del cuerpo del ser humano, de sus órganos o de la psiquis¹³⁷⁰. Por su parte, Bustos, Grisolia y Politoff manifiestan que la salud en su dimensión psíquica está también abarcada por el delito de lesiones, y que sería necesario convenir con la jurisprudencia española en que se daría esta clase de lesiones, por ejemplo, si los malos tratos, pese a no haber ocasionado de modo directo contusiones, produjeron una conmoción moral que condujo a un trastorno mental transitorio¹³⁷¹. En el mismo sentido, se pronuncian Politoff, Matus y Ramírez, quienes al definir qué se entiende por enfermedad sostienen que *enfermedad*, según el Diccionario, es una *alteración más o menos grave de la salud*, concepto amplio al que es posible reconducir expresiones tales como “tiempo de recuperación”, “tiempo que tardará en sanar” y otras similares que suelen indicarse en los informes médico-legales, y que comprende toda perturbación o anormalidad de la capacidad funcional del individuo, aún las que consistan sólo o principalmente en trastornos mentales, como afasia o pérdida de memoria¹³⁷². Es interesante la sentencia que a pie de página citan estos autores, pues da cuenta de un caso en que la falta de memoria causada por los golpes, se entendió como enfermedad

¹³⁶⁶ Etcheberry limita las lesiones menos graves a las conductas descritas en el art. 397, al señalar que: “tales lesiones consisten simplemente en herir, golpear o maltratar de obra a otro, sin que se produzcan resultados constitutivos de lesiones graves y sin que concurran las circunstancias propias de las lesiones leves” (ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 128). Acogiendo este parecer minoritario, el Tercer TOP de Santiago, en sentencia de fecha cuatro de diciembre de dos mil seis, en causa RUC N° 0500651747-3, RIT N° 340, del año 2006, redactada por la magistrado doña Rosa del Carmen Garay Ruiz, señala en su considerando octavo: “Que el delito de lesiones menos graves exige la concurrencia de los siguientes elementos normativos: a) la existencia de un daño o menoscabo a la integridad corporal o a la salud de una persona, entendiendo con ello los meros sufrimientos físicos inferidos a su cuerpo; b) la conducta material o medio de comisión del delito, esto es, herir, golpear o maltratar por vías de hecho; c) que la incapacidad o enfermedad ocasionada por la lesión sea inferior a 30 días y d) un elemento subjetivo, esto es la existencia de dolo, que puede ser directo o eventual”.

¹³⁶⁷ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 104. En el mismo sentido, COUSIÑO MAC-IVER, *Manual de medicina legal*, op. cit., p.157.

¹³⁶⁸ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 106.

¹³⁶⁹ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 169.

¹³⁷⁰ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 169.

¹³⁷¹ POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 212.

¹³⁷² POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., pp. 127 - 128.

por la SCA de Concepción, de 17 de abril de 1911¹³⁷³. Lo anterior llama la atención, por cuanto, como se aprecia, a pesar de que la doctrina reconoce que las enfermedades psíquicas se encuentran comprendidas en el delito de lesión, es raro encontrar sentencias en este sentido.

Por otro lado, no debe olvidarse que tratándose de una enfermedad psíquica que pretenda ser encuadrada dentro de las lesiones graves, debe tener una duración superior a *treinta días*, y la conducta que la desencadena debe corresponderse con los verbos rectores señalados en los arts. 397 y 398 del CPch, es decir, herir, golpear o maltratar de obra, o bien, administrar al afectado, a sabiendas, sustancias o bebidas nocivas o abusar de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima. Si son causadas por otros medios, no pueden encuadrarse en este tipo penal, pudiendo, en todo caso, ser sancionadas a título de lesiones menos graves, por cuanto dicho tipo penal no precisa un medio determinado de comisión.

Tampoco puede obviarse que para poder sancionar la enfermedad psíquica a título de lesión, la conducta que le da lugar debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos del tipo penal, tanto en su parte objetiva como subjetiva. Así, en lo que dice relación con la parte objetiva del tipo penal, y tratándose de un delito de resultado, es necesario que la conducta del sujeto activo haya generado un riesgo típicamente relevante, es decir, apto para comprometer el bien jurídico de la salud individual del afectado, debiendo materializarse el riesgo creado, en la alteración concreta de de la salud psíquica del sujeto pasivo del delito de lesiones para así poder sostener que el delito se encuentra consumado. Del mismo modo, debe también concurrir la imputación subjetiva, ya sea a título doloso o imprudente, en el caso del art. 397 y solamente a título doloso en el caso del art. 398 del CPch.

Por último, es evidente que determinada clase de delitos, como la violación, involucran por su naturaleza determinados efectos en la salud psíquica del sujeto pasivo. En tales casos, las consecuencias en la salud psíquica de la víctima constituyen una secuela o daño inherente al delito, y dada la elevada pena que el legislador ha previsto, es posible sostener que ya han sido consideradas las consecuencias que del mismo se derivan, y por lo tanto, estaremos en presencia de un concurso de leyes penales, resuelto por el principio de absorción o consunción y no ante un concurso de delitos.

Si no tomáramos en cuenta todas las limitaciones aquí señaladas, podríamos llegar al absurdo de sancionar, además a título de lesiones, cada vez que la víctima quedara, a consecuencia del delito, con secuelas de orden psicológico elevando las penas de manera injustificada.

3.3. Las enfermedades psicológicas en el APCPCH

En el Foro Penal, bastante debatido fue el texto del art. 85, el cual reza: “El que lesione a otro será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de 1 a 10 unidades tributarias”. Al respecto, Carlos y Karin Künsemüller, estuvieron por rechazar la amplitud del término “lesionar”, por abrir la posibilidad de cometer el delito “sin tocar al ofendido”. Además, desde otro punto de vista, recordemos que De la Fuente señaló que la expresión lesionar no comprendía los daños psicológicos, lo que le parecía insuficiente en ciertos casos (menores, personas desvalidas, etc.).

¹³⁷³ SCA de Concepción, de 17 de abril de 1911, en *Gaceta Jurídica de los Tribunales*, 1911- I, p. 429.

En definitiva, la propuesta original del proyecto fue rechazada por el Foro Penal y respecto de la violencia psicológica, se expuso que la definición propuesta bajo el epígrafe de *lesiones corporales*, excluye de las mismas la llamada “*violencia psicológica*”, que no se acompaña de un efectivo menoscabo corporal en la víctima. Luego se agregó que estos hechos se encuentran regulados actualmente en la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, cuyo art. 1º los estima un ilícito de carácter civil, cuya transformación en delito no parecía necesaria ni conveniente. Así, se rechazó la propuesta de De la Fuente, en el sentido de establecer como delitos aquellos hechos de los cuales se derivasen daños psicológicos contra menores o personas desvalidas.

Al respecto, me parece que hay dos aspectos que no se pueden confundir. En efecto, una cosa es determinar a través de qué *medios* se provocan las lesiones, es decir, los modos o formas de que se sirve el agente para lesionar (la conducta), y otro tema diferente a discutir es si se sancionará a título de lesión, la *consecuencia* de la conducta cuando ésta consiste en una *enfermedad psíquica*. Respecto del primer punto, me parece claro que al señalar la redacción aprobada por el Foro Penal: “*El que lesione a otro*”, el proyecto está configurando el tipo penal de lesiones como un delito de medios abiertos, pudiendo, en consecuencia, llevarse a cabo la conducta lesiva por cualquier medio incluyendo, por lo tanto, a la comisión por omisión y de ahí que es efectiva la apreciación de Carlos y Karin Kunsemüller cuando señalan que: “el delito de lesiones en el Anteproyecto puede ser cometido sin siquiera tocar al sujeto pasivo”, pero si bien dicha afirmación es expresada como crítica a la redacción del precepto, acaso ¿no era eso lo que se buscaba al establecer un delito de medios abiertos?, ¿no es precisamente esta la crítica que la doctrina realiza al delito de lesiones graves, en tanto no comprende a la comisión por omisión, pudiendo solo llevarse a cabo la conducta lesiva hiriendo, golpeando o maltratando de obra a otro?, ¿acaso el criado que pese a las preguntas de su patrón ciego, no le advierte que se dirige hacia una peligrosa fosa, no debe responder penalmente por las lesiones que de aquello se deriven, por no haberle tocado ni siquiera un pelo al afectado?

Tampoco es correcto afirmar que la expresión “El que lesione a otro” no comprenda a las enfermedades mentales. En efecto, analizado el texto propuesto, ahora desde el punto de vista del resultado, debemos interpretar que debe entenderse por *lesión*, aspecto central del tipo penal, que el texto aludido no define y que queda, por lo tanto, entregado al desarrollo de la jurisprudencia y de la doctrina, lo cual constituye, a mi juicio, una clara trasgresión al principio de determinación y, consiguientemente, del principio de legalidad, por cuanto la ley no puede entregar a otras instancias el núcleo del tipo penal, es decir, precisamente la descripción de la conducta a punir o en definitiva ¿Qué debe entenderse por lesión?, ¿Qué resultados comprende la expresión lesión?

En la actualidad la mayoría de la doctrina chilena y española entiende que el bien jurídico protegido por el delito de lesiones es la salud individual, tanto en su consideración física como psíquica, por lo tanto, creo que si se es consecuente con tal idea solo puede ser una la consecuencia a considerar: las enfermedades mentales no pueden quedar obviadas del concepto de lesión, esto es, del resultado lesivo.

Analicemos el problema de la conducta y del resultado en el delito de lesiones con dos nuevos ejemplos.

a) Un asaltante premunido de un revólver, obliga al dueño de casa a presenciar la violación de su cónyuge, quedando el marido afectado por una depresión de orden exógeno y sujeto a un largo tratamiento psiquiátrico.

b) El padre estrangula a su hija en presencia del hermano de ésta, obligándolo a permanecer en el lugar del crimen, amenazándolo después y llevándolo incluso consigo a la Comisaría en donde procede a entregarse¹³⁷⁴.

Desde el punto de vista de los medios comisivos en ambos casos, el sujeto activo ha llevado a cabo la conducta “sin tocar al ofendido” (los obligados a presenciar la violación y el estrangulamiento), pero ahora desde el prisma del resultado lesivo ¿podría alguien negar que existe en las dos situaciones una lesión dolosa, de orden psíquico, absolutamente demostrable y no inherente al desvalor del acto ni del resultado propios de los delitos de violación y de parricidio?

A mi juicio, un texto legislativo moderno, debería regular el delito de lesiones estableciendo primero en el título que se trata de delitos en contra de la salud individual. Luego, desde el punto de vista de los medios de comisión, debería configurar el tipo penal como un delito de medios abiertos. Desde el prisma del resultado y en respeto del principio de tipicidad, el tipo penal de lesiones debería definir qué se entiende por lesión, toda vez que tratándose de un delito de resultado material, el resultado se encuentra íntimamente relacionado con la conducta lesiva. Por último, el concepto de lesión debería ser concebido como el menoscabo para la salud física o mental del ser humano, toda vez que siendo la integridad corporal un bien jurídico instrumental de la salud individual, el primero se encuentra incluido en ésta.

4. ¿Cabén dentro del concepto jurídico penal de enfermedad, las enfermedades de transmisión sexual o venéreas como la sífilis, la gonorrea o el VIH? y de ser así, ¿por qué medios o vías?

4.1. Concepto de enfermedad sexual. Tipos o clases de enfermedades comprendidas en este término y caracterización de las mismas

Para abordar adecuadamente el tema, debemos partir por delimitar que se entiende por enfermedad de transmisión sexual, para luego individualizar cuáles caben dentro de esta categoría y caracterizarlas brevemente.

Se entiende por enfermedad de transmisión sexual aquellas enfermedades transmisibles que se caracterizan porque su principal modalidad de contagio es el acto sexual, aún cuando pueden transmitirse por contagio indirecto¹³⁷⁵.

Se consideran enfermedades de transmisión sexual de trascendencia social: la sífilis, la gonorrea, el linfogranuloma venéreo, el chancro blando, la uretritis no gonocócica; a las cuales se agregó el VIH (SIDA)¹³⁷⁶.

La Sífilis, es producida por una espiroqueta que requiere de calor y humedad para sobrevivir, este germen puede transmitirse por la sangre contaminada o por contacto íntimo corporal, por contacto sexual con una lesión sifilítica, por contacto con el exudado de una lesión sifilítica; o bien a través de ciertos fluidos del cuerpo, como la saliva, el semen, la secreción vaginal. etc., cuando éstos han sido previamente contaminados por el exudado de la persona infectada durante el período infeccioso¹³⁷⁷. Toda contaminación en la sangre puede infectar y transmitir la sífilis; ocurrirá cuando se

¹³⁷⁴ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 107-108.

¹³⁷⁵ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., p. 244.

¹³⁷⁶ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., p. 244.

¹³⁷⁷ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 245-246.

utilicen instrumentos ya usados y no esterilizados por sífilíticos, como agujas hipodérmicas en el caso de drogadictos, pinzas contaminadas con la sangre. etc.¹³⁷⁸ La sífilis puede ser muy infecciosa en el primero (10 a 90 días con 21 días promedio) y segundo período de su desarrollo (1 semana a 6 meses o más). Finalmente, el período terciario (sífilis tardía) puede permanecer latente por un lapso de 20 a 40 años o puede atacar el cuerpo con las posibles siguientes consecuencias: enfermedades cardíacas, ceguera, daño en los nervios y en el cerebro, parálisis, locura, muerte¹³⁷⁹. Durante el embarazo, la sífilis no tratada puede causar anomalías congénitas graves no hereditarias sino adquiridas en el transcurso de la vida intrauterina del feto o en su tránsito de parto¹³⁸⁰. Por otra parte, está comprobado que la sífilis paterna o materna influye sobre las células sexuales, provocando en ellas alteraciones cuyas consecuencias producen mutaciones en el hijo, el cual nace con ciertas deformidades características (labio leporino)¹³⁸¹.

La gonorrea, es causada por un germen bacteriano, que requiere calor y humedad para sobrevivir y que se transmite a través del contacto sexual o íntimo corporal con la superficie o la secreción de una membrana infectada o de una úlcera gonocócica; sin embargo, es poco probable que se adquiera por contacto con utensilios o artefactos como un asiento de inodoro¹³⁸². El germen ataca e infecta las membranas mucosas, secretando una toxina que las inflama, su período de incubación varía entre 1 y 14 días, después del contagio produce flujo purulento que emana de los órganos genitales¹³⁸³. En el hombre, la parte más vulnerable es el pene, detectándose una infección de la uretra con dolor o ardor al orinar, acompañada de secreción blanca o amarillenta que sale de la abertura urinaria, en los genitales de la mujer puede o no existir inflamación, dolor o sensibilidad del bajo vientre; asimismo, un flujo vaginal, en el recto puede haber irritación, picazón, dolor al defecar, pus en el excremento, aun cuando la infección también puede pasar allí inadvertida. Puede provocar lesiones en la piel, artritis, endocarditis y meningitis. No tratada puede producir; infertilidad, ceguera, artritis, enfermedades cardíacas, meningitis, anexitis, etc.¹³⁸⁴ Después de un período agudo, con un lapso entre 10 y 15 días, las manifestaciones de la enfermedad van disminuyendo hasta desaparecer entre las 5 y 7 semanas; de no advertirse este desaparecimiento de la infección gonocócica, puede transformarse en crónica, sin embargo, tratada oportuna y eficazmente, puede ser sanada en un corto período con rapidez y sin que deje secuelas graves en el enfermo¹³⁸⁵.

El *chancro blando*, es causado por una bacteria, proveniente del bacilo de Ducrey, el cual entra al cuerpo a través de la piel o membranas mucosas durante la cópula; tiene un período de incubación de 3 a 10 días¹³⁸⁶. Es transmitida por contacto íntimo corporal o sexual con una lesión o su exudado, apareciendo en la región genitoanal en forma de espátulas rojas dolorosas que usualmente se convierten en úlceras, las que se pueden extender a las áreas adyacentes acompañadas por una hinchazón del ganglio linfático cercano, sin embargo, en la mujer puede tener

¹³⁷⁸ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 245-246.

¹³⁷⁹ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 245-246.

¹³⁸⁰ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 245-246.

¹³⁸¹ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 245-246.

¹³⁸² ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 246-247.

¹³⁸³ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 246-247.

¹³⁸⁴ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 246-247.

¹³⁸⁵ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 246-247.

¹³⁸⁶ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 247-248.

características asintomáticas¹³⁸⁷. Su curación también es de base local con sustancias germinicidas¹³⁸⁸.

El *linfogranuloma venéreo*, es causado por una bacteria, su plazo de incubación es variable y va entre 3 y 30 días; es transmitida a la piel o membrana mucosa a través de contacto íntimo corporal o sexual con una persona infectada¹³⁸⁹. Esta enfermedad sistemática infecciosa de los linfáticos y sus ganglios puede comenzar como una lesión o llaga en el área anogenital, con posterioridad, también aparece una hinchazón inguinal entre 1 y 21 días; los ganglios linfáticos vecinos se hacen sensitivos, hinchados y producen abscesos que drenan al exterior, en un período secundario, después de los 30 ó 40 días, aparecen dolores de cabeza, fiebre, etc., y si no es tratada, pueden aparecer complicaciones más adelante, como tumores, perforaciones, ulceraciones anorrectales, elefantiasis de los genitales y de las piernas, esta última etapa es denominada período terciario de la enfermedad¹³⁹⁰.

El *Uretritis no gonocócica*, consiste en la infección de la uretra o canal urinario, que no es causada por el gonococo y que en el hombre, tiene un período de incubación variable entre 1 y 5 semanas, y puede ser causada por diferentes microorganismos¹³⁹¹. Los síntomas son ardor o dolor al orinar y la presencia de una escasa secreción de la uretra (abertura urinaria), particularmente notable en las mañanas, puede ser producida por gérmenes que no se encuentran comúnmente en la uretra del hombre, pero pueden ser adquiridos de la vagina o el recto, sin embargo, estas infecciones pueden desaparecer sin tratamiento, aunque sí no son tratadas, pueden reaparecer con posterioridad¹³⁹².

Aun cuando este tema había perdido trascendencia luego de que la ciencia lograra combatir con éxito las enfermedades de transmisión sexual clásicas (tales como la gonorrea o la sífilis, etc.)¹³⁹³, hoy en día ha recobrado su importancia tras la

¹³⁸⁷ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 247-248.

¹³⁸⁸ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 247-248.

¹³⁸⁹ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., p. 248.

¹³⁹⁰ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., p. 248.

¹³⁹¹ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., p. 248.

¹³⁹² ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., p. 248.

¹³⁹³ Así, el encendido y catastrófico artículo de Mora Pineda, escrito a fines de la década del treinta, parece hoy lejano. En efecto, en dicho documento el autor refería que: “Es un hecho que no necesita, por ahora, demostración estadística, ni de otro orden, el enorme desarrollo que dichas enfermedades (se refiere a las venéreas) han alcanzado en nuestros países de Latino-América. Su enorme porcentaje es conocido, no sólo por especialistas, sino que ya es algo que pertenece al patrimonio común. Estas enfermedades se califican también con la denominación de “enfermedades de trascendencia social”, porque se quiere significar con ello, no ya su frecuencia, sino su alcance en la salud y progreso de los pueblos. No obstante, su enorme difusión y los males que ellas importan a las sociedades, no han podido ser objeto de una campaña eficiente que permita su desaparecimiento, o por lo menos su atenuación porque a la lucha que contra ellas, a nuestro entender, han de emprender en forma enérgica nuestros legisladores, se oponen antiguos y falsos valores respecto de la moral sexual. Sin embargo, su frecuencia, los enormes daños que ellas causan en la salud de los pueblos y en la economía misma, hacen cada vez más necesarias la intervención del legislador” (MORA PINEDA: “Contribución del DP a la Lucha Antivenérea”, en *Revista de Ciencias Penales*, 1938, T. IV, pp. 301-304). En efecto, las palabras en sentido contrario de los profesores POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, parecen hoy tranquilizadoras al referir que: “Vinculado con este precepto, los autores españoles han abordado el tema del contagio intersexual y nutricio. Cierta es que el asunto del contagio venéreo perdió gran parte del favor de los juristas desde que el profuso empleo de los antibióticos disminuyó la trascendencia del problema” (POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 225). Sin embargo, es evidente que a pesar del control actual del VIH, se trata de un serio problema que ha motivado la tipificación del contagio doloso o imprudente de enfermedades venéreas.

aparición del VIH, toda vez que, aunque no es la única fuente de contagio, sin lugar a dudas la cópula sexual es una de las principales vías de contagio del VIH.

El VIH, es el Virus de Inmunodeficiencia Humana que destruye las células encargadas de la defensa de nuestro organismo, dejándolo expuesto a adquirir y desarrollar distintas enfermedades denominadas oportunistas y que se contrae o se adquiere, ya que no es de carácter contagioso y una vez que toma contacto con el aire pierde su posibilidad de transmisión¹³⁹⁴. Por su parte, SIDA es el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y se entiende por *síndrome* el conjunto de manifestaciones y síntomas que caracterizan una enfermedad, la inmunodeficiencia es la deficiencia en el sistema inmunológico y, por último, el término adquirida dice relación con el hecho de que no se trata de una enfermedad hereditaria, sino causada por un virus¹³⁹⁵. El SIDA se origina a partir de la destrucción progresiva del sistema inmunológico, provocada por el VIH, esta enfermedad se transmite por las siguientes vías: a) Sexual: Mantener relaciones sexuales penetrativas (vaginales y/o anales), sin el uso correcto ni sostenido del preservativo o condón; b) Sanguínea: Usando jeringas que tengan contacto directo con sangre que tenga el VIH; c) Perinatal: La madre que vive con VIH puede transmitirlo al hijo, durante la gestación, el parto o durante la lactancia¹³⁹⁶. Como se aprecia, la infección se produce por una multiplicidad de causas, entre las cuales se cuentan conductas de riesgo difíciles de desmotivar (contactos sexuales), lo cual sumado al hecho de que el virus se transforma y adapta a los cambios, han desatado la gran progresión de esta enfermedad.

El contagio del virus produce en el infectado una breve y leve fase sintomática y un periodo de incubación, para luego devenir una fase asintomática, que puede llegar hasta los quince años, siendo frecuente un plazo de cinco a diez años, en la cual el enfermo es sólo portador y transmisor pero sin desarrollar el síndrome, luego se suele desarrollar la enfermedad, en una tercera fase con ulteriores infecciones oportunistas o procesos cancerígenos, derivados de la inmunodeficiencia del cuerpo del enfermo, con una elevadísima posibilidad de muerte, si no se siguen los tratamientos que hasta ahora han aparecido y que han logrado extender considerablemente la esperanza de vida de quienes padecen esta enfermedad¹³⁹⁷.

El SIDA es una enfermedad grave toda vez que afecta al sistema inmunológico, que es el encargado de la defensas del organismo, es decir, tiene como misión enfrentar, eliminar y/o detener el avance de cualquier enfermedad (provocada por un virus, bacteria, etc.) que invada nuestro organismo, sin embargo, a pesar de su gravedad, hoy en día el SIDA no es una enfermedad mortal, sino que es una patología de carácter crónica; absolutamente controlable, gracias a los medicamentos llamados anti-retrovirales que evitan la replicación del virus en el organismo¹³⁹⁸.

El contagio de VIH se puede prevenir por las siguientes vías: a) el uso del condón o preservativo en forma correcta y sostenida en todas las relaciones sexuales penetrativas (vaginales y/o anales); b) Manteniendo una pareja sexual exclusiva, donde ambos miembros mantengan relaciones sexuales exclusivamente con el otro, siempre que ambas personas comprueben antes, a través del examen de rigor, que no viven con VIH, y respeten el acuerdo; c) Manteniendo prácticas de sexo más seguro, que no

¹³⁹⁴ Obtenido del sitio Web <http://www.vivopositivo.org>.

¹³⁹⁵ Obtenido del sitio Web <http://www.vivopositivo.org>.

¹³⁹⁶ Obtenido del sitio Web <http://www.vivopositivo.org>.

¹³⁹⁷ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 58 y LUZÓN PEÑA, "Problemas de la transmisión y prevención de Sida en el DP español", op. cit., p. 13.

¹³⁹⁸ Obtenido del sitio Web <http://www.vivopositivo.org>.

implican penetración, como besos, caricias y masturbaciones mutuas d) en el caso de los drogadictos, no compartiendo jeringas, en el caso que se utilice alguna droga intravenosa¹³⁹⁹. Pese a la difusión de estas medidas, en el año 2006 la cifra de personas que vivían con el VIH en el mundo era de 39, 5 millones, cifra que a todas luces refleja la gravedad del problema que nos aqueja¹⁴⁰⁰.

5. ¿Es el DP un instrumento apto para proteger a la salud individual del contagio doloso o imprudente de enfermedades graves de transmisión sexual tales como el VIH/SIDA?

Con la aparición del virus VIH y luego de la candente discusión sobre el tema, podemos decir que la opinión minoritaria postula la renuncia del Estado a la intervención penal en este ámbito. Herzog¹⁴⁰¹ funda esta posición en que el uso de la herramienta punitiva representa una intromisión inaceptable del estado en ámbitos tan íntimos del ser humano como lo es el de la interrelación sexual de los individuos, función que no es propia del DP, sino que debe ser realizada por cada hombre, privilegiándose de este modo la propia responsabilidad, así quien no desea otorgar el cuidado debido a la protección de la propia salud, confía en las explicaciones de su pareja sobre falta de riesgo y tiene relaciones sexuales sin protección, no observa el cuidado que le corresponde de preocuparse de su propia seguridad con lo cual el resultado consistente en la transmisión de una enfermedad grave de carácter sexual debiera ser imputable a la víctima, siendo por tanto, la conducta portador del virus atípica por faltar la imputación objetiva del resultado¹⁴⁰². Además, se argumenta que la persecución penal de los SIDA positivos es empíricamente contraproducente, ya que conduciría a un justificado temor de persecución, con el sesgo discriminador que ello implica, y al surgimiento de un submundo¹⁴⁰³. Por otra parte, se sustenta la ineficacia de la amenaza penal cuando los potenciales transmisores VIH son precisamente individuos infectados que se hallan ya en alguna etapa de desarrollo del mal o con posibilidades ciertas de desarrollar una enfermedad terrible, que fatalmente va a desembocar en su deceso, ya que frente a la angustia y desesperación que seguramente emanarán de esa perspectiva, poco o nada podrá disuadir o intimidar la eventualidad de sufrir una pena¹⁴⁰⁴. Por último, se sostiene que la postura contraria, priva al DP de la característica de tratarse de un ordenamiento *extrema ratio* y se basa en la creencia ingenua en su fuerza preventiva, la cual culmina en posiciones absurdas, macabras y faltas de atención al clima social y a la función penal¹⁴⁰⁵.

¹³⁹⁹ Obtenido del sitio Web <http://www.vivopositivo.org>.

¹⁴⁰⁰ *Situación de la epidemia de Sida, diciembre de 2006*, ONUSIDA, 2006. Disponible en el sitio Web <http://www.cinu.org>.

¹⁴⁰¹ HERZOG, citado por DIETRICH HERZBERG, “Sida: desafío y piedra de toque del DP. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 Str 262/88)”, en *Problemas jurídico-penales del Sida*, Editorial Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología, U. de Barcelona, 1991, pp. 122 y ss.

¹⁴⁰² HERZOG, citado por DIETRICH HERZBERG, “Sida: Desafío y piedra de toque del DP. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 Str 262/88)”, op. cit., p. 123.

¹⁴⁰³ HERZOG, citado por DIETRICH HERZBERG, “Sida: Desafío y piedra de toque del DP. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 Str 262/88)”, op. cit., pp. 123 y ss.

¹⁴⁰⁴ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “VIH/SIDA y DP”, op. cit., p. 133 y LUZÓN PEÑA: “Problemas de la transmisión y prevención de sida en el DP español”, en *Problemas jurídico-penales del Sida*, Publicaciones del Instituto de Criminología, U. de Barcelona, Editorial Bosch, Barcelona, 1991, pp. 133-134.

¹⁴⁰⁵ HERZOG, citado por DIETRICH HERZBERG, “Sida: Desafío y piedra de toque del DP. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 Str 262/88)”, op. cit., pp. 122 y ss.

No obstante lo anterior, la opinión dominante sostiene que si bien la aportación que el DP puede efectuar en la lucha contra la difusión del VIH/SIDA es modesta, no es por ello nula, por cuanto, no puede desconocerse que dado el avance de la ciencia, hoy por hoy la mortalidad por VIH es inferior a la provocada por enfermedades tales como el cáncer, accidentes o por suicidio, siendo comparable, estadísticamente, a las muertes por causa de la diabetes¹⁴⁰⁶. Además, la esperanza de vida de un enfermo de SIDA, en el mejor de los casos, es de sólo cinco años menos que una persona completamente sana, por lo que, al menos en el mundo occidental, no podemos ya hablar del SIDA como una enfermedad mortal, sino como una enfermedad crónica¹⁴⁰⁷. Así las cosas, no se puede argumentar que la amenaza penal será ineficaz porque los potenciales transmisores VIH son individuos infectados que fatalmente se encuentra condenados a morir y que por lo tanto, no podrán ser disuadidos o intimidados por la eventualidad de sufrir una pena.

Por otro lado, existen supuestos concretos, sobre todo, los de contagio doloso, que afectan sensiblemente el bien jurídico de mayor rango después de la vida, esto es la salud individual, y por lo tanto, el DP no puede permanecer ajeno frente a esta forma de conflicto social, por cuanto se satisface la exigencia de *dañosidad social* que precisa el *principio de lesividad* para la su legitimación, además la sanción criminal llevará aparejada la responsabilidad civil que resultará adecuada a múltiples situaciones conflictivas¹⁴⁰⁸.

Acorde a lo dicho no se pretende discriminar a un sector de la población en virtud de la enfermedad que padecen, sino sólo penalizar a aquellos que conociendo la posibilidad de ataque para el bien jurídico de la salud individual, optan por ocultar su enfermedad, privando al afectado de la posibilidad de consentir en la opción de correr el riesgo que dicha actividad implica, así como otras formas dolosas o imprudentes de transmisión del virus. Sostener lo contrario equivaldría a decir: “Aunque sepas que estás infectado puedes jugar con la salud de los demás sin preocuparte y mantener relaciones sexuales sin condón. No te amenaza ninguna persecución penal”¹⁴⁰⁹.

6. Situación de atipicidad por falta de imputación objetiva del resultado. Puesta en peligro de un tercero aceptada por éste

Me parece que un análisis depurado del tema del contagio de enfermedades venéreas merece realizar algunas disquisiciones previas, a objeto de despejar situaciones atipicidad por falta de imputación objetiva del resultado.

Existe atipicidad por falta de imputación objetiva del resultado, cuando hay una puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, lo cual se produce en aquellas situaciones en que alguien no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia de la existencia de un riesgo típicamente relevante, como ocurre cuando alguien, con conocimiento de que su pareja es portadora del VIH, se expone al virus al mantener relaciones sexuales sin preservativos con el

¹⁴⁰⁶ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “VIH/SIDA y DP”, op. cit., p. 11.

¹⁴⁰⁷ PINELO, “El Sida hoy: ¿enfermedad crónica o mortal?”, documento disponible en internet, página: www.paginadigital.com.ar. En el mismo sentido se pronuncia ÁLVAREZ GARCÍA (DIR.), *DP español*, PE, op. cit., p. 166.

¹⁴⁰⁸ LUZÓN PEÑA: “Problemas de la transmisión y prevención de sida en el DP español”, op. cit., p. 12.

¹⁴⁰⁹ DIETRICH HERZBERG: “Sida: Desafío y piedra de toque del DP. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 Str 262/88)”, op. cit., p. 126.

infectado^{1410/1411}. En estos casos el contacto sexual, aún sin protección, es impune si ambos sujetos están informados del riesgo de contagio y son responsables conjuntamente de su actuación¹⁴¹².

Del mismo modo, se excluye la tipicidad si se considera que habiendo actuado el sujeto pasivo por su propia cuenta y riesgo, el resultado cae fuera del ámbito de protección de la norma y a la misma conclusión debe llegarse si se recurre a los principios que gobiernan la autoría y participación, ya que la autoría requiere dominio del hecho, control determinante del curso del acontecimiento, por lo que si el sujeto pasivo, con pleno conocimiento de las circunstancias, acepta libremente correr el riesgo de la infección no se puede, luego afirmar, que es el infectado quien tiene el dominio o control del hecho y, por lo tanto, no puede ser autor de lesiones, toda vez que se limita a cooperar en la causación de las autolesiones de la víctima y lo mismo sucede en el caso del drogadicto responsable que en condiciones de plena imputabilidad y conscientemente de los riesgos le solicita una jeringuilla ya utilizada a un amigo a pesar de que éste último le advierte que tiene SIDA y que, por lo tanto, es posible que se pueda contagiar¹⁴¹³.

Para Shünemann hay que atender al hecho de si el sujeto gracias a su mayor conocimiento de la situación, ha captado el riesgo mejor que el que se pone a sí mismo en peligro, ya que, al concurrir el dominio del conocimiento por parte de quien conoce su propia infección frente a su pareja únicamente informada del riesgo estadístico, lo pone al tanto de la existencia de un peligro concreto de contagio, a diferencia de su pareja en quien solo concurre una peligrosidad abstracta, sin embargo, sostiene que la situación es distinta cuando se trata de contactos sexuales que tienen lugar en un medio en el que la presencia de VIH es extraordinariamente elevada y actuar irresponsablemente ante los demás esta a la orden del día, porque visitar un medio así implicaría el dolo de ponerse a sí mismo en concreto peligro y pone como ejemplo las “habitaciones oscuras” o “dark rooms” o acudir a personas que se prostituyen para poder financiarse la droga que consumen¹⁴¹⁴.

Sin embargo, ello no puede ser suficiente para estar ante una situación de atipicidad toda vez que de lo contrario el mensaje sería: “aun cuando sabes que tienes SIDA, continua prostituyéndote, ninguna amenaza penal te perseguirá”. Además como dice Schünemann, aun tratándose de este tipo de situaciones altamente peligrosas, se trata de un riesgo estadístico, sólo que más elevado que en otros casos. Distinta sería la situación de quien conscientemente decide tener encuentros sexuales con personas que tienen SIDA, toda vez que en dicha situación existe un peligro concreto de contagio, que fundamentaría en el afectado una especie de autoría mediata del hecho, razón por la

¹⁴¹⁰ Al respecto, CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, coincidiendo en que se trata de un caso de atipicidad, expresan que: “...Los supuestos de auto-puesta en peligro en los que es dicho peligro el que se consiente y no la lesión propiamente dicha, como relaciones sexuales con seropositivo, etc. (CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 132).

¹⁴¹¹ En tales casos, como afirma Muñoz Conde si la situación pertenece al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, deben considerarse impunes los comportamientos de terceros que intervengan en ella. Tal conclusión, por otra parte, no es extraña a los principios que mantiene el propio CPes, puesto que, como se ha repetido, éste reconoce plena relevancia al consentimiento del lesionado en las faltas imprudentes, aunque su resultado esté definido como delito (MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 124-125).

¹⁴¹² SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, en *Problemas jurídico-penales del Sida*, Publicaciones del Instituto de Criminología, Editorial Bosch, U. de Barcelona, 1991, pp. 42 y ss.

¹⁴¹³ LUZÓN PEÑA: “Problemas de la transmisión y prevención de sida en el DP español”, op. cit., p. 16.

¹⁴¹⁴ SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., pp. 44-46.

cual el ya infectado actúa en situación de atipicidad. Está de más decir que lo que se asevere sobre el contagio venéreo es aplicable a la transmisión de cualquier enfermedad. Nadie podrá discutir que se comete el delito de lesiones por el suministro de virus (inyección, inhalación, etc.) que traigan consigo una enfermedad. Lo que se trata ahora de decidir, es si el contagio por contacto sexual debe ser incriminado y de ser así a que título¹⁴¹⁵.

7. Situación de tipicidad

Una persona oculta su enfermedad de transmisión sexual para tener relaciones con su pareja no infectada, sin protección, o bien, un individuo infectado con el virus del VIH obliga a su pareja, aún no infectada y que se resiste, a exponerse al virus mediante relaciones sexuales. Casos como estos y la proliferación del virus del VIH han desatado una abundante discusión la cual se encontraba superada con el éxito de la medicina sobre las típicas enfermedades de transmisión sexual tales como la sífilis y la gonorrea, que conocía y había descrito la medicina desde fines del siglo pasado¹⁴¹⁶.

Como se dijo, varias son las medidas que se han tomado para prevenir el contagio del VIH, así las campañas de salud pública recomiendan el uso del preservativo, mantener una pareja estable o bien derechamente la abstención de mantener relaciones sexuales. El punto estriba aquí en determinar si el Derecho y en particular el DP, tiene algo que decir en la prevención de este tipo de enfermedades.

Desde ya cabe decir que numerosos países en el mundo han establecido el delito de contagio doloso o imprudente de enfermedades de transmisión sexual, sin embargo, aún se discute si el DP es o no la herramienta adecuada para controlar la proliferación de esta clase de enfermedades¹⁴¹⁷.

8. El VIH y las formas de contagio

De esta forma, la discusión en torno a este tipo de enfermedades se ha centrado con fuerza, desde hace ya varios años, en el tratamiento jurídico penal que debería darse a las conductas relacionadas con la transmisión del VIH¹⁴¹⁸. El problema es bastante más grave de lo que comúnmente se cree, ya que el contagio del virus mediante la vía sexual, como sucede en actividades, como el ejercicio de la prostitución, es sólo una de muchas formas de contagio, sin embargo, existen otras formas de transmitir el virus como el uso compartido de jeringas en el caso de los drogadictos y, del mismo modo, es posible el contagio a través de agresiones, clavando agujas u objetos infectados, o bien cuando, sin querer, un niño o un adulto se clava una aguja desechable botada en una plaza; o por medio de la realización de tatuajes, o en el caso de la madre que contagia al feto, o por conductas imprudentes, como en el caso de aquellos profesionales de la salud que manejen inadecuadamente objetos infectados, tales como material quirúrgico u

¹⁴¹⁵ POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 225.

¹⁴¹⁶ GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p. 8.

¹⁴¹⁷ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., p.256.

¹⁴¹⁸ En este sentido, LUZÓN PEÑA, “Problemas de la transmisión y prevención del Sida en el DP español”, *PJ*, op. cit., pp. 87 y ss.; GARCÍA GARCÍA- CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 35; FERRERO HIDALGO y RAMOS REGO, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, op. cit., pp. 32–33; TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 59 y ss.

odontológico, o conductas llevadas a cabo a propósito de las transfusiones de sangre infectada con el virus del VIH¹⁴¹⁹.

9. Problemas vinculados a la criminalización de conductas que involucran el riesgo de contagio del VIH/SIDA

9.1. ¿Delitos de acción o de omisión?

El problema consiste en determinar si cuando un sujeto con conciencia de su enfermedad de transmisión sexual decide mantener relaciones con su pareja sin advertirle previamente de la enfermedad de que padece, ¿comete una conducta activa o pasiva?

La decisión de este tema no es para nada baladí o superflua para la práctica diaria, toda vez que son menos los requisitos necesarios para los delitos de acción que para los de comisión por omisión, ya que en el caso de éstos últimos, se requiere la presencia de un elemento *adicional* representado por la *posición de garante* del autor¹⁴²⁰.

Schünemann, sostiene que cuando la víctima de un accidente que conoce su infección deja que cuide de sus heridas abiertas un auxiliador voluntario que nada sabe de ello, o cuando un paciente infectado permite que le trate un médico que en la situación concreta no tiene ningún indicio de dicho peligro, sin aludir al peligro existente, el conocimiento especial que posee el infectado acerca de su infección como causa última de un posible resultado típico, da lugar a una posición de garante por su parte y tal conocimiento especial le atribuiría un dominio sobre la causa del resultado y fundamentaría, en las situaciones de peligro, el correspondiente deber de información por parte del infectado¹⁴²¹.

No me parece que en la especie nos encontremos ante un caso de delito omisivo, ya que transmitir una enfermedad a través de un contagio sexual es una conducta activa y punible, lo que pasa es que el consentimiento va enfocado al tema de si se puede o no eliminar la tipicidad.

9.2. Problema de la prueba causalidad

Pueden darse supuestos en que el juez pueda considerar probado el nexo causal entre la conducta peligrosa y el contagio de la enfermedad, porque en el proceso se encuentra suficientemente acreditado que el sujeto pasivo no ha mantenido otras relaciones sexuales con potenciales transmisores, ni se inyecte droga, ni ha sufrido transfusiones sanguíneas, ni cortes o heridas, excepto precisamente el contacto, pinchazo, corte, etc., con un objeto o persona infectada; o como en la transmisión del virus por una embarazada seropositiva al feto, o después de la lactancia, etc. Entonces puede haber, en principio un delito de lesiones consumado doloso o imprudente¹⁴²².

¹⁴¹⁹ LUZÓN PEÑA, “Problemas de la transmisión y prevención del Sida en el DP español”, op. cit., pp. 87 y ss.; TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., p. 59.

¹⁴²⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 311-312.

¹⁴²¹ SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., p. 54.

¹⁴²² LUZÓN PEÑA, “Problemas de la transmisión y prevención del Sida en el DP español”, op. cit., p.

Sin embargo, en muchos casos, será difícil o imposible probar la *relación de causalidad* que debe existir entre la conducta riesgosa (por ejemplo, el contacto sexual con una persona infectada, la transfusión de sangre contaminada, la inyección de droga utilizando una aguja ya usada por una persona contaminada con el virus, etc.) y el resultado lesivo consistente en el contagio de la enfermedad, por cuanto, la infección del sujeto pasivo, podría haberse producido en otros contactos sexuales, transfusiones, inyecciones de droga, etc.¹⁴²³

Sin embargo, ello conduce a la impunidad en los casos de imprudencia, ya que en los delitos de resultado la imprudencia sin causación de resultado no es punible y si hubo dolo en la actuación peligrosa, pero no consta con seguridad que haya sido específicamente la conducta particular la transmisora de la enfermedad, entonces podría haber una tentativa acabada de homicidio o de lesiones, según el título de castigo que se sustente, toda vez que tampoco hay uniformidad en la doctrina respecto de este punto (así por ejemplo, se sostiene que la tentativa acabada será de homicidio o de lesiones dependiendo de si el dolo abarca además de la conducta, la muerte o sólo la infección o la enfermedad¹⁴²⁴).

Otra solución posible sería tipificar la conducta como delito de peligro concreto, prescindiendo así de la prueba del resultado y bastando la tipicidad de la conducta con exigir la realización de una relación sexual, sabiendo o teniendo la sospecha o la duda de estar infectado por el virus (por ejemplo, porque se ha mantenido conductas que involucran un alto riesgo, como haber mantenido relaciones sexuales con prostitutas sin preservativos o porque los síntomas del Sida ya han aparecido o porque), sin comunicarle a su pareja esta situación, privándola de la posibilidad de decidir si presta o no su consentimiento en mantener relaciones sexuales a conciencia del riesgo que ello involucra.

9.3. El tipo subjetivo en la tentativa

El problema de la prueba de la causalidad y la opción de entender que en la especie concurre una tentativa, nos enfrenta al problema de tener que dilucidar si para ser punible el sujeto activo debe llevar a cabo la conducta con dolo directo o si, además, puede actuar con dolo eventual.

Lo anterior es de suma importancia respecto del tema en comento, toda vez que lo normal será que el sujeto infectado por el virus actúe con dolo eventual, por lo tanto, si negamos la posibilidad de sancionar la tentativa con dolo eventual, quedaría excluida la sanción penal de un gran número de casos, como podría suceder si un sujeto viaja a África y mantiene relaciones sexuales en distintas oportunidades y con distintas parejas ocasionales a cambio de dinero, sin protección alguna, y al volver a su país de origen, mantiene relaciones sexuales con su mujer, aun cuando está consciente del alto grado de posibilidades de ser portador del VIH.

Así, para Mir Puig, la tentativa acabada requiere el mismo dolo que el delito consumado y, en tal sentido, no habría problema para admitir la tentativa con dolo eventual¹⁴²⁵. En el mismo sentido, Muñoz Conde sostiene que en la medida en que el

¹⁴²³ LUZÓN PEÑA, “Problemas de la transmisión y prevención del Sida en el DP español”, op. cit., p. 13.

¹⁴²⁴ LUZÓN PEÑA, “Problemas de la transmisión y prevención del Sida en el DP español”, op. cit., p. 13.

¹⁴²⁵ MIR PUIG, *DP, PE*, op. cit., p. 355.

tipo del respectivo delito admita la comisión dolosa eventual, cabrá también la tentativa con esta forma de imputación subjetiva¹⁴²⁶. Por su parte, Farré Trepas, junto con aceptar la posibilidad de concebir que la tentativa pueda ser llevada a cabo con dolo eventual, sostiene que la punición de la tentativa no dependerá, ni se verá condicionada en un principio, por el hecho de que la misma sea realizada con dolo directo de primer grado, de segundo grado o eventual, sino de la peligrosidad *ex ante* que la misma crea para el bien jurídico¹⁴²⁷.

Me parece que ello es correcto, toda vez que del análisis del texto del art. 16 del CPes, en relación con el art. 147 del mismo cuerpo legal, no se desprende ninguna restricción que permita sostener la concurrencia de la tentativa únicamente en los casos en los cuales concurra la imputación subjetiva a título de dolo directo, ya que la expresión “actos que objetivamente *deberían* producir el resultado”, indica únicamente la idea de que de concretarse el peligro ínsito en la conducta típica, lo más probable es que acaezca el resultado, con lo cual no se está haciendo referencia alguna al tipo de imputación objetiva que ha de concurrir en la tentativa¹⁴²⁸.

9.4. El tipo imprudente

El delito imprudente tiene mucha importancia en las transmisiones de esta clase de enfermedades que se producen en el ámbito médico, en actividades tales como el de las transfusiones de sangre contaminada con el virus del VIH o del uso de material quirúrgico contaminado sin esterilizar, etc.

Sin embargo, nos encontraremos con diversos problemas en la atribución de la responsabilidad penal, ya que como prueba de seguridad jurídica, el tipo imprudente requiere para su concurrencia, en los delitos de lesiones, de la efectiva concurrencia de un resultado lesivo¹⁴²⁹, por lo tanto, no existe tentativa de delito imprudente de lesiones y, según ya vimos, que en esta clase de delitos resulta difícil probar la relación o vínculo de causalidad entre el contagio de la enfermedad o resultado causal y la conducta imprudente consistente en la infracción de una norma de cuidado, creadora del riesgo típicamente relevante.

En cuanto a la transmisión del VIH a través de contactos sexuales, la infracción de la norma de cuidado, pareciera derivar del desconocimiento de la enfermedad por parte del sujeto activo, sin embargo, dicha información se obtiene a través del respectivo test, cuya práctica es voluntaria, razón por la cual, resulta del todo discutible que la omisión en la práctica de dicho test, pueda fundar la infracción de la norma de cuidado que de lugar al tipo imprudente¹⁴³⁰.

9.5. Título de castigo

Si bien existe acuerdo en que estas conductas se encuentran tipificadas en el actual CPes, cuando concurren todos y cada uno de los requisitos, tanto del tipo objetivo como del subjetivo, no existe igualdad de pareceres respecto de cuál ha de ser el título

¹⁴²⁶ MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, op. cit., p. 416.

¹⁴²⁷ FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, Editorial Bosch, Barcelona, 1986, pp. 93-95.

¹⁴²⁸ LUZÓN PEÑA, “Problemas de la transmisión y prevención del Sida en el DP español”, op. cit., p.

14.

¹⁴²⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 294 y ss.

¹⁴³⁰ SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., pp. 55-56.

de castigo¹⁴³¹. En efecto, Silva Sánchez considera que hay siempre imputación objetiva de la muerte causada a título de tentativa de homicidio, pero en la transmisión del VIH existiría una disminución del injusto del hecho, por menor desvalor de la acción, ya que con el contagio de VIH concurriría un menor peligro y un resultado no tan grave consistente en el acortamiento de la vida y no la causación inmediata de la muerte y a su juicio, lo anterior debería traducirse en una atenuación de la pena del delito de homicidio doloso o imprudente¹⁴³².

Aun cuando Luzón Peña considera adecuada dicha atenuación, se muestra dudoso en cuanto a la calificación jurídica de la conducta a título de homicidio propuesta por Silva Sánchez, por considerar que acortar la vida no tiene el significado de la acción de matar¹⁴³³. Este último autor sostiene, en cambio, la posibilidad de imputar la conducta a título de lesiones, aun cuando advierte que también podría plantearse la posibilidad de que los síntomas de la enfermedad pudieran aparecer con bastante posterioridad al contagio, sin embargo, aclara que en este caso, la relación con el riesgo inicial es más evidente, a diferencia de lo que ocurre en el caso del homicidio y además, la sola infección, aun cuando la enfermedad no se desarrolle, menoscaba el estado de salud y la sanidad del sujeto, tanto a nivel físico como a nivel psíquico, debido a la necesidad de asistencia y cuidados sanitarios que genera¹⁴³⁴. No obstante lo anterior, tampoco especifica este autor cuál de los tipos de lesiones vigentes en el año 1991, debía subsumir la conducta incriminada.

Por la opción de admitir la aplicabilidad del delito de lesiones o de homicidio si se produce la muerte, se pronuncia García García, haciendo depender la calificación de la concurrencia de dolo o imprudencia¹⁴³⁵.

Por otra parte, Díez Ripollés niega la posibilidad de sancionar la conducta comentada a título de homicidio¹⁴³⁶, argumentando que no concurre el requisito de la *imputación objetiva* entre la conducta que transmitió el virus y la posterior muerte del afectado, por cuanto la acción realizada da lugar a una enfermedad que origina un acortamiento de la vida y no a la muerte, la que se produce no a consecuencia directa del SIDA, sino de otras enfermedades que inciden sobre el organismo que ha ido perdiendo su capacidad para reaccionar frente a determinadas agresiones infecciosas o cancerígenas, llamadas enfermedades oportunistas, razón por la cual, el resultado de muerte no aparece como la realización de la conducta prohibida por la norma de homicidio^{1437/1438}, ni en grado consumado ni mucho menos en grado tentado, ya que si

¹⁴³¹ En Austria en cambio, las conductas que comportan peligro de propagación del SIDA son sancionadas en base a delitos especiales de peligro abstracto, consistentes en la puesta en *peligro dolosa o imprudente de personas a través de enfermedades contagiosas*, contempladas en los §§ 178, 179 del CP austriaco (BURGSTALLER, “Sida y DP. La situación en Austria”, en *Problemas jurídico-penales del Sida*, Publicaciones del Instituto de Criminología, U. de Barcelona, Editorial Bosch, Barcelona, 1991, p. 159).

¹⁴³² SILVA SÁNCHEZ, citado por LUZÓN PEÑA, en *Problemas de la transmisión y prevención del Sida en el DP español*, PJ, op. cit., p. 92.

¹⁴³³ LUZÓN PEÑA, “Problemas de la transmisión y prevención del Sida en el DP español”, op. cit., p. 92.

¹⁴³⁴ LUZÓN PEÑA, “Problemas de la transmisión y prevención del Sida en el DP español”, op. cit., p. 92-93.

¹⁴³⁵ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 37.

¹⁴³⁶ Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 58-60.

¹⁴³⁷ En este sentido se pronuncia también ÁLVAREZ GARCÍA (DIR.), *DP español*, PE, op. cit., p. 166.

¹⁴³⁸ Coincidiendo con este punto de vista, Bacigalupo señala: “se afirma, el médico que infecta al paciente con el virus del sida en una transfusión de sangre, responderá de la muerte de éste aunque ésta se produzca *seis meses o doce años después*. Sin embargo, se sostiene que *prácticamente* esta responsabilidad no se podrá efectivizar porque, por regla, la sentencia condenando por el primero de los

la norma no ha querido extenderse al castigo de la consumación, difícilmente podrá pertenecer a su ámbito de protección la persecución de las formas imperfectas¹⁴³⁹. Por el contrario, afirma que resulta perfectamente incardinable la conducta en las figuras de lesiones corporales y específicamente en el tipo agravado del art. 149 del CPes (lesiones cualificadas), el cual contiene, entre ciertos menoscabos diferenciados, el de una grave enfermedad somática, lo que se corresponde con la infección del VIH, desde el mismo momento de la adquisición de la cualidad de seropositivo, que trae como consecuencia, además del acortamiento de la vida, importantes repercusiones sobre la calidad de la misma¹⁴⁴⁰.

A la misma conclusión llega Queralt Jiménez, quien sostiene que el síndrome de inmunodeficiencia adquirida es un ejemplo paradigmático de proceso infeccioso, hoy por hoy, incurable e impredecible, razón por la cual debe castigarse por el art. 149 y no por homicidio, pues la muerte no se produce de forma inmediata o quasi inmediata¹⁴⁴¹.

Por su parte, Tamarit Sumalla¹⁴⁴² plantea que la redacción del art. 147 (tipo básico de lesiones) permite, acoger una concepción amplia de enfermedad, entendida como cualquier alteración, más o menos grave, en la salud de las personas, y cita la sentencia del TS de 18 de noviembre de 1991, en la que se confirma la condena a diversos responsables de la realización de transfusiones de sangre infectada por el virus del VIH, acudiendo a una concepción amplia de enfermedad, considerando como tal el hecho de ser portador de anticuerpos, sin necesidad del posterior desarrollo de la misma, ya que la infección provoca alteraciones en la salud del individuo, tales como la limitación de la capacidad de procreación o las crisis depresivas o de ansiedad asociadas a la enfermedad¹⁴⁴³. Así las cosas, pareciera que este autor se decide por la opción de subsumir esta clase de conductas en el tipo básico del art. 147.1 y no como lesiones cualificadas.

En este sentido se pronuncia, además, Moretón Toquero, quien incluye dentro del análisis de los medios violentos para cometer lesiones, a las transfusiones de sangre infectada con el consiguiente contagio de enfermedades, en especial el VIH y agrega que basta que la víctima se convierta en portadora de la enfermedad o seropositiva, sin que sea necesario que se desarrolle la enfermedad, lo cual desprende de la misma sentencia citada por Tamarit Sumalla¹⁴⁴⁴.

Como se aprecia, no existe claridad respecto de cuál ha de ser la norma a aplicar en caso de transmisión dolosa o imprudente del virus del VIH, sin embargo, a mi juicio, de la sola lectura del tipo penal, fluye que es descartable la opinión que opta por encuadrar estos casos en el delito de homicidio, por cuanto la expresión “El que matare a otro...” no es asimilable a la expresión “el que acortare la vida de otro”, ya que de lo contrario, tendríamos que llegar a la conclusión de que cada vez que una lesión traiga como consecuencia el acortamiento de la vida, pudiera ser catalogada como tentativa de

resultados habrá adquirido fuerza de cosa juzgada. *Lo correcto es excluir la imputación* en los casos de consecuencias tardías del hecho cuando éstas no sean percibidas como parte del conflicto social generado por la primera lesión y, consecuentemente, no conmuevan la confianza en la norma que prohíbe el segundo resultado. Ello no debe excluir, sin embargo, la consideración en la individualización de la pena de las consecuencias futuras posibles que tendrá la lesión. La solución es, de todos modos, discutible” (BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 283).

¹⁴³⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 60-61.

¹⁴⁴⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 59-105.

¹⁴⁴¹ QUERALT JIMÉNEZ, *DP español*, op. cit., pp. 126-127.

¹⁴⁴² TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 106.

¹⁴⁴³ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 106.

¹⁴⁴⁴ MORETÓN TOQUERO, *Los delitos de lesiones*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, pp. 11-12.

homicidio u homicidio según sea el caso, lo cual escapa al ámbito de protección de la norma que regula el tipo de homicidio y no parece haber sido este el ánimo del legislador, caso en el cual lo habría dicho expresamente. Además, esta solución implica extender peligrosamente la interpretación del tipo penal fuera de los límites aceptables. Por otro lado, debe tenerse en consideración que en no pocos casos, el sujeto que es dolosa o imprudentemente infectado no desarrolla la enfermedad, pese a estar contagiado, debiendo en todo caso permanecer sujeto a controles médicos y a ciertas medidas que eviten que transmita el VIH a otras personas no infectadas. Por lo tanto, ni siquiera se puede afirmar a ciencia cierta que el contagio del VIH traiga necesaria e indefectiblemente como consecuencia, el acortamiento de la vida, con lo cual se desvanece el título de castigo por el delito de homicidio.

A lo anterior deben agregarse los problemas procesales que esta opción trae consigo. En efecto, dependiendo de una infinidad de factores tales como la condición de salud del infectado, las condiciones de higiene, de alimentación, los cuidados y tratamientos médicos a los cuales pueda acceder, etc., el SIDA no necesariamente se traduce en una enfermedad mortal. De hecho, actualmente la mortalidad por esta enfermedad está muy por debajo del cáncer, los accidentes de tráfico rodado o el suicidio, siendo comparable, estadísticamente, a las muertes por causa de la diabetes. Por otra parte, la esperanza de vida de un enfermo de SIDA hoy en día, en el mejor de los casos, es de sólo cinco años menos que una persona completamente sana. Por lo tanto, atendiendo a estos datos, no podemos ya hablar del SIDA como una enfermedad mortal, sino como una enfermedad crónica. De esta manera, ¿tendríamos que esperar a ver en qué forma se desarrolla la enfermedad de la víctima para determinar el título de castigo? Creo que en honor a la seguridad jurídica, la respuesta debe ser negativa. Por lo demás, el grado de alejamiento entre la conducta y el incierto resultado permiten controvertir la imputación objetiva del último al primero.

Ahora bien, centrando el análisis en el delito de lesiones, hay que considerar que aun en el mejor de los escenarios, es decir, en aquellos casos en que el infectado no desarrolla la enfermedad, el sujeto quedará de por vida sujeto a tratamientos médicos y a la necesidad de adoptar las medidas del caso para no contagiar a terceros no infectados. En el resto de los casos, la gravedad de dicha enfermedad es evidente, razón por la cual me inclino a pensar que la transmisión dolosa o imprudente del VIH debe ser subsumida en el tipo penal del art. 149 del CPes, como una lesión grave.

9.6. El VIH/Sida y la situación carcelaria

La pena privativa de la libertad solo limita los derechos del recluso contenidos en la sentencia, sin embargo, en muchos casos en los centros de reclusión, la condena a una pena de privación de la libertad puede conllevar serios riesgos para la salud del penado, ya que el riesgo de transmisión del VIH en prisión es mucho mayor que fuera de ella, por la concurrencia de varios factores de riesgo, entre los cuales podemos señalar por ejemplo, el consumo de drogas por vía parenteral y el tráfico clandestino con las mismas en un nivel considerable, prácticas homosexuales consentidas o, incluso forzadas, sobre todo vía anal, favorecidas por la situación de aislamiento, el hacinamiento, la pérdida de la intimidad, la promiscuidad y la falta de higiene, lo cual facilita la posibilidad de pinchazos o cortes con objetos de uso íntimo previamente contaminados, además, el nivel socio-cultural de buena parte de los reclusos, desemboca en un desconocimiento menor al medio en cuanto al origen, formas de contagio, alcance

de la enfermedad y medios de prevención¹⁴⁴⁵. Por último, el clima conflictivo al interior de los centros, propicia los enfrentamientos, las riñas y las agresiones con la consiguiente producción de heridas cortantes y sangrantes¹⁴⁴⁶.

Al respecto podemos distinguir dos clases de posibles responsabilidades penales. Una directa, correspondiente al interno infectado que transmite la enfermedad del VIH y la responsabilidad comisiva y omisiva que puede corresponder a los miembros de la Administración Penitenciaria. Es a esta segunda clase de responsabilidad penal a la cual dedicaremos las palabras que siguen.

En virtud de la obligación de velar por la salud e higiene del establecimiento penitenciario, para evitar la propagación de enfermedades y de la obligación de evitar que en la prisión se cometan delitos por y contra internos¹⁴⁴⁷, podemos señalar que incurre en responsabilidad *comisiva* el funcionario de la administración penitenciaria que favorece imprudente o dolosamente, mediante un comportamiento activo, el contagio del VIH, por ejemplo, obligando a compartir la celda a un interno sano con un interno homosexual activo y contagiado con tal enfermedad o bien a un interno drogodependiente no infectado, con otro interno drogadicto infectado por el virus del VIH y es posible atribuir responsabilidad *omisiva* (comisión por omisión) al funcionario de la administración penitenciaria que no evita la transmisión del VIH, en situaciones tales como actos de agresión entre internos y, en particular, agresiones sexuales; actos de consumo de drogas por vía parenteral; o la provocación de lesiones, sobre todo con objetos que pudieran estar infectados, etc., pudiendo y debiendo hacerlo, a través de actos situados en la esfera de sus competencias, tales como la separación o concentración de reclusos seropositivos, la adopción de campañas de entrega de preservativos, práctica voluntaria de test, los cuales debe realizar en virtud de la posición de garante en la que se encuentra respecto de la protección de la salud de los internos no contaminados¹⁴⁴⁸. Lo anterior se justifica en el hecho de que en la cárcel se ven menguadas las facultades del interno de autoconfiguración de su vida y de autoprotección, razón por la cual la no realización de actos posibles y exigibles por parte del funcionario penitenciario, que habrían conseguido evitar el resultado con una alta probabilidad, permite atribuirle el resultado lesivo consistente en la transmisión de la enfermedad¹⁴⁴⁹.

9.6.1. Colisión de deberes

El cumplimiento del deber de garante y de actividad consistente en llevar a cabo determinadas conductas tendientes a proteger la salud de los internos no infectados, que

¹⁴⁴⁵ SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., pp. 65-66; LUZÓN PEÑA, “El funcionario de prisiones ante el Sida: derechos y deberes”, en VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Andalucía, 1991, pp. 89-90 y SILVA SÁNCHEZ, “El Sida en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal”, en *Problemas jurídico-penales del Sida*, Publicaciones del Instituto de Criminología, U. de Barcelona, Editorial Bosch, Barcelona, 1991, pp. 101-103.

¹⁴⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, “El Sida en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal”, op. cit., pp. 101-103.

¹⁴⁴⁷ LUZÓN PEÑA, “El funcionario de prisiones ante el Sida: derechos y deberes”, op. cit., p. 90.

¹⁴⁴⁸ LUZÓN PEÑA, “El funcionario de prisiones ante el Sida: derechos y deberes”, op. cit., pp. 90-92 y SILVA SÁNCHEZ, “El Sida en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal”, op. cit., pp. 104-107.

¹⁴⁴⁹ LUZÓN PEÑA, “El funcionario de prisiones ante el Sida: derechos y deberes”, op. cit., pp. 90-92 y SILVA SÁNCHEZ, “El Sida en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal”, op. cit., pp. 104-107.

pesa sobre los hombros del funcionario penitenciario, puede entrar en conflicto con el deber de omisión, respecto de la obligación de los funcionarios en orden a respetar el derecho a la intimidad de los internos y a la no discriminación, en particular de los infectados por el virus del VIH.

En el caso concreto, dicho conflicto de deberes no puede resolverse únicamente considerando el daño efectivo que causa la medida que se pretende aplicar al recluso infectado en comparación con el beneficio concreto que pueden reportar, toda vez que con dicho criterio economicista (*regla de los costes y beneficios*), podrían llegar a justificarse medidas extremadamente limitadoras de los derechos fundamentales de los internos y, por lo tanto, dichas medidas no pueden vulnerar los principios generales que inspiran el Estado Social y Democrático de Derecho, razón por la cual, cualquier medida que se adopte, debe justificarse en base a los principios de necesidad, de subsidiariedad (inexistencia de una vía menos grave que permita alcanzar el mismo objetivo) de proporcionalidad (mayor beneficio que daño y adecuación de la medida al fin perseguido) y de adecuación de medio a fin (no vulneración de ningún principio garantístico básico del Ordenamiento)¹⁴⁵⁰.

La primera medida en orden a proteger la salud de los internos no infectados, corresponde a la determinación de la población penal infectada con el virus del VIH/SIDA y el medio apto para tal efecto, es el test de detección de dicho virus, sin embargo, dicho test no es obligatorio¹⁴⁵¹ y, por lo tanto, debería comenzarse por realizar campañas sanitarias explicativas de qué es el Virus del VIH/SIDA, cuáles son los vías de contagio y las consecuencias de la enfermedad, a fin de incentivar a la población penal en general y, en particular a aquellos que se encuentran más expuestos a contraer el virus por llevar a cabo conductas que involucran un mayor riesgo de contagio (drogodependientes, población homosexual, etc.) a realizarse voluntariamente el test antes aludido, luego, es posible que una parte de la población penal se niegue a la práctica del test, razón por la cual surge la duda acerca de si puede o no ser realizado coactivamente, es decir, pese a la negativa del interno, lo cual evidentemente involucra la práctica de una actividad médica sin el consentimiento del paciente y, sin que dicha conducta, se encuentre destinada a mejorar su salud individual, razón por la cual, constituye un delito de lesiones, además del ilícito derivado de la afectación de la libertad del paciente¹⁴⁵². Por lo tanto, estando en presencia de una conducta típica, habrá que determinar si la actuación del funcionario penitenciario se encuentra o no justificada por haber sido llevada a cabo, en el contexto de una colisión de deberes, constitutiva de una causal de estado de necesidad justificante¹⁴⁵³. A ello podría objetarse que el peligro concreto para el bien jurídico penalmente tutelado (la salud de los internos no contagiados) sólo podrá ser determinado una vez que se conozcan los resultados del test, cabiendo siempre la posibilidad de que estos sean negativos, razón por la cual no cabría hablar de estado de necesidad, pero a ello, Silva Sánchez replica que si se espera a que se produzca una situación de peligro concreto, la medida podría no tener ya ninguna utilidad y, en base a los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y adecuación de medio a fin sería razonable aplicar dicho test no solo a quienes consientan en él, sino

¹⁴⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, “El Sida en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal”, op. cit., p. 111.

¹⁴⁵¹ En Austria, en general se reconoce el principio de voluntariedad de las pruebas de VIH y, por lo tanto, no se hace uso del párrafo 69 de la ley austriaca de ejecución penitenciaria, según el cual pueden practicarse también coactivamente en caso de “absoluta necesidad” reconocimientos médicos adecuados y que no sean peligrosos para la vida (BURGSTALLER, “Sida y DP. La situación en Austria”, op. cit., p. 167).

¹⁴⁵² SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., p. 69.

¹⁴⁵³ SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., p. 69.

además a quienes respecto de los cuales se tenga conocimiento o sospecha de que pueden haber realizado comportamientos de alto riesgo¹⁴⁵⁴, los cuales, según él, pueden incluso corresponder a todos los penados del centro penitenciario, aun cuando los resultados del test, deberían luego contar con un manejo confidencial, salvo la denuncia de los resultados positivos al director del centro penitenciario y a las personas que hayan de convivir más estrechamente con el infectado (familiares próximos, personas que accedan a visitas íntimas, personal médico y penitenciario que tengan contacto estrecho con éste, etc.) y que, por ello, se encuentren más expuestos a riesgos de infección¹⁴⁵⁵. Una vez conocidos los resultados, los sujetos contagiados deberían ser separados del resto de la población penal^{1456/1457/1458}. Tales conductas serían obligatorias para el funcionario penitenciario y si éste no las lleva a cabo, debería, según Silva Sánchez, responder por comisión por omisión si se produce el resultado lesivo¹⁴⁵⁹.

10. Las enfermedades de transmisión sexual en la legislación penal chilena

En Chile, y sin perjuicio de las medidas de política sanitaria oficial que las autoridades competentes han adoptado, el tema no está para nada claro en la doctrina, sobre todo en lo que dice relación con el contagio de enfermedades de transmisión sexual tales como el VIH, que dada su gravedad, pudieran ser constitutivas de lesiones graves por el tiempo que duran en sanar.

¹⁴⁵⁴ En este sentido, se pronuncia LUZÓN PEÑA, “El funcionario de prisiones ante el Sida: derechos y deberes”, op. cit., p. 95.

¹⁴⁵⁵ En Austria, en las instituciones penitenciarias, *no se reconocen límites generales a la obligación de guardar secreto* en relación con una infección del virus VIH. Según opinión del Ministerio de Justicia, los médicos de las instituciones, que tengan conocimiento de que un preso está infectado por el virus del SIDA, no están en general obligados a comunicar esta circunstancia al director del centro, sin el consentimiento del afectado y no se discute el hecho de que la revelación de una infección del virus VIH de un preso está permitida y es deseable en la medida en que, por las circunstancias del caso particular, sea *concretamente necesaria* para la protección de los demás presos y del personal penitenciario (BURGSTALLER, “Sida y DP. La situación en Austria”, op. cit., pp. 167-168).

¹⁴⁵⁶ De acuerdo con esta opinión, se manifiesta LUZÓN PEÑA, “El funcionario de prisiones ante el Sida: derechos y deberes”, op. cit., p. 92-93.

¹⁴⁵⁷ Schünemann señala que en Alemania se han introducido por doquier programas de test se han realizado para la gran mayoría de reclusos, y en la mayoría de establecimientos penitenciarios los reclusos están informados de quienes de ellos son VIH-positivos y quienes no, lo cual ha motivado protestas de los encargados de la custodia de datos, pues ni siquiera la práctica formal de transmisión de información se halla en plena consonancia con el Derecho vigente. Sin embargo, Schünemann sostiene que ha contrario de lo que podría pensarse, resulta sorprendente que en la práctica, la transparencia acerca de la infección de VIH ha propiciado la distensión y la reducción del conflicto de la subcultura carcelaria, que los reclusos con VIH positivo han conseguido así mas solidaridad que discriminación y que el principio moral fundamental derivado de “apertura hacia la solidaridad” al parecer se realiza en el ámbito penitenciario en una medida notable (SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., pp. 67-69).

¹⁴⁵⁸ En Austria, en las instituciones penitenciarias, no se lleva a cabo una incomunicación general de los infectados por el virus VIH. El § 66 párrafo 2 de la ley penitenciaria, que prevé esta medida para los prisioneros afectados por “enfermedades infecciosas”, no se considera aplicable en este contexto. Si el prisionero infectado por el virus VIH es *en concreto* peligroso para la salud de los demás prisioneros o del personal del centro, se tendrá en cuenta comunicándole o aplicándole otras medidas adecuadas dependiendo del estado de avance de la enfermedad pudiendo en la última etapa del SIDA, ser trasladado a un hospital público o bien aplicarse la medida de prisión sustitutiva en casos de supuestos peligrosos para la seguridad de las personas por la clase o el motivo de la acción punible, por la que ha sido condenado el sujeto o por su forma de vida (BURGSTALLER, “Sida y DP. La situación en Austria”, op. cit., pp. 168-169).

¹⁴⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, “El Sida en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal”, op. cit., pp. 112-117.

Como evidencian Marín Vallejo y Taborga Molina, en el Derecho chileno, no existe una figura delictiva concreta que regule el contagio venéreo, sin embargo, hay penalistas que asimilan estas conductas a los delitos de lesiones, más o menos graves, según la duración de la enfermedad que causan¹⁴⁶⁰.

Así, en la práctica coexisten dos posturas: una que señala que el contagio venéreo es atípico y la otra que postula su tipicidad.

10.1. Atipicidad del contagio venéreo

Parte de la doctrina nacional estima que el contagio venéreo es atípico, porque las lesiones serían delitos de forma vinculada que sólo podrían llevarse a cabo hiriendo, golpeando o maltratando de obra a otro¹⁴⁶¹, medios que requieren de violencia o fuerza física aplicada sobre la persona de otro, lo que excluye del ámbito de las lesiones el supuesto fáctico de la acción transmisora de enfermedades sexuales¹⁴⁶². Así, el intento por subsumir el contagio venéreo en las lesiones graves o incluso en las lesiones menos graves, sea que la actividad sexual provoque una mera exposición a peligro de la salud (delito imperfecto), sea que acarree una infección como efectivo resultado dañoso, sería un atentado al principio de legalidad, al implicar una aplicación analógica de los tipos de lesiones a los contagios de Venus¹⁴⁶³.

En cuanto a las hipótesis de *abuso* contenidas en la segunda parte del art. 398, Künsemüller sostiene que la acción debe estar orientada a ocasionar el resultado lesivo a través del prevalimiento, lo que implica desempeñarse no sólo con pleno conocimiento de las particularidades del sujeto pasivo, sino también de la nocividad de la acción y su aptitud para provocar el resultado típico, cuya restricción a la *lesión grave*, refuerza este planteamiento y, por lo tanto, debería rechazarse la admisibilidad de un delito imprudente en estos casos, porque además esta clase de tipos penales requieren, conforme a lo dispuesto en el art. 490 del CPch, que la imprudencia sea temeraria y en consecuencia, considera que los preceptos vigentes no permiten recepcionar cabalmente las acciones transmisoras del VIH/SIDA cometidas con dolo eventual o con imprudencia, que son, a no dudarlo, las de mayor ocurrencia, y por ello, fuente principal de la discusión doctrinaria. Así, interpretaciones en sentido contrario pugnarían con el principio de legalidad¹⁴⁶⁴. Además se argumenta que el contagio de enfermedades venéreas proviene de un acto natural y normal, cual es la cópula, que no está sometido a legislación específica alguna que lo penalice y, por último, se esgrime la dificultad de proporcionar la prueba de la contaminación, cuya carga incumbe al Ministerio Público o al querellante en su caso¹⁴⁶⁵. Así, a juicio de Romo Pizarro, en la investigación del delito, se deberían establecer los siguientes hechos: a) Que el inculpadado o inculpada ha

¹⁴⁶⁰ MARÍN VALLEJO Y TABORGA MOLINA, “Consecuencias de la epidemia del SIDA para el Derecho Civil y Penal”, en *Aportes de la ética y el Derecho al estudio del SIDA*, Washington D.C., 1991, p.260. En el mismo sentido, GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p. 8.

¹⁴⁶¹ GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p. 8. ZAPATA CUÉLLAR, “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., p. 8; ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., p. 128.

¹⁴⁶² GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p. 8.

¹⁴⁶³ GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p. 8.

¹⁴⁶⁴ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “VIH/SIDA y DP”, op. cit., p. 138.

¹⁴⁶⁵ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., p. 257.

tenido relaciones sexuales normales con él o la afectada; b) Que la contaminación sólo puede haberla proporcionado el inculpado; c) Que el inculpado no ignoraba su estado contagioso¹⁴⁶⁶. De no concurrir esta trilogía de circunstancias, donde se detecta el dolo directo o eventual, estaríamos en presencia de un contagio con simple imprudencia; esto, cuando el inculpado, por ignorancia o errada calificación de medios o actos, no sopesa con realidad el riesgo; estaremos ante un contagio denominado “inocente” cuando el enfermo ignora su estado y posibilidad de contagio y en este último caso, encontramos las llamadas contaminaciones extravenéreas, producto de gestiones curativas o quirúrgicas debidas a un médico, odontólogo, nodriza, lactante, pedicuro, manicura (colocación de uñas postizas), que pueden dar lugar a complejas intervenciones judiciales¹⁴⁶⁷. La responsabilidad de terceros en el contagio de enfermedades venéreas queda de manifiesto cuando no se da cumplimiento a las disposiciones legales que rigen estas materias: la falta de denuncia oportuna a la autoridad sanitaria por parte de los facultativos que hayan atendido al enfermo venéreo, como también su falta por laboratorios que no dan cumplimiento a estas notificaciones, y normas técnicas ordenadas por el Ministerio de Salud, y, por último, la omisión cometida por personal sanitario que deba cumplir con labores de sanidad y prevención en los respectivos establecimientos hospitalarios, laboratorios o policlínicas¹⁴⁶⁸. Existirá asimismo responsabilidad del dueño o regente de prostíbulos o casas de tolerancia, destinadas al comercio sexual, por el solo hecho de tener conocimiento de que existen asiladas en el mismo, contagiadas por una enfermedad venérea¹⁴⁶⁹.

La tendencia que postula la atipicidad de las enfermedades venéreas ha prevalecido en la jurisprudencia chilena¹⁴⁷⁰ y así lo demuestran la existencia de dos propuestas de ley, de corte parlamentario, en cuya redacción han intervenido penalistas nacionales, destinadas a castigar acciones de contagio y de lesión material a la salud, si bien son indicativos de un criterio que reconoce en el DP un instrumento necesario para amparar bienes jurídicos fundamentales y de la insuficiencia de los preceptos actualmente vigentes para recoger estas nuevas formas delictivas, se encuentran sin embargo, archivados¹⁴⁷¹.

¹⁴⁶⁶ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 257-258.

¹⁴⁶⁷ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 257-258.

¹⁴⁶⁸ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 257-258.

¹⁴⁶⁹ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., pp. 257-258.

¹⁴⁷⁰ Así Zapata Cuéllar sostiene que “el art. 397 dice *herir, golpear o maltratar de obra*, e incuestionablemente las formas en que se produce la contaminación de estos morbos no coincide con la descripción típica. Así las cosas, cabe concluir que en nuestro Derecho no existe figura criminosa del delito de contagio en general ni tampoco del venéreo o nutricio. En otras palabras, en Chile no hay disposición penal que estatuya un delito que consista en la transmisión de enfermedades sexuales o aquellas que la nodriza puede contagiar al niño y viceversa. De ahí que autores nacionales como Del Río, Labatut, Cousiño Mac-Iver y Mera Figueroa -con nobles finalidades- incurrieran en patentes atentados al principio de legalidad, al encuadrar los resultados que se producen por contagio sexual en algunas de las lesiones de los arts. 397 y 398, según las consecuencias, intento que afortunadamente no ha hallado eco en nuestra jurisprudencia” (ZAPATA CUÉLLAR, “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., pp. 9-10). En el mismo sentido, GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., pp. 8-9.

¹⁴⁷¹ En una de las propuestas se indica que: “en nuestro país crece cada día más el número de personas contagiadas por el VIH, de modo que se requiere tomar medidas que eviten la propagación de la enfermedad en la población, y soluciones específicas a los problemas propios de los grupos infectados, de tipo social, médico y jurídico. Se reconoce la inexistencia de normas que sancionen “el contagio deliberado e irresponsable a personas sanas, como los casos de portadores del VIH que, con conocimiento de su condición de infectados, mantienen relaciones sexuales con personas sanas, lo que deja desprotegida a la población. Por otra parte, se carece también de fuertes sanciones que obliguen a la

No obstante lo anterior, estas no han sido las primeras iniciativas en orden a incriminar el contagio venéreo. En efecto, ya en 1938 Mora Pineda proponía recomendar en el marco del Congreso Latinoamericano de Criminología de Buenos Aires, como medidas de acción en la lucha anti-venérea, las siguientes:

“A. Medios Preventivos: 1.- Denuncia obligatoria por parte de médicos y pacientes a las autoridades sanitarias de los casos de enfermedades venéreas, con indicación de la fuente de infección, si fuere posible, y formación de un registro especial de enfermedades venéreas en estado infecto-contagioso; 2.- Aislamiento y tratamiento obligatorio de los infecto-contagiosos que, o no pudieren por falta de medios económicos procurarse su curación, o no la quisieren por cualquier otro motivo; 3.- Sancionar enérgicamente el expendio, sin receta de médico, de los medicamentos usuales para el tratamiento de las enfermedades venéreas, prohibiendo su venta libre; y 4.- Obligatoriedad del certificado médico prenupcial, sancionando enérgicamente a las autoridades que procedieren a la celebración del matrimonio sin exigirlo, o realizaren la ceremonia cuando éste no fuere satisfactorio. B. Medios Represivos: Incorporar a los Códigos Penales los delitos de contaminación venérea, sea: a) por relación sexual, sea normal o anormal; b) por medios extra-sexuales; c) interviniendo dolo; y d) interviniendo culpa¹⁴⁷²”.

Llama la atención la dureza con la que se propone tratar el problema de las enfermedades de transmisión sexual y que pese a que el tema era, en la época, un problema visible, dicha preocupación no se haya plasmado en una reforma legal.

El primero de los proyectos hoy día archivados, fue elaborado por los diputados Naranjo Ortiz, Tohá González, Smok Ubeda y Kusmicic Calderón, en abril de 1993 y proponía, dos preceptos: Art. 15: “La persona infectada por VIH que a sabiendas y por cualquier medio contagiare a otro o mantenga relaciones, será castigada con la pena de presidio mayor en su grado máximo. La excesiva penalidad sugerida salta a la vista, por cuanto la pena pretendida es superior incluso a la del homicidio simple, aún cuando en el peor de los casos el contagio traerá como consecuencia el acortamiento de la vida, consecuencia que a lo sumo puede encuadrarse en el delito de lesiones, pero nunca en el homicidio, por cuanto éste consiste en quitarle derechamente la vida a otra persona y no en acortársela y, por otro lado, los términos utilizados consistentes en “o mantenga relaciones” son vagos, equívocos, inapropiados y contrarían la exigencia de certeza que exige el *principio de legalidad*¹⁴⁷³. Por último, se identifica penológicamente la producción del contagio con la mera relación carnal peligrosa (entendiendo que a esto último se refiere la objetada fórmula “mantener relaciones”), en circunstancias que tales

observación de las precauciones universales en los procedimientos médicos con todo paciente, a fin de proteger a la comunidad”. El otro proyecto fundamenta que: “En la otra proposición de reforma, sus autores expresan que frente a algunas de las múltiples situaciones conflictivas que derivan del VIH/SIDA, el Derecho está obligado a entregar una respuesta. Reconociendo que la actual legislación penal no permite incriminar la conducta de quien sabiéndose portador del mal, acepta una relación que inevitablemente traerá el contagio, sin advertir de ello a la futura víctima, proponen modificar los arts. 397 y 398 del CP, como manera de que no resten impunes hechos como el citado a título de ejemplo, que según señalan, han llegado ya a conocimiento de los tribunales (homosexual contagiado que, con plena conciencia de su mal, mantuvo relaciones homosexuales con varias personas, a quienes no advirtió de su enfermedad, porque según expresara, “no le interesaba”), pero no han podido ser penados, por ausencia de tipicidad. Advierten que no se trata de un mero “afán de penalización” frente a una situación social problemática, sino de una inquietud que comienza a preocupar a muchos y que a nadie puede dejar indiferente”, (KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “VIH/SIDA y DP”, op. cit., pp. 134-135).

¹⁴⁷² MORA PINEDA: “Contribución del DP a la lucha antivenérea”, op. cit., pp. 303-304.

¹⁴⁷³ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “VIH/SIDA y DP”, op. cit., p. 139.

situaciones implican, respectivamente, un impacto muy diferente para el bien jurídico protegido y no pueden ser puestas en un idéntico nivel de penalidad¹⁴⁷⁴.

La siguiente modificación propuesta en el proyecto reza: “*Art. 45: Todo aquel que no esté contemplado en el artículo 15 de este cuerpo legal, que por cualquier medio contagiare a sabiendas a otra persona con el VIH, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a cadena perpetua*”. Es criticable tanto la estructuración de un tipo subsidiario o “por descarte”, como el rigor inexplicable de la sanción propuesta, además la redacción es confusa, en cuanto a su delimitación con la otra norma principal, ya que las únicas diferencias serían la condición personal del sujeto activo, que no puede ser un portador previo y la restricción de la figura a situaciones de lesión concreta a la salud (contagio)¹⁴⁷⁵.

El otro proyecto nacional, redactado por los senadores Soto y Vodanovic, con la asesoría del catedrático español Rivacoba y Rivacoba, perseguía reemplazar los arts. 397 y 398 del CP, por los siguientes: “*Art. 397: El que de cualquier forma o por cualquier medio produjere a otro un daño en su integridad corporal o en su salud física o mental, será castigado como reo de lesiones graves: 1. Se mantienen los mismos términos actuales. 2. Idem número anterior. Cuando las lesiones se produjeran por contagio venéreo, el delito sólo podrá ser perseguido por querrela del perjudicado y quien haya contagiado a otro quedará exento de responsabilidad criminal si hubiere obrado con conocimiento y anuencia de éste*”.

Si bien es criticable la alusión a la integridad corporal, además de la salud física o psíquica, como bienes jurídicos protegidos, por cuanto la primera es un bien instrumental de la salud individual¹⁴⁷⁶, este proyecto tiene como virtud, además del hecho de sancionar el contagio de enfermedades de transmisión sexual, el aspecto positivo de concebir el delito de lesiones graves como un tipo de formulación libre o de medios indeterminados, de manera que dejaría de ponerse el acento en que la conducta sea llevada a cabo únicamente a través de los medios señalados en la ley, pudiendo sancionarse a título de lesiones graves las hipótesis de comisión por omisión y el empleo de medios morales¹⁴⁷⁷. Otro aspecto que cabe destacar, es que en cuanto a la imputación subjetiva, la figura admite el dolo en cualquiera de sus especies e imprudencia¹⁴⁷⁸. Sin embargo, la principal virtud de este proyecto, es a mi juicio el hecho que el consentimiento de la víctima actúe como eximente¹⁴⁷⁹, “en resguardo de la

¹⁴⁷⁴ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “VIH/SIDA y DP”, op. cit., p. 139.

¹⁴⁷⁵ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “VIH/SIDA y DP”, op. cit., p. 139.

¹⁴⁷⁶ Al respecto véase el capítulo III, sobre el bien jurídico protegido en el delito de lesiones.

¹⁴⁷⁷ En este sentido, resalta la iniciativa GUZMÁN DALBORA, para quien dicha propuesta convierte no sólo el delito de lesiones graves en delito de formulación libre, sino también a las lesiones menos graves y a las lesiones leves. Ello por cuanto, este autor sostiene que los términos utilizados por el legislador respecto de las lesiones graves, al individualizar los medios comisivos, esto es, herir, golpear o maltratar, rigen también para los delitos de lesiones menos graves y leves, (GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p. 10).

¹⁴⁷⁸ GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p. 10 y KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “VIH/SIDA y DP”, op. cit., p. 139.

¹⁴⁷⁹ Comentando la propuesta, Guzmán Dalbora refiere: “...entendemos perfectamente que en el proyecto se acuerde al consentimiento del paciente ese efecto desincriminante, siempre y cuando éste sepa, antes de yacer, que su pareja está enferma y que acceda a ello aún bajo la representación de que puede ser objeto de contagio. Si no fuera así, so capa de protegerse su salud, acabaría atentando contra su libertad, comprometería la dignidad humana (en el enfermo, primero, al privarlo el Estado de la posibilidad de acceder a su pareja acaso inveterada, y en el paciente, después, al rehusársele una opción legítima), bien de rango constitucional y base de nuestra sociedad política y civil, y se produciría una insoportable intromisión del Estado en la intimidad afectiva y sexual de los ciudadanos. Repárese en que

libertad individual en orden al ejercicio de la actividad sexual y la intimidad de la pareja humana”¹⁴⁸⁰.

En cuanto al art. 398 el proyecto proponía sustituir el actual por el siguiente: “*Art. 398: El que sabiendo que padece una enfermedad transmisible mediante relación genital y que se encuentra en período en el que pueda efectivamente transmitirla, yaciere con otro, poniendo en peligro su vida o su salud y sin el conocimiento o anuencia de éste, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo*”. Se propone establecer un delito doloso de peligro concreto, lo cual supone la concurrencia de un riesgo eficaz que tiene que acreditarse fehacientemente en el proceso y que dados los términos del proyecto sólo admite comisión dolosa en cualquiera de sus especies¹⁴⁸¹, “con el objeto de corregir la actitud de la ciudadanía en el sentido de contener sus deseos si padece de alguna enfermedad transmisible, obligándola a ponerla en conocimiento de su pareja y esperar su anuencia”¹⁴⁸².

En coherencia con la disponibilidad que se reconoce al bien jurídico salud y con lo prescrito en la propuesta de redacción para el nuevo art. 397, debería haberse incluido también en la fórmula del art. 398, la exigencia del impulso procesal de parte, como supuesto de la persecución penal¹⁴⁸³.

10.2. Tipicidad del contagio venéreo

Los autores que sostienen que cabe un título de imputación en este sentido, discrepan respecto de la norma en que podrían encuadrarse. En efecto, luego de reconocer que el CP no contempló en forma expresa el delito de contagio venéreo, como lo hacen actualmente la generalidad de las legislaciones y, de acuerdo con ellas, los proyectos chilenos, Del Río y Labatut refieren que estos delitos pueden cometerse con dolo o con imprudencia; en el primer caso, se puede actuar no sólo con dolo directo específico, sino también con dolo eventual; es decir, teniendo intención de transmitir el mal o no absteniéndose del acto que produce el contagio, aún cuando se conocen el estado y riesgo que ello implica¹⁴⁸⁴. Agregan que aplicando las disposiciones del párrafo

el bien jurídico aquí tutelado es la salud individual, no la pública. Por supuesto que al Estado chileno le interesa prevenir las secuelas que para la salud pública representa la amenaza y la realidad de estos males contagiosos; pero: ¿se puede, sin salirnos de la órbita de un DP liberal, lograr este objetivo a cualquier precio, con una penetración prepotente en ámbitos en que debe reinar la libertad individual? Es que no debemos permitir que el Derecho tome al enfermo y a su pareja como cosas, como simples medios al servicio de designios que los superan y trascienden, y desconozca su condición de personas, esto es, de seres dotados de dignidad...” (GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., pp. 11-12)

¹⁴⁸⁰ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “VIH/SIDA y DP”, op. cit., p. 139.

¹⁴⁸¹ GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p. 11. En el mismo sentido Romo Pizarro refiere: “Otro punto en discusión en la doctrina es su naturaleza: si este delito debe ser considerado como “delito de lesión o de daño”, consumándose así con el contagio a la víctima; o si, por el contrario, debe ser penalizado como “delito de peligro”, por el solo hecho del riesgo de transmisión del mal a sabiendas, aún y pese a que el acto sexual no transmita la enfermedad. Nos parece más acorde en nuestro ordenamiento esta segunda postura jurídica, la que está más en relación con su naturaleza, por lo que debe ser tipificado este peligro objetivo y futuro que dicho contagio involucra. Encontramos la solución en la creación de un tipo penal específico, que en su estructura contemple en un lenguaje biológico normativo la trasgresión y su contenido, de tal forma que sin coartar el principio de la libertad sexual de cada individuo, dé la protección a la víctima y el resguardo a la comunidad” (ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., p. 257).

¹⁴⁸² KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “VIH/SIDA y DP”, op. cit., p. 139.

¹⁴⁸³ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “VIH/SIDA y DP”, op. cit., p. 140.

¹⁴⁸⁴ ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., p. 256.

de las lesiones, se llega a la conclusión de que estas enfermedades constituirán lesiones graves o menos graves, según sean las consecuencias, porque representan daños causados a la salud de las personas por medios virulentos, que cabrían en la expresión *maltrato de obra* y se traducirían en enfermedades o incapacidades para el trabajo que pueden durar más o menos de treinta días”¹⁴⁸⁵.

Por su parte, Politoff, Matus y Ramírez señalan que quien se sabe portador de una grave enfermedad (VIH), no comunica este hecho a su pareja sexual y no adopta las medidas de precaución médicamente indicadas, *administraría* (con *dolo eventual* o al menos *imprudentemente*) sustancias nocivas que causan una enfermedad a una persona que quizás no habría consentido libremente en caso de conocer dicha enfermedad^{1486/1487}.

Como se aprecia, para estos autores la transmisión de la enfermedad dolosa o imprudente, se enmarcaría en el supuesto descrito en el art. 398 del CPch, que sanciona al que causare a otro alguna lesión grave, ya sea administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu.

Garrido Montt sólo se limita a afirmar que hay opiniones en el sentido de que el art. 398 podría comprender situaciones como el contagio venéreo y enfermedades de características semejantes¹⁴⁸⁸. Los virus transmisibles podrían asimilarse, en su opinión, a las sustancias nocivas y si son suministrados *dolosamente*¹⁴⁸⁹ (sea por contacto sexual, por aspiración, inyección o cualquier sistema análogo) y causan una enfermedad grave, podrían quedar comprendidas en el tipo penal del art. 397 del CP¹⁴⁹⁰. Como se aprecia, el citado autor no se pronuncia derechamente por esta vía, como lo hace respecto de las lesiones menos graves al señalar que: “...De consiguiente, la lesión menos grave puede ser causada en forma o con modalidades distintas, y no sólo por las que se desprenden de los verbos rectores señalados en el art. 397, esto es, “herir, golpear o maltratar de

¹⁴⁸⁵ LABATUT GLENA, *DP, PE*, op. cit., T. I, p. 178. Para los autores como Del Río y Labatut, el contagio de un mal venéreo constituye un verdadero delito de lesiones graves o menos graves, de acuerdo a la figura que contempla el CP; al decir de Del Río, son daños causados a la salud de las personas por medios virulentos, que significan maltrato de obra y se traducen en enfermedades o incapacidades para el trabajo que pueden durar más o menos de 30 días. Para Cousiño, la transmisión dolosa de la sífilis, así como de cualquier otra enfermedad no venérea, como la tuberculosis, la fiebre tifoidea, la escarlatina, etc., debe ser penada como lesión grave (ROMO PIZARRO, *Medicina legal*, op. cit., p.256).

¹⁴⁸⁶ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno*, op. cit., pp. 130 y ss.

¹⁴⁸⁷ En Alemania Schünemann adhiere a una postura parecida al sostener que en la especie es posible aplicar el parágrafo 229 del StGB alemán el cual prescribe que: “1° El que con objeto de dañar la salud de otro, le administrare una sustancia toxica o de otra clase que pueda resultar nociva para la salud, será castigado con una pena privativa de libertad de uno a diez años. 2° Si la acción causare una lesión corporal grave (§ 224) se impondrá una pena privativa de libertad no inferior a cinco años y si produjere la muerte, cadena perpetua o privación de libertad no inferior a diez años”. Al respecto sostiene que este tipo penal se ajusta a la situación de infección de VIH. Sin embargo, resulta curioso que Schünemann rechace la asimilación del contagio doloso del virus del VIH a la tentativa de homicidio, argumentando para ello que tal interpretación desborda el límite del tenor literal (SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., pp. 29 y ss.) y luego para justificar la aplicación del parágrafo 229 acepte por ejemplo, que el semen del sujeto infectado con el virus, sea asimilarse al concepto de sustancia toxica y que la cúpula sexual sea equiparada al mecanismo para administrar la sustancia toxica (SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., pp. 39-40), ideas que por cierto, si que se encuentra fuera de los límites del tenor literal posible de la norma y, por ende, en franca contradicción con el principio de legalidad.

¹⁴⁸⁸ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 161.

¹⁴⁸⁹ Nótese que respecto de contagios de enfermedades de transmisión sexual, a diferencia de los profesores Politoff, Matus y Ramírez, Garrido Montt sólo limita expresamente la sanción penal a título de lesiones menos graves y cometidas dolosamente.

¹⁴⁹⁰ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., pp. T. III, 171-172.

obra. Comprende también a aquellas que consistan en ingerir sustancias nocivas y aún el contagio doloso de enfermedades (contagio venéreo y otros)”¹⁴⁹¹.

Pues bien, creo que asimilar una relación sexual, que como tal nada tiene de delictivo¹⁴⁹², y que constituye una conducta destinada a procura placer, a un medio violento de producción de una lesión, como lo es el maltrato de obra, es forzar el tipo penal a niveles no permitidos por el principio de legalidad, por lo tanto, no me parece adecuada la solución planteada por Labatut y Del Río¹⁴⁹³.

Por otro lado, y en cuanto a la segunda posición (que incluye a los contagios venéreos en la expresión *administrar*), si recurrimos al diccionario de la RAE, veremos que por administrar se entiende suministrar, proporcionar o distribuir algo, o bien, aplicar, dar o hacer tomar un medicamento. Como se ve, conceptos que se encuentra del todo alejados de la transmisión del virus de VIH, a través de una relación sexual.

Del mismo modo, discrepo de la interpretación planteada por Politoff, Matus y Ramírez, por cuanto olvida que el art. 398, al exigir que la conducta de administrar, se realice “*a sabiendas*”, restringe el tipo penal a comportamientos dolosos, quedando excluida la imputación subjetiva a título de imprudencia^{1494/1495}.

Distinta es la solución en la segunda hipótesis del citado art. 398, que es enteramente abierto en lo que respecta a los medios (principalmente morales, pero en caso alguno sólo éstos), por lo que bastarán la causalidad, la imputación objetiva y el tipo subjetivo que en este caso exige el abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu, para poder sancionar la conducta a título de lesiones graves. En tal evento, me parece que la expresión “*abusar*” implica, necesariamente, restringir la imputación subjetiva a título de dolo directo¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹¹ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., pp. T. III, 171-172.

¹⁴⁹² GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p. 8.

¹⁴⁹³ Al respecto, los profesores POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS criticando la posición propuesta inicialmente por el profesor Del Río, refieren que: “Del Río calificó estas hipótesis como “daños causados a la salud de las personas por medios virulentos” que “significan maltrato de obra”. Hay aquí una evidente confusión entre el *efecto* lesivo de la acción microbiana y la forma de penetración en el organismo que no puede ser asimilada sin violentar el texto, a ninguno de los verbos del art. 397, (POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 224).

¹⁴⁹⁴ Al respecto, los profesores POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, (luego de citar la posición propuesta por Quintano Ripollés, quien respecto del antiguo CPes, refería que también las espiroquetas de la sífilis y los gonococos blenorragícos son *sustancias*, con lo que, por la vía de *administrar a sabiendas sustancias nocivas* y realizando una interpretación progresiva de los términos de la ley, cabría incluir el contagio doloso entre los medios idóneos para lesionar), refieren que: “Más dudoso nos resulta, empero, la procedencia para estas situaciones del verbo *administrar*, que sugiere una conducta final y no la de obtener, por ejemplo, satisfacción sexual con el añadido de resignarse a una posible contaminación. Cualquier solución enfática, para un caso tan singular, sería bastante arbitraria. No creemos, con todo, que el sentido de la acción *administrar* consiente modalidades tan excéntricas, si no mediara el dolo directo, caso en el cual la inequívoca dirección de la acción no difiere de cualquier otro medio empleado *para lesionar*” (POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 224).

¹⁴⁹⁵ Así el propio Pacheco refería al respecto que: “Quien creyendo hacer bien a un enfermo le dio una poción que le agravó su mal, podría haber cometido una imprudencia; más no cometió de seguro el delito que vamos aquí examinado. *A sabiendas* dice la ley; y ese modismo, esa expresión adverbial resuelve todas las dudas que pueden ocurrir en ese punto... Sin ánimo de matar, y a sabiendas. Si hubiese lo primero, el ánimo de matar, habría un envenenamiento frustrado; si faltase lo segundo, si se procediese por ignorancia, no existiría el delito” (PACHECO, *El CP. Concordado y comentado*, op. cit., p. 1001).

¹⁴⁹⁶ En el mismo sentido entiende la expresión *abusar*, el profesor Rodríguez Collao, respecto de la hipótesis contemplada en el art. 361 N° 2° y 3° del delito de violación (RODRÍGUEZ COLLAO, *Los delitos sexuales*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 158-159. Una opinión en contrario, que da

Así las cosas, si el contagio doloso de una enfermedad de transmisión sexual, acarrea consecuencias descritas en la ley como lesiones simplemente graves, sólo podrá ser sancionado, a título de lesiones simplemente graves, cuando las mismas se produzcan abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima. En las demás hipótesis, en cambio, a mi juicio sólo cabe sancionar dicha conducta a título de lesiones menos graves, por tratarse éste, de un tipo penal residual o subsidiario que comprende cualquier lesión que no resulte captada por las mutilaciones o a las lesiones graves, sin que ofrezca trascendencia la modalidad o manera como se infirió. De consiguiente, la lesión menos grave puede ser causada en forma o con modalidades distintas, lo que se desprende de la expresión “las lesiones no comprendidas en los artículos anteriores”, y no sólo por las que se desprenden de los verbos rectores señalados en el art. 397, esto es, “herir, golpear o maltratar de obra”. Así, es posible afirmar que el art. 399 comprende también, el contagio doloso o imprudente de enfermedades de transmisión sexual.

No obstante lo anterior, atendiendo al principio de legalidad o de reserva legal que debe imperar en el DP, la ley debe definir la conducta que pretende incriminar, como lo hace la generalidad de las legislaciones¹⁴⁹⁷, a objeto de utilizar su sanción como instrumento disuasivo en la prevención de la enfermedad de transmisión sexual. Por ello es recomendable que la ley contemple de manera expresa el contagio de esta clase de enfermedades y que defina claramente si la conducta debe llevarse a cabo con dolo o si es además admisible la imprudencia, sobre todo si se consideran los problemas relacionados con la dificultad de precisar si existe dolo o solo imprudencia en quien ejecuta el acto, conociendo el estado de su salud y la posibilidad de transmitir la enfermedad¹⁴⁹⁸. Del mismo modo debe estudiarse la posibilidad de establecer un delito de peligro concreto, dadas las dificultades que pueden surgir respecto de la prueba de la causalidad.

11. Las enfermedades de transmisión sexual en el APCPCH

Como se desprende de lo dicho hasta aquí, la idea de tipificar la transmisión dolosa o imprudente de una enfermedad de transmisión sexual, no es nueva en nuestro país.

Entrando derechamente en la actual propuesta inicial del Anteproyecto, debemos señalar que ésta no contemplaba en el tipo calificado, referencia alguna a la transmisión dolosa o imprudente de enfermedades graves o incurables. Así, el art. 86 del anteproyecto sólo se limitaba a corregir determinadas falencias del actual art. 397 del CP, obviando el tema en cuestión. En efecto, el N° 1 del art. 86 del texto original sometido a la discusión del Foro Penal refería: “El responsable del delito de lesiones

cabida a la posibilidad de imputación subjetiva a título de culpa (cuasidelito de lesiones), se encuentra en POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., pp. 224-225.

¹⁴⁹⁷ En tal sentido Guzmán Dalbora señala que: “hace muchas décadas que forman legión los penalistas que piden puesto en los respectivos cuerpos punitivos para un tipo que permita el castigo de la transmisión de enfermedades venéreas. No son escasos los textos que se han hecho eco de este temperamento en el panorama extranjero: basta pensar, en Europa, en los códigos de Noruega (1902), Dinamarca (1930) y Polonia (1932), y en leyes penales especiales (por ejemplo, en Alemania, en la antigua Checoslovaquia, etc.). A la exigencia no son tampoco ajenos ordenamientos más próximos al ambiente de valoraciones en que el chileno, culturalmente hablando, está inserido, como ocurre con el paraguayo, el costarricense, el guatemalteco, el argentino y el brasileño” (GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p. 8).

¹⁴⁹⁸ MARÍN VALLEJO Y TABORGA MOLINA, “Consecuencias de la epidemia del SIDA para el Derecho Civil y Penal”, op. cit., p. 260.

será castigado: 1°. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si a consecuencia de las lesiones queda la víctima demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme”.

Sometido dicho texto a la opinión del Foro Penal, se corrigió a fin de contemplar, las enfermedades aquí aludidas, expresando la propuesta de redacción corregida que:

“Art. 86. El responsable del delito de lesiones será castigado: 1°. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si la víctima queda demente, inútil para el trabajo, impotente, impedida de algún miembro importante, notablemente deforme, o portadora de alguna *enfermedad transmisibile grave e incurable...*”

Sin embargo, por las razones aludidas en los capítulos anteriores, la propuesta inicial sobre el delito de lesiones fue rechazada por el Foro Penal y luego del estudio del Derecho comparado en esta materia, se optó por incorporar otros resultados relevantes y que podrían entenderse excluidos de la regulación actual, tales como la privación de sentidos, órganos y de la facultad del habla, y la *transmisión de enfermedades graves e incurables*.

Así las cosas, me parece que en este punto el APCPCH va en la dirección correcta, al considerar dentro de las lesiones calificadas, la transmisión dolosa o imprudente de enfermedades tan graves como el VIH/SIDA¹⁴⁹⁹. A mi juicio, la solución adoptada por el APCPCH es más adecuada que la española, pues resuelve el problema legislativamente, sin dejar margen a interpretaciones tan dispares como las observadas en la doctrina española¹⁵⁰⁰.

12. Conclusiones

1. Se entiende por *enfermedad* la pérdida o alteración más o menos grave, de la salud física o psíquica de las personas, lo que se traduce en un mal funcionamiento del cuerpo, de sus órganos o de la psiquis del sujeto. Se entiende por *salud* el buen funcionamiento del cuerpo humano, tanto en su aspecto físico como en su dimensión psíquica. El delito de lesiones se consuma tanto con la provocación como por el aumento de un estado de enfermedad ya existente.

2. El concepto legal de lesión del CPes comprende a las enfermedades psicológicas. Así, en el Título III, del Libro II, refiere “De las lesiones”, dejando atrás la fórmula “Lesiones corporales” y el concepto de lesión del art. 147, incluye la afectación de la salud mental, que forma parte de un objeto de protección mayor, consistente en la salud individual.

3. La expresión “por cualquier medio o procedimiento” utilizada en el art. 147 del CPes, pese a sus problemas de redacción, es una fórmula amplia que configura al delito de lesiones como un delito de resultado y de medios abiertos. Implica la necesidad de que el sujeto activo llevé a cabo una conducta *ex ante* idónea para lesionar el bien jurídico

¹⁴⁹⁹ Partidaria de tipificar ésta conducta sólo cuando se lleva a cabo de manera dolosa, se pronuncia GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 35.

¹⁵⁰⁰ Así, el texto del art. 86 del APCPCH, refiere que: “El responsable del delito de lesiones será castigado:

1°. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, impotencia, pérdida o impedimento de algún miembro importante, deformidad notable, o alguna grave enfermedad transmisibile e incurable...”.

de la salud individual, ya sea en su aspecto físico o en su contenido psíquico. Para que concurra el *presupuesto de imputación*, el sujeto activo debe haber creado con su comportamiento un riesgo jurídico-penalmente relevante o no haber controlado un determinado riesgo que estaba obligado a controlar, por encontrarse en el ámbito de su competencia, dada la existencia, en el caso concreto de una especial posición de garante.

4. Hay que diferenciar las lesiones psíquicas que constituyen un delito autónomo, de aquellas que implican un daño colateral de otro delito, normalmente violento (estrés postraumático o depresiones reactivas por delitos violentos, etc.). Algunas decisiones judiciales defienden la tesis de la inherencia y argumentan que tales secuelas son consecuencias extra-típicas ya penadas o consumidas por el delito que las provoca, de manera que no procede la sanción adicional por lesiones. En otras se mantiene la tesis del concurso de delitos. Pareciera ser que los tribunales son más proclives a aceptar la tesis de la inherencia tratándose de lesiones psicológicas, lo que demuestra el menor peso específico que se les atribuye, en comparación a las lesiones físicas. En todo caso, las lesiones psíquicas, para ser constitutivas de delito, deben cumplir con los mismos requisitos que las corporales, es decir, deben objetivamente requerir para su sanidad, de un tratamiento médico.

5. En Chile cabe sancionar a título de lesión las enfermedades psicológicas que no tienen aparejada una manifestación física visible, por cuanto, el adecuado funcionamiento de la psiquis del sujeto es un aspecto sustancial de la salud individual y no hay que olvidar que aun cuando se utilice en el título respectivo la fórmula “lesiones corporales”, el cerebro forma parte del cuerpo humano. Pese a que la doctrina reconoce que las enfermedades psíquicas se encuentran comprendidas en el delito de lesión, pero es raro encontrar sentencias en este sentido y las que existen, establecen como requisito que la afectación de la salud mental sea consecuencia de una agresión física.

7. En Chile, para que una enfermedad psíquica pueda encuadrarse en el tipo de lesiones simplemente graves, debe tener una duración superior a *treinta días*, y la conducta que la desencadena, debe corresponderse con los verbos rectores señalados en el art. 397 es decir, herir, golpear o maltratar de obra (tipo penal de medios cerrados) o en los referidos en el art. 398 del CP, esto es, administrándole, al afectado, a sabiendas, sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu. Si son causadas por otros medios, no pueden encuadrarse en este tipo penal, pudiendo, en todo caso, ser sancionadas a título de lesiones menos graves, por tratarse de un tipo subsidiario y de medios abiertos.

8. Para poder sancionar la enfermedad psíquica a título de lesión, la conducta que le da lugar debe cumplir con los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal. Objetivamente, tratándose de un delito de resultado, la conducta del sujeto activo debe haber generado un riesgo típicamente relevante, es decir, apto para comprometer el bien jurídico de la salud mental del afectado, debiendo materializarse el riesgo creado, en la alteración de la salud psíquica del sujeto pasivo. También, debe concurrir la imputación subjetiva, ya sea a título doloso o imprudente, en el caso del art. 397 y solamente a título doloso en el caso del art. 398 del CPch.

9. Delitos como una violación, involucran por su naturaleza, determinados efectos en la salud psíquica del sujeto pasivo que constituyen una secuela o “daño colateral” inherente al delito de violación, y dada la elevada pena que en Chile el legislador a determinado para esta clase de delitos, es posible sostener que ya han consideradas las consecuencias que del mismo se derivan, y por lo tanto, estaremos en presencia de un concurso de leyes penales resuelto por el principio de absorción o consunción. A mi

juicio, la misma solución es admisible también respecto de las lesiones físicas inherentes a un delito violento como la violación, como lo serían pequeños hematomas o rasguños.

10. El APCPCH utiliza la expresión “*El que lesione a otro*”, configurando el delito de lesiones como un tipo penal de medios abiertos, pudiendo realizarse la conducta por cualquier medio incluida la comisión por omisión. Respecto del resultado, el texto no define que debe entenderse por *lesión*, aspecto que queda entregado a la jurisprudencia y a la doctrina. Sin perjuicio de la trasgresión al principio de determinación que ello significa, la mayoría de la doctrina chilena y española entiende que el bien jurídico protegido por el delito de lesiones es la salud individual, tanto en su consideración física como psíquica y, por lo tanto, las enfermedades mentales no pueden quedar obviadas del concepto de lesión.

11. Un texto legislativo moderno, debería titularse “delitos en contra de la salud individual” y configurar los tipos de lesiones como delitos de medios abiertos. En respeto por el principio de tipicidad, debería definirse qué se entiende por lesión, incluyendo en dicho concepto un menoscabo para la salud física o mental del ser humano.

12. Son enfermedades de transmisión sexual aquellas cuya principal modalidad de contagio es el acto sexual aún cuando pueden transmitirse por contagio indirecto. Son enfermedades de transmisión sexual de trascendencia social: la sífilis, la gonorrea, el linfogranuloma venéreo, el chancro blando, la uretritis no gonocócica; a las cuales se agregó el VIH/SIDA.

13. Si bien la aportación que el DP en la lucha contra la difusión del VIH/SIDA es modesta, existen supuestos de contagios dolosos o imprudentes que afectan sensiblemente a la salud individual, y por lo tanto, se satisface la exigencia de *dañosidad social* que precisa el *principio de lesividad* para la legitimación de la incriminación de la conducta. Además, la sanción criminal lleva aparejada la responsabilidad civil adecuada a múltiples situaciones conflictivas. Sostener lo contrario equivaldría a decir: “Aunque sepas que estás infectado puedes jugar con la salud de los demás sin preocuparte y mantener relaciones sexuales sin protección. No te amenaza ninguna persecución penal”.

14. Hay atipicidad por falta de imputación objetiva del resultado, en casos de autopuestas en peligro, cuando alguien, con conocimiento de que su pareja tiene el VIH, mantiene con él relaciones sexuales sin protección. El contacto sexual es impune si ambos sujetos están informados del riesgo de contagio y son responsables conjuntamente de su actuación. Además es posible argumentar que actuando el sujeto pasivo por su propia cuenta y riesgo, el resultado cae fuera del ámbito de protección de la norma. Por otro lado, si el sujeto pasivo, con pleno conocimiento, acepta libremente correr el riesgo de infección, no se puede afirmar, que es el primer infectado quien tiene el dominio del hecho y, por lo tanto, no puede ser autor de lesiones, toda vez que se limita a cooperar en la causación de una autolesión ajena. Lo mismo sucede si el drogadicto responsable, en condiciones de imputabilidad, consciente de los riesgos, solicita una jeringuilla ya utilizada a un amigo a pesar de que éste le advierte que tiene SIDA y que es posible el contagio.

15. A pesar de que en casos de contactos sexuales en medios en el que la presencia de VIH es elevada y la conducta es claramente peligrosa, como concurrir a las llamadas “habitaciones oscuras”, podría argumentarse que ello implica dolo de ponerse a sí mismo en concreto peligro, ello no puede ser suficiente para estar ante una situación de

atipicidad, toda vez que de lo contrario el mensaje sería: “aun cuando sabes que tienes SIDA, continua prostituyéndote, ninguna amenaza penal te perseguirá”. Además, aun en estos casos peligrosos, se trata de un riesgo estadístico, sólo que más elevado que en otros casos.

16. Comete delito de lesiones la persona que oculta su enfermedad de transmisión sexual para tener relaciones con su pareja no infectada y también el individuo infectado que obliga a su pareja, aún no infectada y que se resiste, a exponerse al virus mediante relaciones sexuales. Del mismo modo, comete delito de lesiones el sujeto que dolosa o imprudentemente, transmite el virus clavando agujas o en la utilización de objetos infectados, como material quirúrgico u odontológico, o a través de transfusiones de sangre infectada con el virus del VIH.

17. Si un sujeto con conciencia de su enfermedad de transmisión sexual decide mantener relaciones con su pareja sin advertirle previamente de la enfermedad de que padece, comete una conducta activa y no pasiva, como opina parte de la doctrina. Transmitir una enfermedad a través de un contagio sexual es una conducta activa y punible, lo que pasa es que el consentimiento va enfocado al tema de si se puede o no eliminar la tipicidad.

18. Cuando no se pueda probar que el contagio se ha producido por uno o varios actos en particular y no por otro medio, faltaría la prueba de la *relación de causalidad* entre la conducta riesgosa y el resultado lesivo consistente en el contagio de la enfermedad. Ello conduce a la impunidad en los casos de imprudencia, ya que en los delitos de resultado la imprudencia sin causación de resultado no es punible. Si hubo dolo en la actuación peligrosa, pero no consta con seguridad que haya sido específicamente la conducta particular la transmisora de la enfermedad, podría haber una tentativa acabada de lesiones.

19. Es posible sancionar la tentativa con dolo eventual, ya que del análisis del art. 16 del CPes, en relación con el art. 147, no se desprende ninguna restricción que permita sostener la concurrencia de la tentativa sólo cuando concorra imputación subjetiva a título de dolo directo. La expresión “actos que objetivamente *deberían* producir el resultado”, indica la idea de que de concretarse el peligro ínsito en la conducta típica, lo más probable es que acaezca el resultado, con lo cual no se está haciendo referencia al tipo de imputación subjetiva que ha de concurrir en la tentativa.

20. *De lege ferenda*, podría tipificarse la conducta como *delito de peligro concreto*, prescindiendo de la prueba del resultado y bastando la tipicidad de la conducta con exigir la realización de una relación sexual, sabiendo o teniendo la clara sospecha de estar infectado por el virus (por ejemplo, porque se ha mantenido relaciones sexuales con prostitutas sin preservativos o porque los síntomas del Sida ya han aparecido), sin comunicarle a su pareja esta situación, privándola de la posibilidad de decidir si presta o no su consentimiento en mantener relaciones sexuales a conciencia del riesgo que ello involucra.

21. En España, si bien existe acuerdo en que estas conductas son típicas, se discute cuál es el título de castigo. El CPes no contiene un tipo específico que regule la transmisión dolosa o imprudente de enfermedades de transmisión sexual. Debe descartarse el delito de homicidio, porque la expresión “El que matare a otro” no es asimilable a “el que acortare la vida de otro”, de lo contrario cada vez que una lesión le acorte la vida a otro, debería catalogarse como tentativa de homicidio, lo que escapa al ámbito de protección de la norma. Además, el infectado no siempre desarrolla la enfermedad pese a ser portador del virus, por lo que no se puede afirmar que el contagio del Sida traiga

necesariamente como consecuencia, el acortamiento de la vida. Además, gracias a los avances de la medicina hoy en día el VIH/SIDA es una enfermedad crónica no mortal. De otro lado, dependiendo de la condición de salud y de higiene del infectado, de alimentación, etc., el tiempo media entre el contagio y la muerte puede traducirse en años, por lo que habría que esperar a ver el desenlace para determinar el título de castigo, lo que no se condice con la seguridad jurídica. Tampoco es posible acreditar la imputación objetiva del resultado, toda vez que la muerte no se produce directamente por el contagio del VIH, toda vez que los efectos del Sida operan sobre el sistema inmunológico el cual se debilita y, por lo tanto, el contagiado no muere de Sida, si no de las llamadas enfermedades oportunistas. A mi juicio, la transmisión dolosa o imprudente del VIH debe ser subsumida en el tipo penal del art. 149 del CPes y no conforme al tipo básico como sostiene parte de la doctrina española, toda vez que aún en aquellos casos en que el infectado no desarrolla la enfermedad, el sujeto quedará de por vida sujeto a tratamientos médicos y a la necesidad de adoptar las medidas del caso para no contagiar a terceros no infectados. En el resto de los casos la gravedad de dicha enfermedad es evidente.

22. En cuanto a la transmisión del VIH/SIDA en la cárceles, podemos decir que incurre en responsabilidad *comisiva* el funcionario de la administración penitenciaria que favorece imprudente o dolosamente, mediante un comportamiento activo, el contagio del VIH, por ejemplo, obligando a compartir la celda a un interno sano con un interno homosexual activo y contagiado con tal enfermedad o bien a un interno drogodependiente no infectado, con otro interno drogadicto infectado por el virus del VIH.

23. Es posible atribuir responsabilidad *omisiva* (comisión por omisión) al funcionario de la administración penitenciaria que no evita la transmisión del VIH, en situaciones tales como actos de agresión entre internos y, en particular, agresiones sexuales; actos de consumo de drogas por vía parenteral; o la provocación de lesiones, sobre todo con objetos que pudieran estar infectados, etc., pudiendo y debiendo hacerlo, a través de actos situados en la esfera de su competencia, tales como la separación o concentración de reclusos seropositivos, la adopción de campañas de entrega de preservativos, práctica voluntaria de test, los cuales debe realizar en virtud de la posición de garante en la que se encuentra respecto de la protección de la salud de los internos no contaminados.

24. El cumplimiento del deber de garante de la autoridad penitenciaria y su actividad tendiente a proteger la salud de los internos no infectados, puede entrar en conflicto con la obligación de respetar el derecho a la intimidad de los internos y a la no discriminación de los infectados por el virus del VIH. Las medidas deben justificarse en base a los principios de necesidad, de subsidiariedad (inexistencia de una vía menos grave que permita alcanzar el mismo objetivo) de proporcionalidad (mayor beneficio que daño y adecuación de la medida al fin perseguido) y de adecuación de medio a fin (no vulneración de ningún principio garantístico básico del Ordenamiento).

25. En Chile no está claro que tratamiento penal debe a la transmisión dolosa o imprudente de enfermedades de transmisión sexual, sobre todo de aquellas que dada su gravedad pudieran ser constitutivas de lesiones graves por el tiempo que duran en sanar. No es posible sostener que cabe éste título de imputación, en virtud de las expresiones “*maltrato de obra*” o “*administrar*” (con *dolo eventual* o al menos *culposamente*) sustancias nocivas, ya que asimilar una relación sexual a un medio violento de producción de una lesión, como lo es el maltrato de obra, es forzar el tipo penal a niveles no permitidos. En cuanto a la expresión *administrar*, ésta significa suministrar, proporcionar o distribuir algo o bien, aplicar, dar o hacer tomar un medicamento, por lo

que el sentido del término se encuentra alejado de la actividad sexual. Del mismo modo, el tipo penal del art. 398, al exigir que la conducta “administrar”, se realice “*a sabiendas*”, restringe el tipo penal a comportamientos dolosos, quedando excluida la imputación subjetiva a título de imprudencia. Distinta es la solución en la segunda hipótesis del citado art. 398, que es abierto en lo que respecta a los medios (principalmente morales, pero en caso alguno sólo éstos), por lo que bastarán la causalidad y su presupuesto psíquico: el abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu. En tal evento sí es admisible el dolo eventual y la imprudencia.

26. Conforme al texto del art. 399 la lesión menos grave puede ser causada en forma o con modalidades distintas, y no sólo por las que se desprenden de los verbos rectores señalados en el art. 397, esto es, “herir, golpear o maltratar de obra”, comprendiendo, por lo tanto, también a aquellas que consistan en ingerir sustancias nocivas y aun el contagio doloso de enfermedades (contagio venéreo y otros).

27. El APCPCH, en su art. 86 contempla acertadamente como tipo agravado, la transmisión dolosa o imprudente de enfermedades graves o incurables como el VIH/SIDA, por cuanto resuelve el problema legislativamente, tipificando la transmisión dolosa o imprudente, de esta clase de enfermedades como lesiones calificadas, sin dejar margen a interpretaciones tan dispares como las observadas en la doctrina española.

Capítulo VI

Excurso: Delimitación entre el tipo base y el tipo privilegiado en Chile

Sumario: 1. Delimitación entre el delito de lesiones menos graves y la falta de lesiones leves.— 2. Importancia de establecer el límite entre las lesiones leves y menos graves.— 3. El tipo penal de lesiones leves ¿es un tipo penal autónomo o subordinado al de lesiones menos graves?.— 4. ¿Concurso de leyes penales?.— 5. ¿Qué naturaleza jurídica tienen los elementos “circunstancias del hecho” y “calidad de las personas”? y ¿Cuál es el contenido de los mismos?.— 5.1. Calidad de las personas.— 5.2. Circunstancias del hecho.— 6. Críticas a la interpretación que la jurisprudencia ha realizado a propósito de las lesiones leves.— 6.1. La interpretación jurisprudencial.— 6.2. ¿Es susceptible de recurso de nulidad la sentencia que no fundamenta la decisión de calificar jurídicamente una lesión como menos grave o leve?.— 6.3. Práctica jurisprudencial tiende a establecer como leves las lesiones en atención al tiempo que éstas demoran en sanar.

1. Delimitación entre el delito de lesiones menos graves y la falta de lesiones leves

En la Sesión N° 82, celebrada el 10 de mayo de 1872, la Comisión Redactora del CP había aprobado el siguiente texto respecto de las lesiones menos graves: “Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes, que produzcan al ofendido inutilidad para el trabajo, por cinco días o más, o necesidad de asistencia de facultativo por igual tiempo, se reputan menos graves...”¹⁵⁰¹. Sin embargo, en la Sesión N° 108, celebrada el 13 de agosto de 1872, y teniendo para ello presente que no siempre el impedimento de cierto número de días es un motivo bastante para calificar la gravedad de las lesiones, se resolvió suprimir del art. que regulaba las lesiones menos graves, las palabras “imposibilitare al ofendido para el trabajo por cinco días o más”, expresando en el N° 1 del art. 479 (hoy 494 del CP), que se castigan como faltas la lesiones leves, entendiéndose por tales “las que en concepto del tribunal no se hallen comprendidas en el art. 356 (hoy art. 399 del CPch), atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho”. En consecuencia, en el CPch, las lesiones se clasifican en tres especies distintas, “graves y menos graves”, penadas como delitos y “leves”, que solamente se reputan faltas, correspondiendo la determinación del límite que separa a éstas de aquéllas al juez, en cada caso especial¹⁵⁰².

Por lo tanto, de acuerdo con la historia de la ley, el límite entre las lesiones menos graves y leves no se establece a partir del menoscabo para el bien jurídico protegido de la salud de la víctima, sino a criterios valorativos, constituidos por la calidad de las personas y las circunstancias del hecho.

Por su parte, la doctrina chilena confirma lo que aquí se ha señalado. Así, para Cousiño Mac-Iver las *lesiones menos graves* son aquellas que no quedan comprendidas entre las señaladas anteriormente (lesiones graves); y las *lesiones leves*, según el N° 5 del art. 494, son las que en concepto del Tribunal no se hallaren comprendidas en el art.

¹⁵⁰¹ RIVACOBRA Y RIVACOBRA, *CP de la República de Chile y actas de las cesiones de la comisión redactora*, Valparaíso, 1974, p. 405.

¹⁵⁰² RIVACOBRA Y RIVACOBRA, *CP de la República de Chile y actas de las cesiones de la comisión redactora*, op. cit., pp. 446-447.

399, atendida la calidad, de las personas y las circunstancias del hecho, agregando que la diferencia que hay entre las últimas dos categorías es muy sutil y queda entregada por entero al criterio del juez¹⁵⁰³.

Etcheberry por su parte, sostiene que las lesiones menos graves consisten en herir, golpear o maltratar de obra a otro, sin que se produzcan resultados constitutivos de lesiones graves y sin que concurran las circunstancias propias de las lesiones leves, para este autor, la figura más simple estaría constituida por las lesiones menos graves, ya que las otras requieren de situaciones de excepción o de circunstancias especiales, para sustraerse del ámbito de las lesiones menos graves¹⁵⁰⁴. Así las cosas, para Etcheberry las lesiones leves, al igual que las graves, están concebidas como una situación que hace excepción a la regla general, que serían las lesiones menos graves¹⁵⁰⁵.

Si esto es así, lo lógico y consecuente sería concluir que una lesión, que desde el punto de vista resultativo no pudiera ser catalogada de grave, sería menos grave, a menos que en concepto del tribunal, no pueda subsumirse en el art. 399, atendida la calidad de las personas y circunstancias del hecho, caso en el cual las lesiones deberían ser catalogadas de leves, salvo que se trate de lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, caso en que deberán ser catalogadas de menos graves, por cuanto así lo prescribe expresamente el texto del art. 494 N° 5 del CP.

Sin embargo, al explicar qué debemos entender por “circunstancias del hecho”, Etcheberry señala que este factor puede aludir a las agravantes que concurran, siempre que no se trate de las referidas en el art. 400 del CP, pues, de concurrir, estaríamos en presencia de lesiones menos graves y agrega que tales circunstancias también pueden referirse a aquellas que evidencian el propósito de injuriar o que hagan la lesión ignominiosa (un bofetón, un bastonazo dado en un lugar público, etc.) y termina refiriendo que este último caso moverá a calificar la lesión de menos grave (a menos que la injuria sea claramente separable y se sancione en forma independiente)¹⁵⁰⁶.

La misma connotación negativa da Etcheberry al elemento “calidad de las personas”, al decir que dicho requisito podrá referirse al vínculo de parentesco que exista entre hechor y víctima, siempre que no sea alguno de los señalados en el art. 390 (parricidio), en que de acuerdo con el art. 400, las lesiones serán siempre menos graves (y con agravante), agregando que también puede referirse a las particulares condiciones de edad, sexo, salud y condición física del hechor y de la víctima¹⁵⁰⁷.

De inmediato surgen dudas acerca de estos planteamientos, pues si es en virtud de las calidades personales, de las agravantes referidas o de las lesiones ignominiosas, que las lesiones debieran ser calificadas como menos graves y no como leves, se podría llegar a concluir la regla inversa a la planteada por Etcheberry, es decir, que las lesiones serían leves, a menos que por las circunstancias del hecho o la calidad de las personas, éstas debiesen ser calificadas como menos graves.

Lo anterior no sólo no se condice con lo expresado previamente por el referido autor, sino que tampoco guarda relación con el texto del art. 494 N° 5, el cual prescribe

¹⁵⁰³ COUSIÑO MAC-IVER, *Manual de medicina legal*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1962, p.158.

¹⁵⁰⁴ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 128.

¹⁵⁰⁵ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 136.

¹⁵⁰⁶ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 137.

¹⁵⁰⁷ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 136-137.

que la lesión (que por el criterio resultativo no es susceptible de ser encuadrada en las lesiones graves) debe ser calificada de menos grave, a menos que en concepto del tribunal, deba subsumirse en el art. 494 N° 5 del CP, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho¹⁵⁰⁸ (considerando, claro está, que las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar no pueden ser calificadas de leves). Ello refuerza el carácter general de las lesiones menos graves, ya que, para que éstas sean calificadas de leves, deben confluír ciertos elementos normativos especiales, que permitan al tribunal estimar que en el hecho concurre un injusto o un juicio de imputación personal menor al requerido para calificar jurídicamente a la lesión como menos grave¹⁵⁰⁹. Además, el hecho de que las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar no pueden ser calificadas de leves, reafirma la conclusión de que el tipo base es el del art. 399 del CP, ya que en estos casos, pese a concurrir factores que disminuyan el injusto del hecho o la reprochabilidad del sujeto, el juez no puede, por norma expresa, desplazar el tipo penal hacia la figura privilegiada de las lesiones leves.

Una interesante SCS, pronunciada el 21 de julio de 1954¹⁵¹⁰, expresa: “que en el considerando cuarto de la sentencia de primera instancia, se tiene en cuenta para incluir el hecho en el art. 399, y no en el art. 494 N° 5, la calidad de funcionario judicial del ofendido y la circunstancia de haberse procedido con desprecio de la dignidad de su cargo”, agregando que: “Aunque este fundamento es equivocado, en cuanto el estudio de los preceptos antes dichos, demuestra que la calidad de las personas y las circunstancias del hecho invocadas, al contrario de lo que el juez estima, son elementos para no encuadrar las lesiones en el art. 399 y para llevarlas al art. 494 N° 5, dicho error no tiene significación y carece de influencia en lo dispositivo del fallo, dado que lo expuesto con anterioridad, demuestra que el delito de autos no necesita del agregado de calidad o circunstancia alguna para que deba clasificarse como la sentencia lo hace”.

Con ello queda absolutamente claro que los elementos valorativos de la *calidad* de las personas y las *circunstancias* del hecho no deben considerarse para los efectos de trasladar las lesiones hacia el tipo de lesiones menos graves, sino, por el contrario, para fundar un menor injusto o un menor juicio de reproche del sujeto activo, que permita calificar jurídicamente a las lesiones como leves.

¹⁵⁰⁸ Así, en el Repertorio de legislación y jurisprudencia chilena, CP y leyes complementarias, p. 217, citando una SCS, de 11 de mayo de 1965, R., T. LXII, 2a parte, sección 4°, p.136, se señala que la regla general respecto de las lesiones que no son graves es que ellas sean menos graves, a menos que el juez las considere leves, por las razones que atañen a las personas o al hecho, pero no al traumatismo sufrido. Todo lo anterior, a menos que se trate de lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, en cuyo caso el tribunal no puede calificar como leves las lesiones menos graves.

¹⁵⁰⁹ Al respecto, Van Weezel refiere que las lesiones son “leves” y, por tanto, se subsumen en el art. 494 N° 5 del CP, cuando concurren dos requisitos, el primero de ellos sólo implícito en el tipo: i) la no imputabilidad de los resultados tipificados en el art. 397 a la conducta del autor (se entiende, acertadamente, que se trata de un elemento negativo del tipo de lesiones leves); ii) la concurrencia en el hecho de tales circunstancias, y en las personas de tales calidades, que en concepto del tribunal fundamenten un injusto menor que el del simple delito establecido en el art. 399 del CP. En consecuencia, las lesiones leves se distinguen, por una parte, de las lesiones del art. 397 en razón de los resultados que en cada caso se pueden imputar a la conducta; y, por otra, se distinguen de las lesiones del art. 399 en razón de la apreciación que el juez realice respecto de la calidad de las personas y las circunstancias del hecho, en cuanto permitan fundamentar un injusto menor” (VAN WEEZEL, “Lesiones leves y lesiones del art. 399 del CP: dos supuestos “menos graves” del delito de lesiones”, documento disponible en internet, página www.publitecsa.cl).

¹⁵¹⁰ Repertorio, T. LI, segunda parte, sección cuarta, p. 107.

Resulta concluyente, en cuanto al carácter general de las lesiones menos graves, que el art. 399 prescriba expresamente que “las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes (lesiones graves) se reputan menos graves...”, y así las cosas, el esfuerzo de Etcheberry por definir el contenido de los elementos “calidad de las personas” y “circunstancias del hecho” no resulta adecuado.

Coincidiendo con lo expuesto, en el sentido de que el límite entre las lesiones menos graves y las leves se estructura de manera valorativa y no resultativa, Van Weezel señala que “sólo en las lesiones del art. 397 del CP, posee relevancia típica positiva la intensidad del resultado imputable (esto es, del menoscabo para la integridad corporal o la salud de la víctima)¹⁵¹¹. En las demás figuras de lesiones, la relevancia típica de la intensidad del resultado, es únicamente negativa, es decir, se requiere que no sea posible imputar a la conducta, alguno de los resultados tipificados en el art. 397, dicho de otra forma: una vez que se deja atrás la posible subsunción del hecho en el tipo de lesiones graves, la subsunción de ese hecho en el tipo del art. 399 o en el tipo del art. 494 N° 5 responde a elementos diversos de la magnitud del resultado imputable al comportamiento, entonces, en dos hechos paralelos, el menoscabo del bien jurídico puede ser cuantitativamente idéntico, y no obstante, uno de ellos calificarse como lesiones menos graves y el otro, como lesiones leves”¹⁵¹².

Del mismo modo, Garrido Montt sostiene que jurídicamente, una lesión leve es una lesión menos grave que, según la valoración del tribunal, corresponde ser tenida como leve y agrega, que el tribunal no es libre para hacer esa valoración, pues debe considerar dos elementos copulativos y ajenos a la naturaleza misma de la lesión, a saber, la calidad de las personas y las circunstancias del hecho¹⁵¹³.

En igual sentido, la SCS¹⁵¹⁴, de 21 de julio de 1954, señaló que: “la ley no precisa el límite entre las lesiones menos graves y las leves: deja al juez la facultad de hacerlo; y la pauta que al efecto le señala, más que un criterio distintivo de una y otra categoría de lesiones, indica requisitos que deben reunirse para que el tribunal sancione como leves, lesiones menos graves”.

Confirmando lo anterior, Politoff, Grisolia y Bustos señalan que en el ámbito de las lesiones, la figura básica, de carácter residual, es la de lesiones menos graves, la cual se diferencia cuantitativamente del tipo penal de lesiones graves, por la intensidad del daño en la salud experimentado por la víctima (tipos calificados) y agregan que la figura privilegiada de lesiones leves, del art. 494 N° 5, a diferencia de lo que ocurre con el tipo penal de lesiones graves, tiene su fundamento en criterios cualitativos diversos, en los cuales prima la valoración subjetiva¹⁵¹⁵. Luego, Politoff, criticando y tildando de absurdo e injusto el sistema legal de diferenciación entre las lesiones leves y menos graves, sostiene que éste es incongruente con el régimen que inspira la clasificación de las lesiones, en el cual lo decisivo debería ser siempre la huella sobre el cuerpo o la salud de la víctima y no como lo hace la ley, al establecer criterios ajenos a la índole de las lesiones, como lo serían la calidad de las personas y las circunstancias del hecho y la misma opinión plantean Politoff, Matus y Ramírez, al referir que desde el punto de vista del CP, parecen no existir diferencias objetivas entre el resultado lesivo de las lesiones

¹⁵¹¹ VAN WEEZEL, “Lesiones leves y lesiones del art. 399 del CP: dos supuestos “menos graves” del delito de lesiones”, op. cit., p. 1.

¹⁵¹² VAN WEEZEL, “Lesiones leves y lesiones del art. 399 del CP: dos supuestos “menos graves” del delito de lesiones”, op. cit., p. 1.

¹⁵¹³ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, T. III, op. cit., p. 173.

¹⁵¹⁴ LABATUT GLENA, *DP, PE*, op. cit., T. II, p. 176.

¹⁵¹⁵ POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 179.

menos graves y las lesiones leves, radicando éstas únicamente en los factores escasamente objetivos constituidos por la calidad de las personas y las circunstancias del hecho¹⁵¹⁶.

Por otro lado, Politoff sostiene que por el avance de la medicina moderna en estos últimos cien años, parece estar completamente fuera de lugar la consideración de leve, que la ley estima posible, de una lesión que produzca no ya 15, sino hasta 30 días de incapacidad o enfermedad, y por otra, la cada vez más común ocurrencia de accidentes con resultados lesivos derivados de la complejidad de la vida moderna, particularmente en el ámbito del tráfico rodado, en donde la práctica llevaría a la impunidad de toda lesión de hasta 30 días, pues no es punible entre nosotros el cuasidelito de falta y es más o menos claro que, tratándose de un accidente de tránsito, el autor no ha podido tomar en cuenta en su actuar la calidad de la víctima, agregando que lo involuntario del hecho parecería suficiente razón para estimar la lesión producida como leve y no como menos grave¹⁵¹⁷.

A continuación, Politoff señala que las dificultades prácticas de aplicar la distinción propuesta por el Código han llevado al propio legislador a dar una regla de distinción legal entre lesiones menos graves y leves en el inciso primero del art. 196 E de la Ley del Tránsito, basada en la objetiva duración del tiempo de curación o incapacidad que producen las lesiones, regla que, limitada en principio al ámbito de los delitos de manejo en estado de ebriedad, es aplicada por los tribunales a toda clase de lesiones, particularmente a las derivadas de los accidentes de tránsito¹⁵¹⁸. Según esta regla, “se reputarán leves” todas las lesiones que produzcan en el ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días¹⁵¹⁹. Termina refiriendo que la práctica lleva a concluir que son menos graves las lesiones que producen enfermedad o incapacidad para el trabajo por un periodo que exceda de siete días^{1520/1521}.

Varios son los comentarios que merecen estos planteamientos. En primer lugar, la afirmación consistente en que la lesión debería ser catalogada como leve y no como menos grave, cuando el autor no ha podido tomar en cuenta en su actuar, la calidad de la víctima o las circunstancias del hecho, resulta contradictoria y errada. Contradictoria, porque en el mismo texto los autores Politoff, Matus y Ramírez sostienen que en el delito de lesiones, las menos graves constituyen la figura básica, siendo las lesiones leves una figura privilegiada¹⁵²². Luego, los mismos autores señalan que las lesiones que no son graves, deberán ser calificadas como menos graves, a menos que concurran los elementos valorativos referidos en el art. 494 N° 5. De esta forma, si en la especie no

¹⁵¹⁶ POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 226. Nota efectuada a la sentencia contenida en la RCP., T. XXVIII, año 1969, p. 82.

¹⁵¹⁷ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 112.

¹⁵¹⁸ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 113.

¹⁵¹⁹ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 113.

¹⁵²⁰ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 113.

¹⁵²¹ Lo anterior, además de discutible, me parece que obedece a un intento por establecer por la vía doctrinaria el criterio seguido y defendido por Pacheco respecto del antiguo CPes, el cual refería en su art. 345 que “Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes, que produzcan al ofendido inutilidad para el trabajo por cinco días o más, o la necesidad de la asistencia por facultativo por igual tiempo...”; por su parte, el art. 470 del mismo cuerpo legal señalaba que: “serán castigados ..., 5° Los que causaren lesión que impida al ofendido trabajar por cuatro días a lo menos o haga indispensable la asistencia del facultativo por el mismo tiempo” (PACHECO, *El CP, concordado y comentado*, op. cit., pp. 1002-1340). Como se ve, claramente el antiguo CPes sigue el mismo criterio para distinguir a las lesiones simplemente graves de las menos graves y para diferenciar a éstas de las faltas de lesiones, esto es, el tiempo en que las lesiones tardan en sanar.

¹⁵²² POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 107.

concurrir antecedentes respecto de la calidad de las personas o de las circunstancias del hecho, que permitan fundamentar un menor juicio de reproche o un menor injusto, la lesión debe ser calificada de menos grave y no de leve, como sostienen estos profesores en el ejemplo del accidente de tránsito¹⁵²³.

A mi juicio, un aspecto positivo de la legislación vigente es, precisamente, que el hecho de que el legislador no haya acudido al establecimiento de un límite mínimo de tiempo en que las lesiones tardan en sanar, para diferenciar a las lesiones menos graves de las leves, toda vez que ello permite que puedan sancionarse como delitos y no como faltas, lesiones que hayan demorado poco tiempo en sanar¹⁵²⁴, cuando en la especie, de la conducta del sujeto activo, resulten afectadas regiones del cuerpo, o concurren medios u otra circunstancia análoga que las haga intrínsecamente peligrosas, a pesar del escaso resultado lesivo.

En segundo lugar, no se puede olvidar que la regla establecida en el inciso primero del art. 196 E de la Ley del Tránsito -en virtud de la cual se reputarán leves, para estos efectos, todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días-, es una regla especial que sólo rige en el ámbito de los accidentes del tránsito.

Además, del análisis de la jurisprudencia, sobre todo de aquella emanada del máximo tribunal, no es posible concluir que la regla de los días en que las lesiones tardan en sanar sea aplicada por los tribunales a toda clase de lesiones. De hecho, la casi totalidad de los recursos de casación en el fondo fundados, precisamente, en el tiempo que las lesiones duran en sanar, han sido sistemáticamente rechazados por la CS, en razón de que la diferenciación entre las lesiones menos graves y leves se realiza a partir de consideraciones valorativas que escapan al ámbito de lo acreditable en el terreno fáctico.

Confirma la idea de que la delimitación entre las lesiones menos graves y las leves no se encuentra establecida de manera resultativa, la SCS, de fecha cuatro de enero de dos mil cinco, redactada por el Ex Ministro Cury Urzúa, en causa Rol N° 549 del año 2003, en la cual el recurrente solicitaba la casación del fallo fundado en un error de Derecho, respecto de la calificación jurídica del tribunal de origen, que sancionó como lesiones menos graves unas que tardaron diez días en sanar, estableciendo en el considerando quinto que "...la cuestión relativa a la calificación de las lesiones como menos graves o, en su caso, como leves, no depende de la prueba que se ha rendido en autos, ya que constituye una apreciación facultativa de los jueces, realizada en atención a consideraciones valorativas que escapan al ámbito de lo acreditable en el terreno fáctico...". Luego, en el considerando sexto, y volviendo sobre el punto agrega: "...según lo que es opinión absolutamente unánime de la doctrina, y se ha reiterado constantemente por la jurisprudencia de este tribunal de casación, la cuestión de si unas lesiones son efectivamente leves no depende del tiempo en que demoran en sanar sino, como ya se ha dicho, de una apreciación de los tribunales del fondo, concerniente a "la calidad de las personas y a las circunstancias del hecho", que esos jueces valoran

¹⁵²³ Al respecto véase la referencia hecha respecto de la SCS, ubicada en el Repertorio de Jurisprudencia, T. LI, segunda parte, sección cuarta, p.107.

¹⁵²⁴ En el mismo sentido, ANTÓN ONECA, criticando al CPes de 1928, dice que llevaba la falta hasta los veinte días de recuperación, cuando, en su concepto, lo lógico habría sido la tendencia contraria, es decir, bajar la cantidad de días en base a los cuales se determina que la lesión ha de sancionarse como falta. Agrega que en Francia se redujo los días de la falta a ocho en 1962 y pone el caso de legislaciones en las cuales las lesiones son siempre delitos (ANTÓN ONECA, "Notas críticas al CP. Las lesiones", op. cit., T. III, p. 173).

soberanamente. Por eso se ha fallado, invariablemente, que un supuesto error al efectuar esta calificación no puede fundar un recurso de casación como el examinado aquí, ya que ella depende de una facultad que los tribunales del fondo ejercitan con arreglo a criterios que escapan a una revisión de esta índole”.

El mismo criterio se siguió, en SCS de fecha cuatro de enero de dos mil cinco, redactada por el Ministro Milton Juica, en causa Rol N° 4.763-2, en la cual los acusados fueron condenados como autores del delito de lesiones menos graves. El recurso de casación en el fondo interpuesto sostuvo que el error de Derecho cometido en el fallo impugnado consistió en una indebida calificación del hecho punible, ya que debió considerarse las lesiones sufridas por la víctima como leves, conforme lo establece el N° 5 del art. 494 del CP. El máximo tribunal volvió a confirmar el criterio antes referido, al señalar textualmente: “Que a base de los informes médicos que se contienen en el motivo 34 de dicho fallo, el tribunal califica dichas lesiones en el carácter de menos graves, puesto que no excedieron en su incapacidad por más de 30 días, agregando que el art. 399 del CP, califica a las lesiones no comprendidas en los arts. precedentes como menos graves, figura que penaliza a quien hiere, golpea o maltrata de obra a otro sin que se produzcan los resultados que constituirían castración, mutilaciones, lesiones gravísimas o graves, estimando la ley, en este último caso, que las serían cuando ocasionaren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días. De este modo, el tipo penal de las lesiones menos graves, se constituye en la figura más simple y si ellas, como se dijo, no superan, en cuanto a su incapacidad o enfermedad, los treinta días se transforman en la regla general”, añadiendo la sentencia que: “...la apreciación negativa de ponderar las lesiones como leves, sólo pasa por el criterio libre del tribunal, en cuanto considere aplicar el art. 494 N° 5 del CP, en razón de la calidad de las partes y las circunstancias del hecho...”.

Como se aprecia, uniforme es la jurisprudencia de la CS al establecer que la distinción entre las lesiones menos graves y las lesiones leves obedece a criterios valorativos y no resultativos, correspondiendo realizar privativamente la calificación jurídica de simples delitos o faltas a los jueces de fondo, según su apreciación y criterio¹⁵²⁵.

2. Importancia de establecer el límite entre las lesiones leves y menos graves

La importancia del tema radica en que de esta decisión dependen consecuencias tan importantes como determinar si nos encontramos ante un simple delito sancionado con pena alternativa de relegación o presidio menor en su grado mínimo o con una multa de 11 a 20 Unidades Tributarias Mensuales, o ante una falta sancionada con una pena de multa de 1 a 4 Unidades Tributarias Mensuales.

De tratarse de un simple delito de lesiones menos graves, la causa debe tramitarse conforme a las normas del *juicio simplificado*, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 388 del CPP, aun cuando el fiscal pidiera sólo la pena de multa, por cuanto del tenor literal del art. 392, se desprende que el procedimiento monitorio se aplica únicamente a las faltas, en las cuales el fiscal pidiera pena de *multa*. En cambio, si se establece que las lesiones deben ser calificadas de leves, el proceso siempre deberá tramitarse conforme con las normas del procedimiento monitorio.

¹⁵²⁵ El mismo criterio sostuvo la CS en fallos de 5 de noviembre de 1953, 21 de julio de 1954 y 24 de septiembre de 1969, según se desprende del Repertorio de legislación y jurisprudencia chilena, CP y leyes complementarias, p.171.

Debe tenerse en cuenta que en los simples delitos, tanto la acción penal como la pena, prescriben en 5 años, a diferencia de las faltas, que prescriben en seis meses. Además, la tentativa es punible en el caso del simple delito; en cambio, es atípica en el caso de la falta. Por último, debemos agregar que en general, no existen cuasidelitos de falta, pero sí cuasidelitos de lesiones¹⁵²⁶.

Si bien el art. 240 del CPP refiere que los acuerdos reparatorios proceden respecto de las lesiones menos graves, es evidente que dicha salida alternativa también cabe respecto de las lesiones leves¹⁵²⁷, por cuanto la referencia al tipo penal del art. 399 se establece como límite máximo, es decir no serían aplicables los acuerdos reparatorios respecto de lesiones graves del art. 397.

3. El tipo penal de lesiones leves ¿es un tipo penal autónomo o subordinado al de lesiones menos graves?

La doctrina tradicional chilena sostiene que las lesiones se estructuran sobre la base de un delito fundamental, que es el de lesiones menos graves, construyéndose una derivación calificadora constituida por las lesiones graves y otra privilegiada, es decir, las lesiones leves. Tal estructura ha sido cuestionada por el profesor Alex van Weezel, quien estima que las lesiones menos graves y las lesiones leves son tipos penales autónomos y diferenciados¹⁵²⁸. Sin embargo, dicha afirmación no se condice con el texto legal del art. 494 N° 5 de CP, el cual hace una referencia expresa a las lesiones menos graves, dejando entregada al juez, la facultad de calificar a la lesión como menos grave o como leve en atención a criterios valorativos, salvo la excepción referida al art. 5° de la Ley de violencia intrafamiliar.

Resulta claro que el tipo penal de lesiones leves se remite y se encuentra subordinado al tipo penal de lesiones menos graves, de modo tal que los elementos valorativos de la calidad de las personas y las circunstancias del hecho no modifican el tipo penal de las lesiones menos graves, en su esencia, sino que sólo constituyen criterios que tienden a disminuir el injusto del hecho o la reprochabilidad del autor¹⁵²⁹. Así, al ser las lesiones leves una derivación típica no autónoma, el hecho derivado permanece, conforme a la sustancia y forma jurídica, dependiente del delito básico, sin perjuicio de tener una calificación jurídica distinta, rigiendo, en consecuencia, para el delito derivado, todas las reglas de interpretación admitidas para el delito fundamental¹⁵³⁰.

De este modo, Muñoz Conde y García Arán refieren que los tipos cualificados o privilegiados sólo añaden circunstancias agravantes o atenuantes al tipo básico, pero no modifican sus elementos fundamentales (como sucede en el caso de la calidad de las personas y las circunstancias del hecho, en el tipo privilegiado de las lesiones leves)¹⁵³¹.

¹⁵²⁶ Así la SCA de Santiago, de 17 de diciembre de 1981, Repertorio, T. LXXVII, segunda parte, sección cuarta, p. 267, sostuvo que “las lesiones leves sufridas por una de las víctimas carecen de sanción penal por tratarse de una cuasi falta.

¹⁵²⁷ Así en sentencia dictada en causa RUC N° 0600822895-5, RIT N° 5, del JG de Molina, se aprobó un acuerdo reparatorio respecto de una falta de lesiones leves.

¹⁵²⁸ VAN WEEZEL, “Lesiones leves y lesiones del art. 399 del CP: dos supuestos “menos graves” del delito de lesiones”, op. cit., p. 2.

¹⁵²⁹ MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. I, p. 362.

¹⁵³⁰ MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. I, pp. 362-363.

¹⁵³¹ MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, op. cit., pp. 257-258.

Por el contrario, el tipo autónomo constituye una estructura jurídica unitaria, con un contenido y un ámbito de aplicación propio, con un marco penal autónomo, etc.¹⁵³².

Por su parte, Cobo del Rosal y Vives Antón, señalan que entre los tipos autónomos y no autónomos existen diferencias cualitativas en orden al objeto de protección, que obligan a una consideración independiente del tipo autónomo, aun en el supuesto de que concurra con el objeto básico¹⁵³³, lo cual no ocurre en este caso, pues tanto en las lesiones leves como en las lesiones menos graves, el objeto de protección es el mismo, es decir, la salud individual.

Por lo tanto, no es posible sostener que las lesiones leves sean un tipo autónomo, ya que se estructuran sobre la base del delito de lesiones menos graves, no alterando en modo alguno la estructura típica de esta figura penal. Al igual que en el caso de las lesiones menos graves, son leves aquellas lesiones que producen al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por treinta o menos días, con la salvedad de que concurren las circunstancias descritas en el art. 494 N° 5 del CP, las cuales permiten establecer una menor penalidad en razón de un menor injusto o de una menor culpabilidad, a menos que el sujeto pasivo corresponda a aquellos individualizados en el art. 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar.

4. ¿Concurso de leyes penales?

Si seguimos la idea de que las lesiones leves son un tipo privilegiado del delito base de lesiones menos graves y que, por lo tanto, las lesiones leves no son sino lesiones menos graves acompañadas de elementos valorativos que disminuyen el injusto o la culpabilidad, podemos concluir que en la especie el núcleo fáctico fundamental de ambas figuras penales es el mismo y que, por ello, nos encontramos ante un concurso de leyes penales resuelto por el principio de especialidad.

En efecto, existe un concurso de leyes penales cuando según el texto de la ley resultan aplicables a un mismo hecho dos o más tipos penales, debiendo determinarse cuál de ellos se utilizará en la solución de un conflicto, a partir de determinadas reglas de hermenéutica¹⁵³⁴. De esta manera, podemos afirmar que el concurso de leyes penales se fundamenta en el axioma de que no se puede castigar dos veces el mismo hecho (*non bis in idem*)¹⁵³⁵. En estricto rigor, no se trata de un concurso, puesto que se enjuicia un solo hecho, tomando como base la norma que, de entre las aplicables, se ocupará para sancionar un único delito¹⁵³⁶, sino de un problema de interpretación que busca resolver un conflicto entre disposiciones, cada una de las cuales parece adecuada, en principio, para normar el hecho, no obstante, es preciso determinar, mediante la aplicación de los recursos hermenéuticos, cuál es la norma que se acomoda precisamente a todas sus particularidades fácticas y aprehende por completo su significado de valor¹⁵³⁷.

Ahora bien, el concurso de leyes penales se resuelve a través del principio de especialidad o “*Lex specialis derogat legi generali*”, cuando el tipo penal especial contiene todas las características del tipo penal general, además de otras características

¹⁵³² MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, op. cit., pp. 257-258.

¹⁵³³ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DP, PG*, op. cit., p. 406.

¹⁵³⁴ MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, op. cit., p. 470; CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., p. 667; QUINTERO OLIVARES, *Curso de DP, PG*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 769; ZAFFARONI, *DP, PG*, op. cit., pp. 867.

¹⁵³⁵ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DP, PG*, op. cit., p. 156.

¹⁵³⁶ CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., p. 667.

¹⁵³⁷ CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., p. 668.

adicionales que toman en cuenta otro punto de vista en cuanto a la lesividad y que lo hacen más reducido, desplazando en consecuencia, el tipo especial al tipo general¹⁵³⁸. Al respecto, debe tenerse en cuenta que no es un requisito para aplicar este principio, el hecho de que el precepto que resulte aplicable sea el que tiene asignada una mayor pena, sino que aquél que describa con más detalle y precisión la conducta a punir¹⁵³⁹.

Si consideramos que tanto las lesiones menos graves como las leves tienen el mismo núcleo fáctico, es decir, lesiones que no son graves, y que las lesiones leves sólo son lesiones menos graves con dos elementos valorativos que las diferencian del tipo penal del art. 399, establecidos para privilegiar situaciones en las cuales concurre un menor injusto o culpabilidad, no puede sino concluirse que se dan todos y cada uno de los requisitos del concurso de leyes penales, resuelto por el principio de especialidad, a favor de las lesiones leves, en aquellos casos de lesiones menos graves en los cuales concurre alguno de los elementos valorativos contemplados en el art. 494 N° 5 del CP¹⁵⁴⁰ y el sujeto pasivo no corresponda a los individualizados en el art. 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar.

5. ¿Qué naturaleza jurídica tienen los elementos “circunstancias del hecho” y “calidad de las personas”? y ¿Cuál es el contenido de los mismos?

Como veníamos refiriendo, la calidad de las personas y las circunstancias del hecho constituyen elementos valorativos que permiten privilegiar el tipo penal de lesiones leves respecto del delito principal de lesiones menos graves, en aquellos casos en que concurren situaciones de menor injusto o culpabilidad. En consecuencia, lo verdaderamente relevante a la hora de decidir si las lesiones deben calificarse de acuerdo con el tipo privilegiado del art. 494 N° 5, es determinar cuál es el contenido de los elementos valorativos antes mencionados.

El texto de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar confirma la conclusión antes esbozada, toda vez que establece que cuando la lesión se produce respecto de las personas individualizadas en el art. 5 de la ley 20.066, el juez no puede trasladar las lesiones, desde el tipo básico de lesiones menos graves, hacia el tipo privilegiado de lesiones leves, argumentando para ello la menor culpabilidad o menor injusto. Ahora bien, si en la especie dichas circunstancias concurren, es decir, de no existir la ley de violencia intrafamiliar, el tribunal hubiese calificado jurídicamente las lesiones como leves, en virtud de concurrir circunstancias que disminuyen el injusto o el juicio de

¹⁵³⁸ MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, op. cit., pp. 471-472; CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., p. 668; QUINTERO OLIVARES, *Curso de DP, PG*, op. cit., p. 771; ZAFFARONI, *DP, PG*, op. cit., pp. 868-869.

¹⁵³⁹ QUINTERO OLIVARES, *Curso de DP, PG*, op. cit., p. 771.

¹⁵⁴⁰ En el mismo sentido, MAÑALICH RAFFO, “Lesiones menos graves y lesiones leves”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, comentarios de la jurisprudencia del año 2003*, Santiago, 2004, N° I, pp. 273-274. En contra de lo señalado, Van Weezel refiere que: “El paso del subsistema de lesiones graves al subsistema de los supuestos “menos graves” de lesiones implica un cambio de paradigma sistemático. Por otra parte –como se ha indicado en el apartado anterior – la diferenciación entre las lesiones leves y las menos graves se produce a nivel de injusto (en concreto, a nivel de normas de comportamiento). En consecuencia, resulta inviable una interpretación de la letra del art. 494 N° 5 (“El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el art. 399...”), en términos de considerarlo como un tipo expresa o tácitamente subsidiario. Pues no se trata de resolver un concurso de leyes, sino de resolver la adscripción del hecho en uno de entre dos tipos penales que contienen supuestos diferentes. Los contenidos normativos que delimitan sus contornos fundamentan una real distinción de tipos de injusto, que impide una superposición de carácter concursal” (VAN WEEZEL, “Lesiones leves y lesiones del art. 399 del CP: dos supuestos “menos graves” del delito de lesiones”, op. cit., p. 2).

reproche y por lo tanto, sólo las calificó como menos graves por aplicación expresa de la norma que obliga a calificarlas de esta forma, por corresponder la víctima a aquellas del art. 5 de la ley 20.066, no puede ahora el tribunal, agravar la responsabilidad del acusado conforme a lo prescrito en la primera parte del art. 400 del CP, por cuanto ésta nueva consideración de la circunstancia del art. 5° de la ley 20.066, violaría el principio del *non bis in idem* establecido en el art. 63 del CP¹⁵⁴¹.

5.1. Calidad de las personas

Desde un punto de vista histórico, vale la pena tener presente que respecto del elemento valorativo “calidad de las personas”, en la Sesión N° 108 de la Comisión Redactora del CP, celebrada el 13 de agosto de 1872, se rechazó el criterio de los días que las lesiones tardan en sanar, remplazándolo por los criterios valorativos de la calidad de las personas y circunstancias del hecho para distinguir las lesiones leves de las menos graves. Sin embargo, la comisión no explicó qué entendía por calidad de las personas. Si se interpreta el criterio de la época, da la impresión de que los comisionados entendían que en ciertas situaciones las lesiones provocadas por personas que tenían una cierta dignidad, o que se encontraban unidas a otras por un vínculo de jerarquía, podían tener un grado de injusto menor. Lo anterior puede deducirse *contrario sensu* de lo expuesto por el comisionado señor Fabres en la Sesión 82, de 10 de mayo de 1872, quien pidió que se aumentara la pena de las lesiones leves a los sirvientes que lesionaran a sus amos, por cuanto les debían también obediencia y respeto. Si bien esta moción no prosperó, llama la atención las razones que los señores Reyes y Rengifo tuvieron para rechazarla, por cuanto argumentaron que entre estas personas sólo hay un contrato libre de arriendo de servicios y que sus relaciones deben estar montadas sobre el pie de la más perfecta igualdad. De lo anterior es posible concluir que si para, al menos, la mentalidad de un sector de la época, era más gravoso

¹⁵⁴¹ En este sentido se pronuncia la sentencia del Quinto TOP de Santiago en causa RUC N°: 0500600742-4, RIT N°: 123-2006, por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, la cual establece en su considerando décimo tercero que: “...las lesiones causadas por el acusado a su cónyuge XXX el día 18 de noviembre de 2005 fueron de carácter leve, pero de conformidad con el imperativo señalado en el art. 494 N° 5 del CP, este Tribunal las calificó de menos graves, atendida la calidad de cónyuge de la ofendida aumentando así la pena que en definitiva se impondrá, por lo que, no aplicará lo prescrito en el art. 400 del CP, teniendo presente lo preceptuado en el art. 63 del mismo cuerpo legal.

En efecto, el principio consagrado en el art. 63 de dicho Código, también llamado “prohibición de doble valoración”, no es otra cosa que un corolario del principio “*non bis in idem*”, y en virtud del cual, cuando una circunstancia está contemplada en el tipo legal no debe ser tomada en cuenta para la cuantificación de la pena. Esta regla elemental impide que una circunstancia, cuando forma parte de la descripción típica en su determinación básica o cualificada, pueda ser considerada entre los criterios que agravan la penalidad, pues ya integra el desvalor del injusto que se reprocha. (ZAFFARONI, *DP, PG*, op. cit., p. 1046).

Esta idea es recogida en nuestra legislación por medio de la disposición citada, aplicable al caso que se analiza cuando dispone que “no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que éste haya expresado al describirlo y penarlo”. De este modo cuando la Ley 20.066 modificó lo dispuesto en el art. 494 N° 5, no hizo otra cosa que definir un tipo penal en el que cierta calidad de los sujetos activos y pasivos supone necesariamente que siempre estemos en presencia de lesiones menos graves. Sin embargo, esa circunstancia considerada para definir el tipo penal, se reitera en el art. 400 del CP como una calificante, lo que supone vulnerar necesariamente el principio que se alude. En consecuencia, este Tribunal ha estimado por unanimidad que cuando el carácter de las lesiones ocasionadas en el contexto de violencia intrafamiliar sea de leves, no tendrá nunca aplicación lo dispuesto en el art. 400 del citado cuerpo normativo”.

que el sirviente lesionara a su amo, razonando *contrario sensu*, el hecho de que fuera la persona que tenía una cierta dignidad quien lesionara al inferior jerárquico, podría contener un menor grado de injusto¹⁵⁴².

En el mismo sentido, Politoff¹⁵⁴³, criticando y tildando de absurdo e injusto el sistema de diferenciación entre las lesiones leves y menos graves, sostiene que la calidad de las personas dice relación con ideas como la de riñas entre pares y de la menor dañosidad social de las lesiones sufridas por personas de inferior jerarquía.

Por su parte, el profesor Enrique Cury, en sus clases de DP, planteaba que podría incluirse en el elemento valorativo “calidad de las personas”, el exceso del padre o madre en su facultad de corrección de sus hijos provocando lesiones no justificadas. Sin embargo, a mi juicio, dicha solución no resulta compatible con la modificación introducida por la Ley N° 20.066, publicada en el DO el día siete de octubre de 2005, respecto del N° 5 del art. 494 del CP, en cuanto impide al tribunal calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar.

Coincidiendo con lo antes referido, el profesor Garrido Montt asocia el concepto de calidad de las personas a la jerarquía que pueda ligar al agresor con la víctima¹⁵⁴⁴. Lo mismo se concluye si recurrimos al Diccionario de la RAE, acorde con el cual el término “calidad” dice relación con el estado de una persona, naturaleza, edad y demás circunstancias y condiciones para un cargo o dignidad. Por su parte, el término “cargo”, significa dignidad, empleo u oficio, y por último, el término “dignidad” hace referencia a un cargo o empleo honorífico y de autoridad¹⁵⁴⁵.

Como se aprecia, del análisis histórico, semántico y doctrinal, se colige que el elemento calidad de las personas dice relación con situaciones en las cuales el menor injusto de las lesiones leves se fundaría en la mayor dignidad o jerarquía del sujeto activo del delito en relación con la víctima, conclusión absolutamente incompatible con un DP liberal, propio de un Estado democrático de Derecho, basado en los principios fundamentales de libertad e igualdad.

Lo anterior es inobjetable, además, desde un punto de vista constitucional, toda vez que conforme a lo dispuesto en el art. 19 N° 2 de la CPR, se asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y por lo tanto ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias.

Al respecto, Evans de la Cuadra sostiene que esta garantía consiste en el sometimiento de todas las personas a un estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas en razón de la raza, de la nacionalidad, del sexo, de la profesión, actividad u oficio y del grupo o sector social o categoría económica a que se pertenezca, agregando que el elemento de la esencia de esta garantía es la inadmisibilidad de discriminaciones arbitrarias, antes sostenidas por la doctrina y hoy expresamente por la constitución¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴² RIVACOBA Y RICACOBA, *CP de la República de Chile y actas de las cesiones de la comisión redactora*, op. cit., pp. 405, 446 y 447.

¹⁵⁴³ Nota efectuada a la sentencia contenida en la *RCP.*, T. XXVIII, año 1969, p. 82, aludida en la obra, POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 226.

¹⁵⁴⁴ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 173.

¹⁵⁴⁵ Diccionario de la RAE.

¹⁵⁴⁶ EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1999, T. II, p. 125.

Además, siguiendo a Ferrajoli, cabe señalar que los tipos penales deben estar previstos mediante fórmulas precisas y unívocas, no pudiendo consistir en cualidades o condiciones personales del agente, sino en hechos o comportamientos externos empíricamente susceptibles de observación y de prueba¹⁵⁴⁷.

En suma, es indudable que estamos frente a un elemento que no sólo es anacrónico, sino abiertamente inconstitucional.

5.2. Circunstancias del hecho

Distinta es la situación del elemento valorativo de las “circunstancias del hecho”. Puede objetarse que al no encontrarse precisado su contenido, ello podría conducir a ciertos problemas en la aplicación de las penas en caso de que frente a hechos similares, unos puedan ser calificados como delito de lesiones menos graves y otros como faltas de lesiones leves, favoreciéndose de esta forma la arbitrariedad. En relación con este punto, Zaffaroni sostiene que “cuando se exagera el recurso a los elementos valorativos, se corre el riesgo de debilitar el *nullum crimen sine lege* y de fortalecer la pulsión del poder punitivo, habiéndose sostenido que es una característica del DP autoritario”¹⁵⁴⁸.

Por su parte, Quintero Olivares, refiriéndose a los elementos valorativos, señala que el sentido de éstos dependerá de la ponderación que de ellos haga el juez en cada caso, la cual requerirá tener en cuenta las circunstancias de la realidad social, las personas afectadas o el lugar; es por ello que se ha denunciado que el abuso en el recurso a estos elementos en las formulaciones legales puede poner en riesgo la seguridad jurídica, dadas las lógicas variaciones de criterios que se dan en cada juez y en cada tiempo y lugar¹⁵⁴⁹.

Si bien los riesgos antes indicados son efectivos, necesario es señalar que en el caso analizado, esto es, valoraciones que permiten calificar las lesiones como leves, se trata de circunstancias establecidas para privilegiar un tipo penal y no para tipificar el núcleo de la conducta o para agravar la responsabilidad penal del sujeto activo del delito. Por otro lado, creo que los riesgos referidos son plenamente corregibles si se cumple con los altos estándares de fundamentación de las sentencias que el sistema procesal penal exige¹⁵⁵⁰. En efecto, conforme al CPP la sentencia judicial debe expresar las razones por las cuales en el caso en cuestión se concluye que concurre un menor grado de injusto o de culpabilidad. Lo anterior debería ayudar a delimitar por la vía jurisprudencial, el contorno del elemento valorativo ya señalado. De todas formas, la solución adoptada por el CP para calificar una lesión como leve puede ser más ventajosa que el hecho de centrar por completo el análisis en el tiempo que las lesiones tardan en sanar, ya que puede ocurrir que las lesiones demoren poco tiempo en sanar, pero que los medios empleados, la región del cuerpo afectada, el lugar donde se encontraba la víctima o su conocida inferioridad orgánica hacían probable un resultado mucho mayor que el producido o incluso un desenlace fatal, pese a ello si nos centramos en el resultado, el sujeto debería ser condenado por lesiones leves, aún cuando el mayor desvalor del acto es evidente. Así, las injusticias que pudieren devenir de un régimen

¹⁵⁴⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría de garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 708.

¹⁵⁴⁸ ZAFFARONI, *DP, PG*, op. cit., p. 461.

¹⁵⁴⁹ QUINTERO OLIVARES, *Curso de DP, PG*, op. cit., p. 300.

¹⁵⁵⁰ Ver el acápite b) ¿Es susceptible de recurso de nulidad la sentencia que no fundamenta la decisión de calificar jurídicamente a una lesión como menos grave o leve?

centrado en el resultado pueden ser mucho mayores que las de un sistema basado en criterios valorativos.

En un sentido opuesto, es posible inferir que si los medios empleados, la región del cuerpo afectada, el lugar donde se encontraba la víctima o su contextura orgánica no constituyen un mayor riesgo para el bien jurídico protegido, es decir, si la antijuridicidad material del acto es escasa, el grado de injusto de la conducta desplegada por el autor se ve claramente disminuido, razón por la cual las lesiones habrán de ser calificadas jurídicamente como leves¹⁵⁵¹.

Como ya lo adelantara, sostengo que las circunstancias del hecho comprenden, además, situaciones en las cuales no es el menor grado de injusto, sino el juicio de reproche, el que puede verse disminuido. En tal sentido (tratándose de lesiones que no son graves), si el delito fue producto de algún motivo que influya en la imputabilidad del sujeto, disminuyendo su capacidad para comportarse de acuerdo con el conocimiento de la antijuridicidad del acto, claramente se verá afectado el juicio de reproche, debiendo en consecuencia, calificarse jurídicamente como leves las lesiones que de aquel hecho provengan. Lo mismo sucederá en el caso de que no concurra en el sujeto la conciencia de la antijuridicidad de su acto o cuando concurren circunstancias que influyan en la exigibilidad de otra conducta adecuada al derecho, que hagan menos reprochable el actuar del sujeto. En efecto, si en la especie concurren atenuantes emocionales o pasionales (consagradas en los números 3, 4 y 5 del art. 11 del CP), el sujeto habrá actuado con una perturbación anímica más o menos profunda y, por eso, con una formación de la voluntad anómala o alterada de manera significativa por cualquier causa capaz de ocasionar ese estado¹⁵⁵². De esta forma, si concurre alguna de tales circunstancias, las lesiones deberán ser calificadas jurídicamente de leves, por ser menos reprochable la conducta del autor. Así, por ejemplo, si una mujer sorprende a su novio besando a otra persona, afectando el hecho a tal punto su psiquis, que con ira procede a agredirlo con sus uñas en el rostro, ocasionándole lesiones que tardan en sanar diez días, dichas lesiones deberán ser calificadas de leves, en atención a que la capacidad de la mujer engañada para adecuar su comportamiento al conocimiento del injusto del acto, se encuentra disminuida.

También, se verá disminuido el juicio de reproche cuando el sujeto activo del delito actuó motivado por un estado de ira provocado por la víctima, a consecuencia de un insulto de grueso calibre en contra de la madre o de su hermana, proferido con anterioridad por la víctima o cuando el padre o el maestro creen que les está permitido golpear a su hijo o alumno incluso hasta dejarle lesiones.

Coincidiendo con la idea antes referida, Bustos Ramírez sostiene que entre las circunstancias del hecho se encuentran comprendidas, además del ataque, la relación entre los sujetos, la actitud del sujeto activo, etc., tratándose en consecuencia de un correctivo de carácter tanto material como personal¹⁵⁵³.

¹⁵⁵¹ Así, el profesor BUSTOS RAMÍREZ entiende, entre las circunstancias del hecho, relevantes para sostener una menor gravedad, a las formas de ataque al bien jurídico protegido que involucren de manera objetiva un menor injusto (BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 58).

¹⁵⁵² CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., p. 480 y ss.

¹⁵⁵³ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 58

6. Críticas a la interpretación que la jurisprudencia ha realizado a propósito de las lesiones leves

Del análisis de la jurisprudencia de la CS se advierte que de manera constante y uniforme, la CS ha interpretado el art. 494 N° 5 en el sentido de que la calificación jurídica de las lesiones como menos graves o leves, puede hacerla el juez de manera privativa y discrecional, sin que sea posible revisar esta decisión por la vía del recurso de casación en el fondo¹⁵⁵⁴. Dicha interpretación ha conducido a variadas críticas, objeciones y efectos no deseados, como se dirá a continuación.

6.1. La interpretación jurisprudencial

Al referirnos al contenido de los elementos valorativos utilizados en el art. 494 N° 5, esto es, la calidad de las personas y las circunstancias del hecho, citábamos a Zaffaroni, quien señala que “cuando se exagera el recurso a los elementos valorativos, se corre el riesgo de debilitar el *nullum crimen sine lege* y de fortalecer la pulsión del poder punitivo, habiéndose sostenido que es una característica del DP autoritario”¹⁵⁵⁵. Complementando lo anterior, se ha dicho que el juez no debe calificar la conducta concreta, sino que ha de subsumirla dentro del tipo abstracto y general, así su deber es comprobar si están cumplidas realmente las acciones a cuya ejecución la ley asocia la concurrencia de la pena. Por ello, no es su tarea un pronunciamiento autónomo de juicios de valor, sino establecer hechos¹⁵⁵⁶.

Al respecto, sabido es que al viejo principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, formulado por Feuerbach, la dogmática penal le fue agregando facetas tales como: *praevia, scripta, stricta y certa*, con lo cual se exige que la ley que sanciona un hecho como delito, asociándole una pena, haya sido dictada con anterioridad por el legislador, en forma escrita, no siendo procedente utilizar la analogía *in malam partem*, esto es, en perjuicio del acusado y, por último, requiriendo que el núcleo fáctico de la conducta que se sanciona se encuentre descrito en la norma penal. De lo anterior podemos concluir que el aspecto del principio de legalidad a que hace alusión Zaffaroni para criticar el uso excesivo de los elementos valorativos, es el de *certeza*, esto es “*nullum crimen nulla poena sine lege certa*”.

En tal sentido, si bien el abuso de los elementos valorativos no es deseable, debe considerarse que en este caso, el empleo de tales elementos entrega al juez criterios flexibles y amplios para resolver, en atención al mayor o menor injusto o culpabilidad del acto, permitiendo que sean sancionadas como delitos, lesiones que por los medios empleados, la región del cuerpo afectada u otra circunstancia, sean intrínsecamente graves, a pesar de que en la práctica hayan demorado poco tiempo en sanar, a diferencia de lo que ocurre en un sistema estructurado sobre la base de un criterio eminentemente resultativo. Además, debe tenerse presente que en este caso, los elementos valorativos en análisis, son utilizados para privilegiar y no para agravar la responsabilidad penal del autor.

¹⁵⁵⁴ Ver fallos analizados en el apartado: *Delimitación entre los delitos de lesiones menos graves y leves*.

¹⁵⁵⁵ ZAFFARONI, DP, PG, op. cit., p. 461.

¹⁵⁵⁶ GRÜNHUT, “Formación de conceptos y aplicación del DP”, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, Valparaíso, 2004, N° 22, p. 2.

Estimo que lo relevante es determinar el contenido de los elementos valorativos y que en sus decisiones judiciales la judicatura fundamente de manera adecuada y precisa las razones por las cuales dichos elementos concurren o no concurren.

Sin embargo, a pesar de la importancia que tiene el saber diferenciar las lesiones menos graves de las leves, la interpretación que la CS ha hecho de las disposiciones en juego ha imposibilitando la vía recursiva de las sentencias judiciales de instancias inferiores, trayendo como consecuencia la escasa, nula y errónea fundamentación acerca del contenido de los elementos valorativos en análisis, con lo cual la decisión de optar entre uno u otro tipo penal pasa a ser absolutamente arbitraria. En efecto, si no se exige que los jueces fundamenten las razones para estimar que concurren o no en la especie circunstancias que permitan determinar un mayor o menor injusto o una mayor o menor culpabilidad, la decisión quedaría entregada a la arbitrariedad judicial¹⁵⁵⁷.

6.2. ¿Es susceptible de recurso de nulidad la sentencia que no fundamenta la decisión de calificar jurídicamente una lesión como menos grave o leve?

Politoff, Matus y Ramírez expresan que “la diferenciación entre las lesiones menos graves y leves, radicaría en factores escasamente objetivos, con el agregado de que dicha diferenciación queda entregada completamente al concepto del tribunal y, por tanto, no sería en principio recurrible de nulidad por infracción al derecho aplicable”¹⁵⁵⁸. Igualmente, Mañalich Raffo señala que “respecto de la aplicabilidad de la figura de lesiones menos graves o leves, el adjudicador se encontraría facultado para decidir discrecionalmente, atendiendo, ciertamente, a los dos criterios establecidos en la disposición que tipifica las lesiones leves. Sostiene este autor que esta tesis puede ser correcta, pero inequívocamente se ha de ver expuesta a objeciones...”¹⁵⁵⁹.

Como consecuencia de su planteamiento consistente en que las lesiones leves constituyen un tipo penal autónomo e independiente del delito de lesiones menos graves, Alex van Weezel llega a una conclusión distinta, manifestando que: “Desde el punto de vista práctico y de aplicación judicial, la sistemática propuesta entraña al menos dos consecuencias importantes: i) una apertura eventualmente mayor de la jurisprudencia a la subsunción de ciertos hechos en el tipo de falta, y ii) la necesidad de fundamentar en cada caso la calificación del hecho como lesiones “menos graves” o como lesiones leves, sin que los fundamentos de la calificación puedan darse por supuestos”. Agrega que: “La necesidad de fundar en la sentencia la calificación del hecho como lesiones menos graves o como lesiones leves, se apoya en que, de acuerdo a la sistemática expuesta, no existe entre las lesiones menos graves y las lesiones leves una relación de regla/excepción. Por lo tanto, sería erróneo afirmar que en principio las lesiones no comprendidas en el Art. 397 son menos graves, a no ser que el juez fundadamente decida calificarlas de leves”¹⁵⁶⁰.

Si bien coincido con Van Weezel en la necesidad de fundar el fallo, dicha conclusión se obtiene por otros fundamentos, pues creo que el hecho de que el art. 494 N° 5 disponga que las lesiones leves son aquellas que “en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el art. 399, atendidas la calidad de las personas y

¹⁵⁵⁷ Ver fallos analizados en el apartado: *Delimitación entre los delitos de lesiones menos graves y leves*.

¹⁵⁵⁸ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 112.

¹⁵⁵⁹ MAÑALICH RAFFO, “Lesiones menos graves”, op. cit., p. 274.

¹⁵⁶⁰ VAN WEEZEL, “Lesiones leves y lesiones del art. 399 del CP: dos supuestos “menos graves” del delito de lesiones”, op. cit., p. 3.

circunstancias del hecho”, no exime al juez de su obligación de fundamentar respecto de los hechos que configuran las circunstancias que disminuyen el injusto o la culpabilidad, para calificar las lesiones como leves, o bien, en su caso, la obligación de argumentar cómo en el hecho no concurren las circunstancias ya esbozadas, para calificar jurídicamente un hecho como lesión menos grave.

Lo dicho tiene pleno sustento legal, constitucional y doctrinal. Así, el art. 1 del CPP dispone expresamente que ninguna persona puede ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en el CPP, sino en virtud de una sentencia fundada, entendiéndose con ello a la sentencia como la “conclusión lógica de un razonamiento fundado en premisas”, lo que constituye una garantía del imputado derivada del derecho a juicio previo¹⁵⁶¹.

Por su parte, la CPR, en su art. 19, N° 3, inciso cuarto, establece las bases del debido proceso al prescribir que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado y que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Asimismo, y en cuanto a los requisitos formales que debe cumplir la fundamentación de la sentencia, el art. 342 letra c) y d) del CPP establece expresamente la obligación para el sentenciador de establecer en el fallo la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el art. 297, además de las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.

Complementando la norma anterior, el art. 374 del CPP establece como motivo absoluto de nulidad, por virtud del cual se debe anular tanto el juicio como la sentencia, la omisión de alguno de los requisitos previstos en el art. 342, letras c), d) o e).

La doctrina procesal penal coincide con el planteamiento que aquí se hace. En este sentido y resaltando la importancia del principio de fundamentación de las sentencias, Ferrajoli señala que su valor fundamental radica en su naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho, a la estricta legalidad y de hecho, a la prueba de la hipótesis acusatoria, permitiendo que las decisiones judiciales resulten avaladas y legitimadas por aserciones verificables y refutables, por cuanto el poder jurisdiccional está fundado en el saber, opinable y probable, y por lo mismo refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa, como por la sociedad. Agrega que la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones, tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en los hechos, por defecto o insuficiencia de pruebas, o bien, por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas, y no sólo en apelación, sino también en casación (nulidad en nuestro sistema). Continúa señalando que son vicios lógicos, censurables no sólo los que violan la lógica deductiva de la subsunción legal, sino asimismo los que contrastan con la lógica de la inducción probatoria: por ausencia de argumentos suficientes para confirmar las hipótesis acusatorias, o por la presencia de argumentos idóneos para invalidarlas, o por no haber sido desvirtuadas las contra hipótesis defensivas. Así, la motivación se opone a la, llamada por Carrara,

¹⁵⁶¹ HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno, principios, sujetos procesales, medidas cautelares y etapa de investigación*, Santiago, 2003, T. I, p. 64.

“convicción autocrática”, la cual está basada en la mera inspiración del sentimiento, y se identifica con la “convicción razonada”, por haberse expuesto las razones tanto jurídicas como fácticas. Por último, el mismo jurista señala que la motivación es el principal parámetro, tanto de la legitimación interna o jurídica, como de la externa o democrática de la función judicial¹⁵⁶².

Por su parte, Roxin afirma que con la fundamentación de la sentencia debe mostrarse a los participantes que se ha administrado justicia, colocando a las personas autorizadas para impugnar, en condiciones de emitir un juicio correcto sobre la interposición de recursos y se hace posible que la instancia superior examine la sentencia¹⁵⁶³.

En el ámbito de la doctrina nacional, Baytelman sostiene que la fundamentación de la sentencia impone al juez exigencias en cuanto al sentido de la ley por el cual opta. Agrega que el antiguo automatismo que venía de la mano del modelo del silogismo judicial, parece hoy inaceptable frente a la demanda de un derecho que responda a la mejor interpretación que la cultura jurídica y las valoraciones político criminales exhiban de las normas y principios en cuestión, lo cual pone a los jueces en un rol central de elaboración normativa y perfeccionamiento del derecho, a través del cual someter a constante discusión las normas por medio de las cuales se ha reglado la delicada función de imponer el castigo más severo que la sociedad democrática concibe para los individuos¹⁵⁶⁴.

En cuanto a la jurisprudencia, una interesante SCA de Santiago, de 1° de enero de 1969, que se pronunció sobre una contienda de competencia entre un Juez del Crimen y un Juez de Policía Local, estableció que el primero de ellos no podía hacer uso de la facultad que le otorga el art. 494 N° 5 del CP, sin disponer de los elementos de juicio que le permitan calificar las lesiones de leves, por lo que no puede declararse *a priori* incompetente para conocer de la causa¹⁵⁶⁵. En el mismo sentido, Alex van Weezel refiere que la CS, en sentencias de 1971 y de 1981, estimó que el juez debe siempre fundar la calificación, declarando los argumentos por los que considera que las lesiones no comprendidas en el art. 397 del CP merecen la calificación de menos graves o de leves. La primera de las sentencias mencionadas correspondería a una casación de oficio por falta de consideraciones del juez del fondo sobre la calificación del hecho como lesiones menos graves, pues ella no atiende –una vez descartada la aplicación del art. 397– a la “clasificación del daño sufrido”¹⁵⁶⁶.

Así las cosas, creo que existen fuertes argumentos legales, constitucionales y de doctrina para sostener que el juez está obligado a fundamentar cuáles son los hechos y de qué forma estos hechos constituyen las circunstancias valorativas del art. 494 N° 5 del CP, si se pretende calificar una lesión como leve, o bien, para argumentar que dichas circunstancias no concurren en el caso de concluir que las lesiones deben ser calificadas como menos graves. Del mismo modo, y a la luz del alto estándar de fundamentación que exige el sistema procesal penal al juez o jueces de la causa, es posible concluir que de no satisfacer tales exigencias, tanto la sentencia como el juicio deberían ser anulados conforme a lo dispuesto en los arts. 1, 342 letras c) y d) y 374 del CPP, en relación con lo prescrito en los arts. 399 y 494 N° 5 del CP.

¹⁵⁶² FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría de garantismo penal*, op. cit., pp. 622-623.

¹⁵⁶³ ROXIN, *Derecho procesal penal*, Editores del puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 425-426.

¹⁵⁶⁴ BAYTELMAN Y OTROS, *Nuevo proceso penal*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2000, p. 295.

¹⁵⁶⁵ RCP, Santiago, año 1969, T. XXVIII, p. 82.

¹⁵⁶⁶ VAN WEEZEL, “Lesiones leves y lesiones del art. 399 del CP: dos supuestos “menos graves” del delito de lesiones”, op. cit., p. 3.

6.3. Práctica jurisprudencial tiende a establecer como leves las lesiones en atención al tiempo que éstas demoran en sanar

Sin perjuicio que el criterio de la CS es uniforme en cuanto a establecer que el límite entre las lesiones menos graves y leves debe sopesarlo el juez en atención a la concurrencia o no de elementos valorativos que permitan desplazar el tipo penal de la figura básica a la privilegiada de lesiones leves, salvo cuando el afectado corresponda a las personas referidas en el art. 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, existe en nuestros tribunales de primera instancia, una práctica habitual, consistente en determinar dicho límite de manera resultativa, considerando como lesiones leves aquellas que producen enfermedad o incapacidad para el trabajo por *un período que dure hasta siete días y como lesiones menos graves* las que producen enfermedad o incapacidad para el trabajo por *un período que exceda de siete días*¹⁵⁶⁷. A juicio de Politoff, Matus y Ramírez¹⁵⁶⁸, lo anterior se produce por las dificultades prácticas de aplicar la distinción propuesta por el Código y a su juicio tal solución se extrae del inciso 1° del art. 196 E de la Ley de Tránsito, el cual delimita las lesiones leves en base a la *objetiva duración del tiempo de curación o incapacidad que producen las lesiones*, regla que pese a estar establecida en el ámbito de los delitos de manejo en estado de ebriedad, sería aplicada por los tribunales a toda clase de lesiones, particularmente a las derivadas de los accidentes de tránsito¹⁵⁶⁹.

Esta práctica de atender únicamente al resultado para delimitar las lesiones leves de las menos graves adolece de las críticas hasta aquí ya esbozadas, en el sentido de que no considera para nada el desvalor del acto. Así, pese a que por las circunstancias fortuitas, la lesión resultante pudo ser de una pequeña entidad, puede ocurrir que el objeto utilizado para provocarla y la zona afectada podrían ser indicativas de un alto grado de desvalor de acto y pese a ello tendrían que ser sancionadas como lesiones leves, con la injusticia manifiesta que de ello se deriva. Del mismo modo, es evidente que los tipos establecidos atendiendo únicamente al desvalor del resultado son más propensos a ser interpretados como delitos calificados por el resultado o admitir tendencias favorables al *versari in re illicita* con la manifiesta infracción que para el principio de culpabilidad ello significa¹⁵⁷⁰.

7. Conclusiones

1. Entre las lesiones menos graves y leves, de acuerdo con el texto y la historia de la ley, el límite no se establece en atención al resultado lesivo para el bien jurídico protegido de la salud de la víctima, sino a criterios valorativos, constituidos por la calidad de las

¹⁵⁶⁷ Así en sentencia emanada del JG de Talca, dictada en causa RUC N° 0400019159-6, RIT N° 2549-2004, el acusado fue condenado como autor de la falta del art. 494 N° 5 del CP por agredir con golpe de puño en el rostro a la víctima, quien transitaba por la vía pública, ocasionándole lesiones consistente en contusiones que según la hoja de atención de urgencia fueron catalogadas como leves por el médico de turno. Lo mismo ocurre en sentencia dictada en causa RUC N° 060082289-5, RIT N° 5 del año 2007 y en causa RUC N° 0600870149, RIT N° 12 del año 2007, terminada por sobreseimiento definitivo, ambas del JG de Molina. En el mismo sentido resolvió el JG de La Calera en causa RUC N° 700548635-6, RIT N° 1730 del año 2007.

¹⁵⁶⁸ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, p. 113.

¹⁵⁶⁹ Según esta regla, “se reputarán leves” “todas las lesiones que produzcan en el ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo mayor de siete días”.

¹⁵⁷⁰ Sobre el principio de culpabilidad, ver RIVACOBA Y RIVACOBA, “El Principio de culpabilidad en el CPch”, en *Actas de las jornadas internacionales de DP, en celebración del centenario del CPch*, Valparaíso, 1975, pp. 49 y ss.

personas y las circunstancias del hecho, lo cual encuentra eco en la jurisprudencia de la CS pero no en los tribunales de primera instancia, los cuales tienden a considerar los días que las lesiones tardan en sanar al momento de establecer la diferenciación.

2. La doctrina tradicional chilena sostiene que las lesiones se estructuran sobre la base de un delito fundamental, que es el de lesiones menos graves, construyéndose una derivación calificadora constituida por las lesiones graves y otra privilegiada, es decir, las lesiones leves. Tal estructura ha sido cuestionada por quienes sostienen que se trata de tipos autónomos y diferenciados. Sin embargo, dicha afirmación no se condice con el texto legal del art. 494 N° 5 de CP, que tipifica las lesiones leves y que otorga al juez la posibilidad de desplazar la calificación jurídica desde el tipo básico hacia el tipo privilegiado en atención a criterios valorativos consistentes en la calidad de las personas o en las circunstancias del hecho, salvo la excepción referida al art. 5° de la Ley de violencia intrafamiliar. Por lo tanto, es posible afirmar que el tipo penal de lesiones leves se remite y se encuentra subordinado al delito de lesiones menos graves, de modo tal que los elementos valorativos de la calidad de las personas y las circunstancias del hecho no modifican el tipo penal de las lesiones menos graves, en su esencia, sino que sólo constituyen criterios que tienden a disminuir el injusto del hecho o la reprochabilidad del autor. Así, al ser las lesiones leves una derivación típica no autónoma, el hecho derivado permanece, conforme a la sustancia y forma jurídica, dependiente del delito básico, sin perjuicio de tener una calificación jurídica distinta, rigiendo, en consecuencia, para el delito derivado, todas las reglas de interpretación admitidas para el delito fundamental.

3. Entre las lesiones menos graves y las lesiones leves existe un concurso de leyes penales resuelto por el principio de especialidad, a favor de las lesiones leves, en aquellos casos de lesiones menos graves en los cuales concurre alguno de los elementos valorativos contemplados en el art. 494 N° 5 del CP y el hecho no se comete en contra de alguna de las personas que menciona el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar.

4. En cuanto al elemento valorativo de la *calidad de las personas* del artículo 494 N° 5, del análisis histórico, semántico y doctrinario, podemos concluir que dice relación con situaciones en las cuáles, el menor injusto de las lesiones leves se fundaría en la mayor dignidad o jerarquía del sujeto activo del delito en relación con la víctima, conclusión absolutamente incompatible con un DP liberal propio de un Estado social y democrático de Derecho. Es, en consecuencia, abiertamente inconstitucional y anacrónico, motivo por el cual debería ser eliminado del CP.

5. En lo que dice relación con el elemento valorativo de las *circunstancias del hecho*, éste comprende situaciones en las cuales los medios empleados, la región del cuerpo afectada, el lugar donde se encontraba la víctima o su contextura orgánica, no constituyen un mayor riesgo para el bien jurídico protegido, es decir, la antijuridicidad material del acto es escasa, y el grado de injusto de la conducta desplegada por el autor se ve disminuido. Además, incluye casos en los cuales es el juicio de reproche el que puede verse disminuido por algún motivo que influya en la imputabilidad del sujeto, decreciendo su capacidad para comportarse de acuerdo con el conocimiento de la antijuridicidad del acto o cuando concurren en el hecho, circunstancias que influyan en una menor exigibilidad.

6. La solución adoptada por el CPch para calificar una lesión como leve es más ventajosa que centrar por completo el análisis en el tiempo que las lesiones tardan en sanar, porque las injusticias que pudieren derivarse de un régimen que se centra

únicamente en el resultado pueden ser mucho mayores a las que podría traer consigo un sistema basado en criterios valorativos, ya que aun cuando los medios empleados, la región del cuerpo afectada, el lugar donde se encontraba la víctima o su contextura orgánica, constituyan un serio riesgo para el bien jurídico protegido, es posible que la lesión tarde sólo unos pocos días en sanar.

7. Interpretando el art. 494 N° 5, la jurisprudencia de la CS es uniforme al establecer que la calificación jurídica de un hecho como lesiones menos graves o leves, corresponde realizarla privativamente al juez de fondo, según su apreciación y criterio, sin que sea posible revisar dicha decisión por la vía del recurso de casación en el fondo (hoy recurso de nulidad). Sin embargo, si no se exige que los jueces fundamenten cuáles son las razones para estimar que concurren o no en la especie, circunstancias que permitan determinar un mayor o menor injusto o una mayor o menor culpabilidad, la decisión quedaría entregada a la arbitrariedad judicial. El principio de fundamentación de las sentencias y el derecho al recurso exigen que el juez explique qué hechos y de qué forma constituyen las circunstancias valorativas del art. 494 N° 5 del CP, si se pretende calificar una lesión como leve. De lo contrario, tanto la sentencia como el juicio deberían ser anulados conforme a lo dispuesto en los arts. 1, 342 letras c) y d) y 374 del CPP, en relación con lo prescrito en los arts. 399 y 494 N° 5 del CP.

Capítulo VI

E. Relación o vínculo de causalidad y de imputación objetiva

Sumario: 1. Introducción.— 2. Elementos de la relación entre la conducta y el resultado lesivo para la salud individual.— 3. Relación entre el vínculo causal y la imputación objetiva.— 4. Relación o vínculo de causalidad.— 5. Imputación de la conducta (presupuesto de imputación) .— 5.1. Concepto normativo de peligro en el marco de la teoría de la imputación objetiva.— 5.2. Juicio de peligro objetivo-subjetivo. 5.3. Presupuesto de imputación.— 5.4. Criterios de interpretación del presupuesto de imputación.— 5.4.1. Principio de insignificancia.— 5.4.2. Riesgo permitido.— 5.4.3. Adecuación social.— 5.4.4. El principio de confianza.— 5.4.4.1. Restricciones al principio de confianza.— 5.4.4.1.1. Sólo puede confiar quien se ha comportado correctamente.— 5.4.4.1.2. Principio de defensa.— 5.4.4.1.3. No se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero.— 5.4.4.1.4. Sólo se puede confiar si no existe un deber de evitar o compensar la conducta incorrecta del tercero.— 5.4.5. Consentimiento.— 5.4.5.1. Atipicidad de las autolesiones.— 5.4.5.2. Efectos del consentimiento en la doctrina y legislación española.— 5.4.5.2.1. Ámbito de aplicación del art. 155 del CPes.— 5.4.5.2.2. Requisitos del consentimiento en la legislación española.— 5.4.5.2.3. Análisis del art. 156 del CPes.— 5.4.5.2.4. Alcance del precepto y supuestos incluidos.— 5.4.5.2.5. Esterilización de incapaces.— 5.4.5.3. Efectos del consentimiento en la doctrina y en la legislación chilena.— 5.4.5.4. Panorama en el APCPCH.— 6. Imputación objetiva del resultado (relación de riesgo).— 6.1. Conducta alternativa adecuada a Derecho.— 6.1.1. Evitabilidad ex post del resultado.— 6.1.2. Grupos de casos.— 6.1.3. Distinción de las perspectivas ex ante y ex post.— 6.1.4. Solución: Evitabilidad ex post del resultado como criterio de imputación.— 6.2. Incremento del riesgo.— 6.3. Conductas concurrentes de terceros o de la víctima.— 6.3.1. Intervención de conductas posteriores de terceros.— 6.3.1.1. Intervención dolosa de terceros.— 6.3.1.2. Intervención imprudente de terceros.— 6.3.2. Casos de daños sobrevenidos con posterioridad.— 6.3.3. Casos en que se produce un segundo daño o una agravación del primero no imputable al autor.— 6.3.4. Puestas en peligro de un tercero aceptada por éste.— 6.3.5. Casos de autopuesta en peligro.— 6.3.5.1. Autopuesta en peligro voluntarias en ocasiones de salvación arriesgada.— 6.3.5.2. Autopuesta en peligro en el cumplimiento de un deber.— 6.3.5.3. Autopuesta en peligro dolosa.— 6.3.6. Provocación imprudente de suicidio.— 6.4. Fin de protección de la norma.— 6.4.1. Fin de protección de la norma penal o del deber objetivo de cuidado.— 6.4.2. Criterios para delimitar el ámbito de protección.— 6.4.3. Idoneidad general del deber de cuidado para luchar contra determinados peligros.— 6.4.4. Búsqueda de la específica dirección de protección.— 7. Conclusiones.

1. Introducción

Una de las características más marcadas de la evolución de la dogmática penal, consiste precisamente en la normativización de los elementos de la teoría del delito¹⁵⁷¹

¹⁵⁷¹ La escuela neokantiana, a partir de Mayer aceptó la existencia en el tipo de los *elementos normativos*, dejando de ser concebido como una categoría valorativamente neutra. Mayer partía del *carácter no valorativo del tipo*, la realización del tipo era un indicio de antijuridicidad, el tipo se relaciona con la antijuridicidad como el humo con el fuego. El humo no es fuego, ni contiene fuego, pero permite

extraer la conclusión de que hay fuego salvo prueba en contrario. Según Mayer, el tipo es solo *ratio cognoscendi*, un indicio denotador de antijuridicidad pero no es componente de ella. Para él, en principio, los *elementos del tipo son descriptivos*, no contienen su valoración, la que sólo se produce en la antijuridicidad. Según Mayer, los elementos normativos son “*auténticos elementos de la antijuridicidad*. Puesto que una circunstancia que no señala la antijuridicidad, sino que la fundamenta, que no es, por consiguiente, *ratio cognoscendi* sino *ratio essendi*, pertenece a la antijuridicidad, es parte integrante de ésta (MAYER, DP, PG, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, p. 231). Pero esos elementos son impropios, porque *la ley los convierte en objeto del dolo*. Los elementos normativos del tipo tienen, para Mayer, una doble posición: aparecen como si estuvieran fijadas con un gancho a la tipicidad y con otro a la antijuridicidad, tienen un doble carácter: son elementos normativos (y con ello inauténticos) de la tipicidad y, a la vez, auténticos elementos de la antijuridicidad (MAYER, DP, PG, op. cit., p. 228). Para Mayer excepcionalmente los tipos tienen elementos valorativos, los cuales son cuerpos extraños al tipo y que se encuentran ubicados en la descripción porque el legislador lo decidió, pero naturalmente pertenecen a la teoría de la antijuridicidad. Al admitir, de manera excepcional, elementos valorativos en la esfera del tipo penal, se había abandonado la afirmación de la escuela positivista, consistente en que el tipo penal tenía un carácter no valorativo (ROXIN, DP, PG, op. cit., pp. 281-282). El descubrimiento de los *elementos normativos del tipo* se impuso rápidamente, poniéndose de manifiesto que el número de los elementos normativos era mucho mayor de lo que inicialmente se había supuesto. Así, la clasificación que Mayer hacía en *tipos normales*, que eran aquellos que sólo contenían elementos descriptivos, y *tipos anormales* que, en cambio, eran aquellos que contenían o integraban elementos normativos o subjetivos, perdió sentido, toda vez que del solo recorrido por el CP resulta que, de seguir esta clasificación, los tipos anormales serían más que los tipos normales, por cuanto es frecuente que el legislador utilice elementos normativos para describir la conducta típica. La evolución de la admisión de los elementos normativos llegó a su punto culminante al probar Wolf que incluso elementos presuntamente descriptivos puros, como “hombre” (ser humano) o “cosa” son normativos, al menos en sus ámbitos fronterizos, o sea, que requieren de una valoración judicial orientada a la antijuridicidad, y, ello es correcto, ya que, por ejemplo, para determinar desde cuándo el sujeto adquiere la calidad de ser humano es la ley la que entrega elementos para determinar desde cuándo hay un ser humano (ROXIN, DP, PG, op. cit., p. 282). El tipo aparece como una figura normativa, un “inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser”. De ello se deriva que ya no es posible sostener el carácter no valorativo del tipo. Mezger sostuvo que la antijuridicidad consiste en un juicio impersonal y objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico en su conjunto, lo cual no excluye el hecho de que el DP a través del *tipo* destaque o delimite un campo especial del injusto al cual asocia una pena. Mezger concibe el tipo penal como tipo de injusto, que al describirlo adquiere una significación material, constituyendo el fundamento del injusto, la *ratio essendi*. Cuando una conducta típica que se beneficia con una causa de exclusión del injusto no viene a convertir en legítima una situación antijurídica, sino que la conducta no es antijurídica desde un principio (MEZGER, DP, PG, op. cit., T. I. pp. 131-162). Mezger, partiendo de una concepción imperativa monista de las normas, niega autonomía a las normas permisivas. Las normas permisivas que subyacen a las causales de justificación sólo tienen sentido en referencia a un mandato o a una prohibición, sólo hay un permiso para hacer lo prohibido o lo ordenado, no hay un permiso independiente en sí mismo. Dice que la división entre tipicidad y antijuridicidad es antinatural, porque el legislador incorpora en el tipo todos los elementos de los cuales depende la ilicitud del delito. Por lo tanto, la tipicidad es un juicio provisorio de ilicitud, el juicio definitivo depende de si concurre o no alguna causal de justificación. Las causales de justificación están en la parte general sólo por razones de economía legislativa para no repetir las en cada tipo de la parte especial. Esta teoría desemboca en la *teoría de las causales de justificación como elementos negativos del tipo*, para la cual el legislador describe en el tipo los elementos en que se funda el injusto, esto es, los elementos descriptivos y, además, expresa que no concurren los elementos de una causal de justificación. Así, las causales de justificación y los elementos de hecho que las componen son elementos no expresados que forman parte del tipo, esto es, elementos negativos del tipo. Cada tipo especial sólo adquiere sentido cuando se vinculan sus elementos positivos y negativos en una unidad llamada *tipo total*. El *tipo total de injusto* contendría todos los elementos de la antijuridicidad llenándose de valoraciones. Hoy tiene varios adeptos esta teoría (así por ejemplo, LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., pp. 329 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Curso de DP, PG*, Editorial Experiencia, Barcelona, 2004, pp. 21 y ss. etc.). Hay autores que la rechazan, pero aceptan sus efectos prácticos (MIR PUIG, DP, PG, op. cit., pp. 158-159). Esta teoría, que experimentó un impulso decisivo por parte del *pensamiento referido al valor* del neokantismo, sigue siendo dominante en un sector de la doctrina actual. Sin embargo, el reconocimiento de la normatividad del tipo ha dado lugar a que se plantee la cuestión de si realmente

y, en particular del tipo penal¹⁵⁷². En efecto, luego del fracaso de las teorías individualizadoras de la causalidad de corte ontológico, la doctrina intentó limitarla con criterios normativos como la *teoría de la acción social* formulada por Welzel¹⁵⁷³ y más recientemente con la llamada *teoría de la imputación objetiva*, ideada por Larenz y Mayer, a partir de la idea de acción e imputación de la teoría filosófica hegeliana¹⁵⁷⁴, tomada por Roxin años más tarde¹⁵⁷⁵ y desarrollada por Roxin quien sentó las líneas básicas de la teoría en estudio, a través del llamado *principio de la creación de un riesgo jurídicamente relevante*^{1576/1577}. Sin embargo, no existe en la actualidad consenso

puede mantenerse la concepción del tipo como característica sistemática autónoma frente a la antijuridicidad (ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 283.).

¹⁵⁷² CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22.

¹⁵⁷³ Welzel sostiene que quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido. Welzel propone llamar sintéticamente a estas acciones “socialmente adecuadas”; la adecuación social es el significado social de un comportamiento de no estar prohibido; por ello, este comportamiento tampoco puede constituir un injusto penal; este, según Welzel, sólo comienza una vez traspasada la adecuación social (CANCIO MELIÁ, “La teoría de la adecuación social en Welzel”, en *ADPCP*, 1993, pp. 698-699; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., p. 36; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del, “Fin de protección de la norma de cuidado”*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pp. 155-160 y MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva del resultado*, Editorial Edersa, Madrid, 1992, pp. 22-30).

¹⁵⁷⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva del resultado*, op. cit., pp. 19-22 y FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 151-160.

¹⁵⁷⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 151-160.

¹⁵⁷⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva del resultado*, op. cit., pp. 35-36; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., p. 40 y FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 162-171.

¹⁵⁷⁷ Roxin intentó, en los delitos imprudentes, establecer limitaciones político-criminales que evitaran soluciones injustas, a través de filtros normativos de análisis *ex post*, que determinaran cuándo se debe imputar resultados a una conducta descuidada. Pretendía, con una interpretación teleológica de los tipos penales, limitar la imputación del resultado marcada por la causalidad. Plantea conseguir la delimitación de infracciones del deber que fundamentan el tipo, dejando a fuera a aquellas que son irrelevantes para el mismo. Su primera propuesta fue rechazada por la doctrina en Alemania y en España. Roxin intentó resolver los problemas de las “conductas alternativas adecuadas a Derecho”, aceptándola cuando es seguro que el resultado es consecuencia del riesgo permitido, incluso rechazando la consideración de cursos lesivos hipotéticos. Pero cuando sólo se puede probar que probable o posiblemente se hubiera producido también el resultado, Roxin propone la “*teoría del incremento del riesgo*”, cuyo método consiste en comparar una hipotética conducta que observe el riesgo permitido con la conducta realizada por el autor. Si la conducta del autor incrementa la probabilidad de lesión con respecto a la hipotética permitida, la lesión del deber encaja en el tipo y, por tanto, tendremos un tipo imprudente consumado. Si no se incrementa el riesgo no se puede imputar el resultado. Es decir, en caso de duda sobre si el riesgo no permitido se ha realizado en el resultado, éste se imputa, si se constata que el autor ha creado un riesgo no permitido. Se intenta morigerar las consecuencias extremas exigiendo que el incremento sea importante, sustancial, considerable, relevante, etc. Pero, ¿Qué nivel de riesgo es importante? En los supuestos de infracciones leves en ámbitos muy reglados como el tráfico viario la “*teoría del incremento del riesgo*” convierte la imputación del resultado en algo prácticamente automático. Además, ¿Cómo se determina la probabilidad de lesión de la conducta hipotética adecuada a Derecho? ¿Cómo se mide la diferencia de probabilidades entre la conducta defectuosa efectivamente realizada y la conducta hipotética adecuada a Derecho? Esta teoría supone una interpretación desmedida de los tipos penales que no respeta el límite literal posible de los preceptos de la parte especial. El que crea un riesgo no permitido “*practica todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado*”, pero no “*mata*” o no causa una lesión o, por lo menos, no se prueba que mate o cause una lesión. Realiza una conducta que se puede calificar como tentativa acabada, pero que no se sabe si se ha consumado como homicidio o lesiones. Si la “*tentativa imprudente*” es impune, se debe respetar esa decisión del legislador. La impunidad no justifica convertir toda tentativa dudosa de haberse consumado en un delito consumado, en el cual es esencial constatar que el resultado es consecuencia de un riesgo no permitido. No se desvalora la producción *típica* (mediante un riesgo típico) de un resultado, sino generar riesgos determinados estadísticamente, con lo cual se incurre

en la doctrina, respecto a que debe entenderse y cuál es el alcance que ha de darse a la teoría imputación objetiva. En efecto, se discute, si la teoría de la teoría de la imputación objetiva, tiene únicamente por finalidad limitar la extensión desmesurada de la causalidad, en los delitos de resultado¹⁵⁷⁸ o si es un elemento nuclear de la tipicidad que, conforme a una concepción funcional de la teoría del delito¹⁵⁷⁹, gobierna todo el tipo objetivo¹⁵⁸⁰. Por el contrario, un sector de la doctrina, en cambio, incluso niega a la teoría de la imputación objetiva relevancia en dogmática de la parte general¹⁵⁸¹. Kaufmann discute que la teoría de la imputación objetiva, que nació en el ámbito de los delitos imprudentes¹⁵⁸², pueda ser traspasada al ámbito de los delitos dolosos¹⁵⁸³.

en la idea versarista de que no es posible diferenciar en una conducta una parte permitida y otra prohibida, y por tanto el autor responde de todo lo que sea consecuencia de su comportamiento antijurídico. La norma penal no protege a los bienes jurídicos frente a todo tipo de riesgos. Ni siquiera aunque ciertos riesgos no desvalorados se creen mediante una conducta antijurídica. De *lege data* la “teoría del incremento del riesgo” no respeta las exigencias mínimas del principio de legalidad. Los tipos exigen causar un resultado por imprudencia. La creación de un riesgo no permitido no es un elemento suficiente para sostener la presencia de un delito consumado, aun cuando se aluda a razones político-criminales atendibles de *lege ferenda*. Los ciudadanos tienen el deber de no crear o evitar riesgos no permitidos, pero para poder imputar *ex post* el resultado e imponer una pena por un delito imprudente, el tipo exige que ese riesgo no permitido sea precisamente el que explica el resultado sin lugar a dudas razonables. Para castigar la no prevención de riesgos no permitidos y la existencia de una situación de peligro concreto están los delitos de peligro (FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 162-171).

¹⁵⁷⁸ En tal sentido entendía la imputación objetiva Honig (CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., p. 24).

¹⁵⁷⁹ Así, Mir Puig afirma que la teoría de la imputación objetiva desarrolla un planteamiento fructífero con carácter general. No se trata sólo de un correctivo a veces necesario de la causalidad, sino de una exigencia general de la realización típica. Es más, En los delitos de acción la relación de causalidad, es necesaria pero no suficiente para la imputación objetiva del resultado. En los delitos de comisión por omisión la imputación objetiva no requiere una propia relación de causalidad, sino sólo que el sujeto no hubiese impedido el resultado cuando debió hacerlo en virtud de su posición de garante. La relación de causalidad ni es suficiente (en los delitos de acción) ni es siempre necesaria (en los delitos de omisión): lo único común a todo tipo de resultado es la necesidad de su imputación (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 236-238).

¹⁵⁸⁰ De esta manera, Jakobs y Frisch han intentado desarrollar una teoría de la imputación objetiva que se extienda más allá de la imputación de resultados y han desarrollado también una normativización de la imputación de conductas (FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 218 y ss.). En efecto, para Jakobs el tipo se divide en *tipo objetivo* y *tipo subjetivo*. El *tipo objetivo* es la parte externa del delito, con el tipo objetivo surge el delito como magnitud social, y por tanto, penalmente relevante. Tratar el tipo objetivo antes que el subjetivo responde sólo a una razón expositiva, el tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo, en su configuración anticipada (dolo) o anticipable (imprudencia), el tipo objetivo es un parte de la psiquis del autor y por tanto, si se procediese de otro modo, debería exponerse a partir de su reflejo psíquico, es decir, indirectamente (JAKOBS, *DP, PG*, op. cit., p. 223). La *interpretación de los tipos objetivos* es función de la *parte especial*, en la cual deben según Jakobs tratarse los *elementos normativos del tipo*, los *elementos de la autoría* y los *elementos que describen una conducta* (JAKOBS, *DP, PG*, op. cit., p. 224). Luego, el *tipo objetivo* abarca tanto a la *acción* entendida como la causación evitable de un resultado y la *teoría de la imputación objetiva*.

¹⁵⁸¹ Kaufmann en Alemania y Cuello Contreras en España (CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., p. 24)

¹⁵⁸² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005, p. 1.

¹⁵⁸³ Kaufmann, para negarse a que la “imputación objetiva” se traspasara, también como teoría del tipo, al ámbito del delito doloso, afirma que: “tiene escrito en la frente que proviene del delito imprudente” (FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 162). No cabría, por lo tanto, realizar una teoría conjunta de la teoría de la imputación objetiva para el ámbito de los delitos dolosos e imprudentes.

Además, Hirsch señala que en el ámbito de los delitos imprudentes, la teoría de la imputación objetiva carece de relevancia, ya que sus propuestas sólo reproducirían los contenidos ya elaborados por la dogmática de la imprudencia con la infracción del deber objetivo de cuidado y con la relación de

Además se cuestiona el supuesto carácter objetivo de la teoría de la imputación objetiva, toda vez que desde el punto de vista del baremo con el cual ha de apreciarse la situación en concreto, se acude a los conocimientos especiales del autor, con lo cual, la teoría perdería su pretensión de objetividad^{1584/1585}. A lo anterior, se suma el hecho de que entre los partidarios de la teoría de la imputación objetiva, no existe acuerdo en cuáles son los criterios que la teoría comprende y cuál es la ubicación sistemática de los mismos¹⁵⁸⁶.

contrariedad a deber (CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pp. 56-59).

¹⁵⁸⁴ CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pp. 59-62.

¹⁵⁸⁵ En todo caso hay que señalar que Jakobs ha separado de una forma tan radical la “imputación objetiva” de la subjetiva y ha desarrollado criterios objetivos de imputación ajenos a aspectos personales. A diferencia de Roxin, que en este caso tenía que ceder a una cierta subjetivación, Jakobs, a diferencia de la doctrina dominante, considera que los conocimientos y capacidades superiores a los correspondientes al rol social que desempeña una persona no deben ser tenidos en cuenta. Su punto de partida es que sólo deben tomarse en consideración los conocimientos o capacidades que forman parte del rol social en el que actúa el sujeto, ya que si no existe obligación de adquirir dichos conocimientos y facultades no tiene sentido que exista una obligación de activarlos una vez adquiridos. Si la persona no es garante de adquirirlos no existe expectativa de que los ponga en funcionamiento. Sin embargo, sus conclusiones no son satisfactorias en los casos límite (FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 162).

¹⁵⁸⁶ En efecto, por ejemplo Roxin, máximo representante de la imputación objetiva, vinculada a la teoría del “principio del riesgo”, sostiene que un resultado causado por el sujeto que actúa solo debe ser imputado al causante como su obra y solo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción, cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo. Roxin propone como criterios, en el ámbito de la creación de un riesgo típicamente relevante: a) la disminución del riesgo, b) la falta la creación de peligro, c) la creación de peligro y cursos causales hipotéticos d) el riesgo permitido. Luego en la realización del riesgo no permitido en el resultado lesivo, Roxin plantea los siguientes criterios: a) la falta la realización del peligro, b) la falta la realización del riesgo no permitido, c) el fin de protección de la norma de cuidado, d) la conducta alternativa conforme a Derecho y e) la combinación teoría del incremento del riesgo y fin de protección. Por último, en la esfera del alcance del tipo, Roxin señala los siguientes criterios: a) Cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, b) la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste y c) la atribución a la esfera de responsabilidad ajena. En el ámbito de los delitos imprudentes Roxin considera además el principio de confianza. Estos criterios cristalizaron la fórmula según la cual para que un resultado sea objetivamente imputable a un comportamiento causal en relación con dicho resultado, es necesario que el comportamiento incorpore un riesgo jurídicamente desaprobado que sea el que se realiza en el resultado (ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 362 y ss. y 1004 y ss.).

Jakobs, por su parte, intenta crear una teoría general del comportamiento imputable. Postula que el sistema de la teoría del delito debe tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que corresponde al ciudadano. La teoría de la imputación objetiva es un mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, que permite constatar cuando una conducta tiene carácter objetivamente delictivo. Mediante la teoría de la imputación objetiva, se determina si concurre una expresión de sentido típica que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión. La teoría de la imputación objetiva se divide en dos niveles: la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento), y la constatación en el ámbito de los delitos de resultado, de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado). En el primer nivel, se proponen los siguientes criterios: a) el riesgo permitido, b) el principio de confianza, c) la actuación a riesgo propio de la víctima y d) la prohibición de regreso. Jakobs configura el *riesgo permitido* partiendo de una definición normativa del “riesgo permitido”, el cual se define como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, es decir, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación. El *principio de confianza* determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo una actividad generadora de un cierto riesgo permitido, la obligación de tener en cuenta las fallas de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad, de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido, y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos. La “actuación a riesgo propio” o

A pesar de las dificultades antes enunciadas y de que se trata de un tema que por su importancia y complejidad ha sido fruto de muchas y extensas investigaciones, creo necesario analizar el problema de la causalidad y de la teoría de la imputación objetiva, por la importancia que tiene dicho tema en el delito de lesiones, como delito de resultado, y, porque me parece del todo relevante clarificar aquellas situaciones que, en el ámbito del delito de lesiones, han de resolverse en la tipicidad y no en el análisis de las causas de justificación, como clásicamente se solía hacer.

2. Elementos de la relación entre la conducta y el resultado lesivo para la salud individual

En los delitos de resultado, como es el tipo de lesiones, la concurrencia de un delito consumado requiere del acaecimiento del resultado típico separado en tiempo y espacio de la conducta del autor, en este caso consistente en una lesión para el bien penalmente tutelado de la salud individual física o mental¹⁵⁸⁷. Por lo tanto, la principal cuestión a resolver consiste en aclarar qué elementos vinculantes deben concurrir entre la conducta llevada a cabo por el sujeto activo y resultado lesivo, para poder imputarle, el resultado como una obra suya¹⁵⁸⁸. A la constatación de los presupuestos con los que es lícito considerar un resultado (en este caso de lesiones) como obra de un determinado sujeto, se la denomina imputación al tipo objetivo¹⁵⁸⁹.

Para poder imputar jurídicamente un hecho como realizador del tipo objetivo, en los delitos de acción (más no en los de omisión) es necesario que el resultado haya sido causado por la conducta (*relación o vínculo de causalidad*), sin embargo, ello no basta, por cuanto es necesaria la creación de un riesgo típicamente relevante y una determinada relación de riesgo entre el resultado y la conducta *ex ante* idónea para provocar el resultado lesivo (*imputación objetiva*)¹⁵⁹⁰.

Por lo tanto, en el análisis categorial de la teoría del delito, debemos partir por establecer la relación de causalidad y luego el resto de los presupuestos de imputación¹⁵⁹¹.

“competencia de la víctima”, mediante la cual Jakobs propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso, tan solo ha sido esbozada en algún trabajo monográfico y en su tratado sobre la PG aún presenta un tratamiento disperso y poco coherente en algunos puntos. La “prohibición de regreso” pretende enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos; de este modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible. Para Jakobs, la prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede ser “distanciado” de él. Por otro lado, el segundo nivel de imputación, la realización de riesgos o imputación objetiva del resultado, sostiene que para que el resultado sea típico, este debe presentarse como emanado del riesgo típico, que constituirá la *explicación* de éste. En este sentido, en caso de concurrir varios riesgos alternativos, solo sirve de explicación del resultado aquel riesgo cuya omisión hubiera evitado de modo planificable el resultado (CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pp. 50-54).

¹⁵⁸⁷ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 296-297 y ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 345.

¹⁵⁸⁸ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 345.

¹⁵⁸⁹ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 345 y ss.

¹⁵⁹⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 236-237.

¹⁵⁹¹ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 346.

3. Relación entre el vínculo causal y la imputación objetiva

La relación de causalidad y la imputación objetiva no son categorías penales contrapuestas, sino dos instituciones autónomas y válidas, con naturaleza y finalidades distintas y propias¹⁵⁹².

En efecto, la *relación de causalidad* es una institución penal que tiene naturaleza ontológica, es decir, que pertenece al mundo de lo fáctico y que desde una perspectiva científico-naturalista, nos sirve para explicar cómo han acontecido los hechos y que razones no pueden explicarlos¹⁵⁹³. Evidentemente, la afirmación anterior debe ser matizada, en el entendido de que no nos encontramos ante un juicio absoluto, como pretendían los positivistas a fines del siglo XIX y principio del siglo XX, sino ante un *juicio de carácter probabilístico*, como fue demostrado en el campo de las llamadas ciencias exactas¹⁵⁹⁴. Sin embargo, no por tratarse de un juicio de probabilidad, es por ello menos importante, toda vez que conforme al principio de *presunción de inocencia*, el ente acusador, mediante la prueba de cargo, debe acreditar racionalmente, conforme a los estándares probatorios exigidos por la ley y de acuerdo con las leyes científicas de la probabilidad, la relación o vínculo de causalidad que debe existir entre la conducta del sujeto activo y el resultado típico, en este caso, la lesión de la salud individual, así como la relación de autoría y todos los elementos típicos que fundamentan la comisión de un delito y, por lo tanto, la causalidad debe ser excluida cuando no pueda ser explicada conforme a los hechos probados en el juicio, toda vez que lo contrario significa invertir la carga de la prueba y, con ello, obligar al acusado a probar negativamente la inexistencia de la causalidad, cuestión que, evidentemente, vulnera la presunción de inocencia¹⁵⁹⁵. La relación de causalidad constituye, por lo tanto, un primer momento referido a la determinación de los hechos, que más tarde, en un segundo momento, deberán ser valorados, conforme a la teoría de la imputación objetiva¹⁵⁹⁶. En este orden de prelación, si el ente acusador no logra probar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, no es necesario analizar la imputación objetiva, toda vez que no existen, en tal situación, hechos probados que deban ser valorados, así podemos afirmar que la relación de causalidad opera como un límite previo a la imputación objetiva, necesario para cumplir con los principios de seguridad jurídica y presunción de inocencia¹⁵⁹⁷.

La *imputación objetiva* en cambio, es un doble juicio de atribución de responsabilidad penal, de naturaleza normativa, que busca evaluar tanto la relevancia típica de la conducta, como la relación entre el riesgo típicamente relevante generado por la conducta y el resultado lesivo y, por lo tanto, su finalidad apunta a determinar la relevancia jurídico penal de unos determinados acontecimientos y, por ende, guarda relación con la fundamentación jurídica¹⁵⁹⁸. En un sistema funcional de DP, protector de

¹⁵⁹² CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 594.

¹⁵⁹³ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 595.

¹⁵⁹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas*, op. cit., T. I, pp. 71-72.

¹⁵⁹⁵ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., pp. 593-606.

¹⁵⁹⁶ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., pp. 593-606.

¹⁵⁹⁷ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., pp. 593-606.

¹⁵⁹⁸ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., pp. 593-606.

bienes jurídicos, en donde las normas penales buscan motivar al ciudadano en orden a abstenerse de llevar a cabo conductas lesivas o peligrosas para los objetos penalmente tutelados, la *imputación objetiva* sólo considera como jurídico-penalmente relevante aquellos riesgos derivados de tales comportamientos y, por ello, solo pueden imputarse resultados lesivos derivados de esta clase de riesgos¹⁵⁹⁹. La naturaleza normativa o teleológica de la imputación objetiva, permite abarcar el juicio sobre el injusto típico doloso o imprudente, así como a la imputación del resultado, restringiendo la intervención del DP, a aquellos supuestos en los cuales es posible la protección del bien jurídico¹⁶⁰⁰. La *objetividad* de la imputación objetiva se refiere únicamente a la clase de juicio que se realiza, es decir un juicio objetivo, sin embargo abarca tanto a los aspectos objetivos como subjetivos del tipo, toda vez que un riesgo que no es doloso ni imprudente o doloso e imprudente, en ningún caso puede ser penalmente relevante, por así prohibirlo el principio de culpabilidad, contenido en los arts. 5 y 10 del CPes^{1601/1602}.

4. Relación o vínculo de causalidad

El DP aspira a la conservación de bienes jurídicos haciendo responsable a quien los menoscabe, por lo que si alguien mediante su comportamiento no ha contribuido al quebrantamiento del objeto del bien jurídico protegido (prescindiendo de los casos de tentativa punible) tampoco puede ser castigado y, por ello la causalidad del comportamiento del autor para el advenimiento del resultado es condición necesaria para que pueda serle imputable el resultado acaecido¹⁶⁰³.

La primera formulación de relevancia que responde la pregunta de cuándo una conducta es causa de un resultado típico, es la *teoría de la equivalencia de las condiciones* cuyo método es el de la *supresión mental hipotética*¹⁶⁰⁴. Esta teoría parte por preguntarse cuáles de las distintas *condiciones* concurrentes en la producción de un resultado son, además, *causas* del mismo¹⁶⁰⁵. Para la prueba del nexo causal, recurre al procedimiento de la supresión mental hipotética, en atención al cual, son causas de un resultado aquellas condiciones que excluidas o suprimidas mentalmente hacen desaparecer el resultado¹⁶⁰⁶. Por lo tanto, a la pregunta de ¿qué condiciones son causas de un resultado?, esta teoría responde: todas, no existe en esta teoría diferencia entre

¹⁵⁹⁹ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., pp. 593-606.

¹⁶⁰⁰ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., pp. 593-606.

¹⁶⁰¹ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., pp. 593-606.

¹⁶⁰² En tal sentido, vale la pena tener en consideración la opinión de Mir Puig, quien advierte que la distinción entre parte objetiva y parte subjetiva del tipo es relativa. La parte objetiva del tipo depende de elementos subjetivos, como el conocimiento que tiene el sujeto de la situación y de la intención manifestada del sujeto. Podría cuestionarse, pues, la corrección de la distinción, tal vez reminiscencia a superar de la división causalista del delito en una parte objetiva y otra subjetiva. Si se mantiene, por razones pedagógicas, debe entenderse de forma flexible y a condición de que se advierta la interdependencia de lo objetivo y lo subjetivo (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 236).

¹⁶⁰³ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 297.

¹⁶⁰⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 238 y ss., ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 347 y ss., y JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 298 y ss.

¹⁶⁰⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 238 y ss., ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 347 y ss., y JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 298 y ss.

¹⁶⁰⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 238 y ss., ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 347 y ss., y JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 298 y ss.

condición y causa, y por ello son todas equivalentes¹⁶⁰⁷. De esta forma, “causa” es aquella condición que no se puede suprimir mentalmente sin que el resultado, en la forma concreta en que se produjo, también desaparezca¹⁶⁰⁸. Así, es causa del resultado toda condición concurrente a su producción, que al ser suprimida mediante una operación mental hipotética, determina la supresión del resultado^{1609/1610}.

El problema que se produce con esta teoría es que su postulado central, según el cual toda condición del resultado es igualmente causa del mismo, conduce a una determinación amplísima de la causalidad que tiende al infinito¹⁶¹¹. Así, por ejemplo, puede ocurrir que el automovilista que atropella levemente a alguien, dejándole lesiones, llame a la ambulancia para que traslade al herido al hospital, pero en el trayecto choca y demora la atención, al llegar por fin al hospital, no pueden ingresar porque acaba de comenzar un incendio y así sucesivamente, pueden establecerse causas hasta el infinito (atropello, choque, incendio, incluso la fabricación del auto).

La fórmula de la *conditio sine qua non* encuentra dificultades en ciertos casos, como cuando se desconoce el modo en que la causa desencadena el efecto, ya que la supresión hipotética nada dice acerca de si aquella ha tenido o no influencia sobre el resultado¹⁶¹². En tales circunstancias, se desconoce, por lo tanto, si la circunstancia fue condición del resultado¹⁶¹³. Un ejemplo claro es el caso alemán de la thalidomida o contergan o el caso español del aceite de colza, en los que se acusa a la fórmula de *petición de principio*, ya que presupone el conocimiento de la eficacia causal de la supuesta condición, acudiendo a la llamada causalidad general¹⁶¹⁴. Además, el carácter hipotético de la fórmula puede conducir a negar la causalidad en supuestos en los cuales sin duda concurre, lo que sucede en los casos de *causalidad hipotética* y de la *causalidad alternativa*¹⁶¹⁵. La *causalidad hipotética* consiste en aquellos casos en los cuales el resultado causado se hubiere producido igual y en el mismo momento por otra causa¹⁶¹⁶, como sucedería si, por ejemplo, se reprocha haber realizado un fusilamiento ilícito en situación de guerra y el acusado alega que si se hubiera negado, otro habría realizado el fusilamiento, entonces se puede suprimir mentalmente su hecho sin que

¹⁶⁰⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 238 y ss., ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 347 y ss., y JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 298 y ss.

¹⁶⁰⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 238 y ss., ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 347 y ss., y JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 298 y ss.

¹⁶⁰⁹ ROXIN, *DP, PG*, op. cit. pp. 347 y ss.; MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 242 y ss. y JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 297 y ss.

¹⁶¹⁰ El primer defensor de esta teoría como teoría para la imputación fue el procesalista Julius Glaser, quien ya en 1858 escribía que: “hay un punto de apoyo seguro para examinar el nexo causal; si se intenta suprimir mentalmente al supuesto originante de la suma de los acontecimientos y entonces se ve que a pesar de eso se produce el resultado, que a pesar de eso la serie sucesiva de las causas intermedias sigue siendo la misma, está claro que el hecho y su resultado no pueden reconducirse a la eficacia de esa persona...” (ROXIN, *DP, PG*, op. cit. pp. 348-349).

¹⁶¹¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 239.

¹⁶¹² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 239.

¹⁶¹³ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 239.

¹⁶¹⁴ De acuerdo con esta teoría Hernández Basualto considera legítima la acreditación judicial de un nexo causal aun en un contexto de disenso científico, en la medida en que se adopte un riguroso método de fundamentación, cuyos componentes se desarrollan, que excluya “dudas razonables” (HERNÁNDEZ, “El problema de la “causalidad general” en el DP chileno (con ocasión del art. 232 del APCPCH)”, en *Política criminal*, N° 1, 2006, pp. 1-33, documento disponible en internet, página <http://www.politicacriminal.cl>).

¹⁶¹⁵ ROXIN, *DP, PG*, op. cit. p. 350.

¹⁶¹⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 240.

desaparezca el resultado¹⁶¹⁷. Sin embargo, es claro que en el ejemplo anterior no falta la causalidad a la conducta del autor y de hecho el fusilamiento efectuado por el segundo agente, tampoco podría ser considerado causal, con lo que llegaríamos al absurdo de que la muerte de la víctima no tendría causa¹⁶¹⁸. Lo mismo ocurre en el caso de *causalidad alternativa* en que el resultado fue causado por dos o más condiciones cada una de las causales resultó suficiente por sí sola para producirlo¹⁶¹⁹. Así por ejemplo ocurriría si A y B, actuando independientemente uno del otro ponen veneno en el café de C, si C muere por ello, pero ya la dosis puesta por A o por B hubiera provocado por sí sola la muerte exactamente del mismo modo, se puede suprimir mentalmente la conducta de cada uno de ellos sin que desaparezca el resultado, por lo que volvería a faltar la causalidad respecto de la muerte de C¹⁶²⁰.

Sin embargo, a pesar de sus falencias, la doctrina actual reconoce que en el plano de la causalidad es correcta la teoría de la equivalencia de las condiciones, en cuanto permite descartar aquellos supuestos en los cuales no es posible demostrar el vínculo causal, pero ha debido ser corregida o complementada por la fórmula de Engisch de la *condición ajustada las leyes generales de la naturaleza, leyes fenoménicas, leyes científicas o reglas de la experiencia*, acorde con la cual, un comportamiento es causa del resultado cuando dicho comportamiento está vinculado con el resultado a través de una serie de modificaciones con arreglo a leyes^{1621/1622}.

¹⁶¹⁷ ROXIN, DP, PG, op. cit. p. 350.

¹⁶¹⁸ ROXIN, DP, PG, op. cit. p. 350.

¹⁶¹⁹ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 240.

¹⁶²⁰ ROXIN, DP, PG, op. cit. pp. 350-351.

¹⁶²¹ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 242.

¹⁶²² Para restringir los resultados de la teoría de la equivalencia de las condiciones, la doctrina elaboró las llamadas teorías individualizadoras de la causalidad, las cuales parten de la distinción de los conceptos de causa y condición. Para ellas no toda condición del resultado puede considerarse causa del mismo, sino sólo aquella condición que se distingue por poseer una mayor eficacia causal que las demás. La teoría de la *causa necesaria* sostiene que sólo es causa del resultado aquella condición de la cual éste es consecuencia necesaria. Si conforme a la teoría de la equivalencia todos son causa de todo, conforme a la de la causa necesaria todos lo son de nada. Porque en los complejos vitales la necesidad causal es algo muy difícil de afirmar. Una herida considerada por lo general como causa necesaria de la muerte, dejará de serlo tan pronto un cirujano demuestre que es capaz de salvar a quien la ha recibido. Tropieza con el obstáculo de que la mayor o menor eficacia causal de una condición constituye una cuestión físico naturalística que no puede decidir la cuestión jurídico penal. La teoría de la *relevancia típica*, planteada por Mezger, parte de la distinción entre la causalidad en sentido de la teoría de la condición y la cuestión de la responsabilidad penal del autor por el resultado. Sostiene que de la equivalencia de todas las condiciones del resultado no se sigue su mismo peso jurídico para la cuestión de la imputación y afirma que lo importante es comprobar que condición del resultado corresponde al sentido del tipo cuya aplicación se cuestiona. Lo importante es establecer cuando la acción típica debe considerarse causa del resultado típico y mientras no se compruebe que concurren tanto la acción como el resultado típico es inútil reflexionar hacer del nexos causal, porque ninguna relación típica puede surgir donde no hay dos elementos típicos que relacionar. Así será necesario encontrar una acción heridora, golpeadora o maltratadora para poder enlazarla al resultado lesivo (art. 397 del CPch). Sostiene que en la mayor parte de los casos de laboratorio no hay acción típica. Así, por ejemplo en el caso del golpe de puños en que el sujeto muere porque la ambulancia choca, esta acción no es típica del delito de homicidio, y por lo tanto, de nada sirve plantearse el problema de la causalidad. Por ello no plantea criterios generales para la restricción de la conexión causal, sin embargo hoy se establecen criterios precisos para la imputación del resultado causado por el autor. La *teoría de la adecuación o de la condición adecuada*, planteada por el lógico y médico friburgués Johannes v. Kries, sostiene que en sentido jurídico penal sólo es causa una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes. Para que la acción pueda ser considerada causal, el acaecimiento del resultado producido por el autor en el desarrollo de su acción debe poder ser considerado probable. La condición debe ser adecuada al resultado y adecuadas son sólo

En definitiva, aun acreditado el vínculo o relación de causalidad, ello no es suficiente, toda vez que nada se ha dicho aun, respecto del juicio de imputación jurídico, que debe operar en el plano normativo, en un segundo nivel de análisis y que corresponde a la teoría de la imputación objetiva, ya que tratándose de un delito de resultado, el vínculo o relación de causalidad y luego, la creación de un riesgo típicamente relevante (presupuesto de imputación), así como la relación de riesgo entre la conducta típica y el resultado lesivo (imputación en sentido estricto), son condiciones necesarias, para la imputación al tipo objetivo en el delito de lesiones.

5. Imputación de la conducta (presupuesto de imputación)

Casi toda conducta puede comportar la presencia o producción de condiciones capaces de lesionar un bien jurídico, pero ello no puede bastar para desaprobala, pues de lo contrario las limitaciones de la libertad alcanzarían una magnitud tal, que ya nadie estaría interesado en participar en la sociedad¹⁶²³. Así, la prohibición y la limitación de la libertad serán idóneas, necesarias y adecuadas en relación con los principios jurídicos vigentes para impedir sólo determinadas lesiones de bienes jurídicos¹⁶²⁴.

Para que la conducta causante de un resultado típico pueda considerarse realizadora de la parte objetiva del tipo, es necesario que *ex ante* aparezca como creadora de un riesgo jurídico típicamente relevante¹⁶²⁵. De esta forma, un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo, si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto¹⁶²⁶.

La creación del riesgo es un presupuesto del desvalor intersubjetivo de la conducta (a decidir *ex ante*) y de la infracción de la norma primaria que prohíbe la conducta¹⁶²⁷. Si falta no solo no se imputará el resultado, sino que tampoco existirá conducta alguna calificable de tentativa, mientras que si la habrá cuando concurra la

aquellas condiciones que típicamente son idóneas para producir aquel. Esta teoría evita el *regressus ad infinitum* de la teoría de la equivalencia. También permite la exclusión de los cursos causales extravagantes. Originariamente fue entendida como una teoría de la causalidad y fue criticada porque no establecía un criterio para decidir, en el caso concreto, cuál de entre las distintas condiciones que concurrieron a la producción del resultado es la que aparece como adecuada a provocarlo de acuerdo con la experiencia general. Así, Cury la tilda de no ser más que una abstracción, una fórmula vaga, inaplicable a la situación específica; un criterio al que es fácil referirse, pero cuya fuente es imposible precisar. Sin embargo, hoy se admite su fundamento material el cual reside en que sólo la aceptación de un riesgo jurídicamente desvalorado puede corresponderse con el sentido de la norma de prohibición, por lo que sólo son imputables aquellos resultados en los que dicho riesgo se ha realizado. Por lo tanto, hoy se dice que una condición es adecuada si la misma ha aumentado la posibilidad del resultado de modo no irrelevante. La adecuación del comportamiento del autor al resultado producido es entendida de acuerdo con el criterio de la probabilidad como presupuesto para que dicho resultado pueda ser objetivamente imputado al autor (Sobre las teorías individualizadoras, ver MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 250-253; ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 347-362; JESCHECK, *DP, PG*, op. cit., pp. 298-307).

¹⁶²³ FRISCH Y ROBLES, *Desvalorar e Imputar*, op. cit., p. 41.

¹⁶²⁴ FRISCH Y ROBLES, *Desvalorar e Imputar*, op. cit., p. 41.

¹⁶²⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 251.

¹⁶²⁶ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 363. En el mismo sentido, Mir Puig expresa que cuando la conducta co-causante del resultado tiene el sentido de evitar otro riesgo en un mismo bien jurídico, se dice que disminuye el riesgo y, por lo tanto, que no crea un nuevo riesgo que permita la imputación objetiva (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 255).

¹⁶²⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 250.

creación del riesgo dolosa y sólo falte la realización en el resultado, como ocurre cuando en un hecho doloso sólo falta la relación de causalidad¹⁶²⁸.

5.1. Concepto normativo de peligro en el marco de la teoría de la imputación objetiva

En el juicio de imputación de la conducta se analiza la creación de un riesgo típicamente relevante, desde un punto de vista normativo, por lo tanto, es importante determinar cuál es el concepto teleológico de peligro, que se utilizará, en DP al momento de evaluar la peligrosidad *ex ante*^{1629/1630} de la conducta¹⁶³¹. En tal sentido,

¹⁶²⁸ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., pp. 250-251.

¹⁶²⁹ Con razón afirma Mir Puig que: “En Derecho penal esto significa que la prohibición de delinquir solo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de que haya delinquirido (*ex ante*), puesto que llegaría tarde si se refiriese al delito ya producido (*ex post*). Y significa, previamente, que la conminación penal no puede limitarse a cumplir la función de respuesta frente al delito una vez cometido, sino que ha de poder ser captada por el ciudadano en el momento de actuar, si es que la pena quiere incidir en su conducta. Todo esto conduce a una concepción preventiva de la pena y a un enfoque *ex ante* de la teoría del delito, en sus dos pilares básicos de antijurídica y culpabilidad” y agrega que: “Si lo que fundamentos la conminación, penal en un Estado social y democrático de Derecho es la necesidad de prevenir delitos, esto solo se puede intentar por parte de una normas penal tratando de motivar a los ciudadanos a que no realicen conductas constitutivas de delito. Ello supone que la evitación de resultados lesivos para la sociedad solo puede ser intentada por las normas penales motivando a la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados. El Derecho no puede prohibir que se produzcan resultados dañinos - ; no puede prohibir que los hombres mueran o enfermen!-, sino solo que los ciudadanos lleven a cabo voluntariamente comportamientos capaces de ocasionar dichos resultados. Un resultado, en sí mismo, no puede infringirlas normas jurídicas ni ser, por tanto, contrario a Derecho -por mucho que pueda suponer la lesión de un bien protegido jurídicamente” (MIR PUIG, “La perspectiva “*ex ante*” en DP”, en ADPCP, 1983, pp. 5-22).

En el mismo sentido, Martínez Escamilla sostiene que conforme al efecto motivador de los preceptos penales, si la norma quiere cumplir su fin de prevenir el menoscabo de bienes jurídicos, tendrá que actuar en el momento en que el menoscabo aún no se ha producido, ha de influir en el ciudadano antes de que éste delinca. Esto presupone, que objeto de la norma entendida como mandato o prohibición sólo puede ser el comportamiento humano y no resultados o procesos causales, pues sólo sobre aquél puede ejercerse influencia, y que dado que la norma debe servir como pauta de conducta, el criterio determinante del desvalor de la acción, ha de ser reconocible para el individuo *ex ante*; éste ha de poder saber qué es lo que está prohibido para así amoldar su comportamiento a los deseos del Derecho. La primera consecuencia de este planteamiento es que el criterio que decide la materia de prohibición no puede ser algo tan sólo constatable *ex post* como es el que el comportamiento haya producido el menoscabo del bien jurídico. La relación causal queda, por tanto, excluida como criterio” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., p. 75).

¹⁶³⁰ Siguiendo el concepto de Jakobs, Feijóo Sánchez suscribe un concepto empírico de riesgo, como un conjunto de condiciones que permiten explicar un suceso y sostiene que la determinación de lo que es un riesgo es una cuestión puramente naturalista de acuerdo con las leyes de la naturaleza o de la experiencia reconocidas como validas, pero la imputación del riesgo o de una parte de un riesgo a una persona es ya una cuestión puramente valorativa, que depende de criterios valorativos. Agrega que se pretende defender un juicio objetivo de adecuación o idoneidad previo a la valoración de la vinculación subjetiva del autor con su hecho. Sostiene que los denominados “conocimientos especiales” pueden hacer que el autor conozca la lesividad de su conducta -que, a lo mejor, la inmensa mayoría de las personas sería incapaz de reconocer- pero no puede convertir lo que es objetivamente inocuo en lesivo. En este sentido, dice que la “teoría de la adecuación” sigue manteniendo vigencia a través de lo que modernamente se conoce como “principio del riesgo”, convirtiéndose en uno de los requisitos de los tipos puros de resultado (FEIJÓO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales*, Editorial Edijus, Zaragoza, 1999, pp. 34-37).

¹⁶³¹ El riesgo, entendido como peligrosidad de la conducta, es el elemento determinante del desvalor de la acción y desempeña un papel básico en la fundamentación del injusto porque constituye la exigencia mínima que ha de satisfacer un comportamiento para poder ser calificado de disvalioso, es decir, el DP

podemos señalar que el peligro es una característica que describe la relación de medio a fin, entre el sujeto y su conducta y como tal, es un atributo del comportamiento, el cual, así determinado, no tiene una existencia independiente de una conducta situada en un determinado momento¹⁶³².

En este contexto, el peligro dice relación con un comportamiento peligroso, en el cuál, el autor, no está en situación de decidir evitar o permitir con seguridad un daño que se tiene por posible¹⁶³³. Por lo tanto, para el DP, un concepto normativo de peligro, dice relación con la probabilidad de lesión de un bien jurídico^{1634/1635}.

La creación de un riesgo típicamente relevante implica por una parte, desde un punto de vista objetivo-normativo, la existencia de un peligro *ex ante*, consistente en la probabilidad de lesión de un bien jurídico que no puede ser evitada con certeza por el autor y por la otra, desde un prisma subjetivo, que el peligro sea conocido o cognoscible por el autor, toda vez que, en este segundo aspecto, sólo son típicamente relevantes los riesgos dolosos o imprudentes, o bien, dolosos e imprudentes¹⁶³⁶.

Así, por ejemplo, en el caso de la tentativa, aun cuando no existe un resultado lesivo, su punición requiere de la creación dolosa de un riesgo típicamente relevante.

5.2. Juicio de peligro objetivo-subjetivo

El peligro objetivo necesario para fundamentar la creación de un riesgo típicamente relevante, se establece mediante un juicio de probabilidad objetiva determinado en base a la frecuencia con que tales acontecimientos han tenido lugar en el pasado¹⁶³⁷. La probabilidad objetiva, debe restringirse por la probabilidad subjetiva, entendida como posibilidad de conocimiento por el sujeto del grado de probabilidad objetiva¹⁶³⁸.

El grado de probabilidad penalmente relevante se determinará en base al bien jurídico en riesgo (aspecto cualitativo) y según la amplitud de riesgo permitido en el sector de actividad de que se trate (aspecto cuantitativo)¹⁶³⁹.

sólo puede prohibir conductas peligrosas (MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., pp. 76-77).

¹⁶³² MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., p. 54-58.

¹⁶³³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 178.

¹⁶³⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 178-179.

¹⁶³⁵ Adhiriendo a un concepto normativo de riesgo, Castaldo afirma que por “riesgo jurídicamente relevante” o “significativo” debe entenderse la creación de un estado de peligro, capaz de provocar la reacción del ordenamiento jurídico que, con la concurrencia de ulteriores condiciones, permitirá imputar a su autor el hecho producido como consecuencia. De ahí que la no superación del umbral de la relevancia excluye de partida, aun en presencia de acciones peligrosas, la subsistencia del hecho típico (CASTALDO, “La concreción del riesgo jurídicamente relevante”, en *Política criminal y nuevo DP*, Editorial Bosch, Barcelona, 2002, p. 234).

¹⁶³⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 178-179.

¹⁶³⁷ Al respecto hay que tener en cuenta que en la actualidad la evolución tecnológica ha determinado un apreciable cambio en la aproximación a la temática del peligro. La configuración de la sociedad como “organización de riesgo”, provoca el aumento del número de situaciones de peligro. Y su masificación como consecuencia del progreso científico (ambiente, química, genética) ha supuesto una crisis profunda -y forzosamente irreversible- del modelo clásico de intervención penal (CASTALDO, “La concreción del riesgo jurídicamente relevante”, op. cit., p. 234).

¹⁶³⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 182 y ss.

¹⁶³⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 179-182.

Por lo tanto, en este acápite nos referiremos a un concepto normativo de peligro obtenido a través de un juicio de carácter objetivo-subjetivo, el peligro objetivo dice relación con su peligrosidad objetiva y se encuentra limitado por la probabilidad subjetiva, consistente en su cognoscibilidad, y por el criterio del riesgo permitido, este peligro debe valorarse *ex ante* por lo que se denominará “riesgo”, a diferencia del “peligro”, determinable únicamente *ex post*, en el que se constata si el riesgo generado por la conducta típicamente relevante, sea materializado o no en el resultado lesivo^{1640/1641}.

5.3. Presupuesto de imputación

El presupuesto de imputación es un juicio *ex ante* de carácter objetivo-subjetivo que recae sobre la conducta¹⁶⁴². En los supuestos en los que el sujeto realiza conscientemente la conducta peligrosa para un bien jurídico, aceptando su posible lesión, es decir, en los casos de creación de un riesgo típico doloso, si bien es más sencillo probar la tipicidad de la conducta que en los imprudentes, en muchos casos tales como ocurre con deportes como el boxeo, en donde gana precisamente quien logra dejar inconsciente a su rival (*Knockout*), se crean riesgos típicos de lesión que pese a todo no se consideran típicamente relevantes¹⁶⁴³. Los problemas de imputación en los delitos dolosos, incluso de homicidio o lesiones, se repiten en cualquier ámbito cuando la creación del riesgo se produce en el seno de organizaciones¹⁶⁴⁴. Por lo tanto, siempre se debe probar que la conducta del sujeto era relevante desde una perspectiva jurídico-penal, en tanto era no permitida, suficiente y adecuada *ex ante* para lesionar el bien jurídico protegido en ese precepto penal, y no sólo la concurrencia formal de los elementos típicos¹⁶⁴⁵.

5.4. Criterios de interpretación del presupuesto de imputación

Son aquellos que permiten restringir el ámbito del tipo penal, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, por no concurrir en el caso concreto el desvalor de la conducta¹⁶⁴⁶.

Los criterios de exclusión del presupuesto de imputación son: el principio de insignificancia, el criterio de la adecuación social, el criterio de *disminución del riesgo*, el principio de confianza y el consentimiento.

¹⁶⁴⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 206.

¹⁶⁴¹ Castaldo, por su parte, postula determinar el riesgo típicamente relevante, ponderando los factores de cantidad de riesgo, utilidad social de la actividad y la cualidad o especie de riesgo (CASTALDO, “La concreción del riesgo jurídicamente relevante”, op. cit., pp. 234-239).

¹⁶⁴² CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *indubio pro reo*-”, op. cit., p. 607.

¹⁶⁴³ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *indubio pro reo*-”, op. cit., p. 607.

¹⁶⁴⁴ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *indubio pro reo*-”, op. cit., p. 607.

¹⁶⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *indubio pro reo*-”, op. cit., p. 607.

¹⁶⁴⁶ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *indubio pro reo*-”, op. cit., p. 607.

5.4.1. Principio de insignificancia

La exigencia general de una mínima peligrosidad aparente *ex ante* en los delitos de lesión, se fundamenta en el hecho de que no tiene sentido prohibir conductas que en el momento de ir a realizarse no parezcan suficientemente dañosas¹⁶⁴⁷.

Este criterio, comprende aquellos supuestos en que *ex ante* no existe un riesgo cuantitativamente suficiente¹⁶⁴⁸ y, por lo tanto, aun en los casos en que concurra un riesgo no permitido, cabe acudir al estudio de la “cantidad” de riesgo, ya que la mayor o menor probabilidad objetiva de que el peligro se convierta en lesión del bien jurídico permitirá, en determinadas circunstancias, negar la relevancia típica del riesgo, pese a su “cualidad” de no permitido, con base en el *principio de insignificancia*¹⁶⁴⁹.

El concepto de insignificancia refleja la idea de “mínimo riesgo”, es decir, no suficiente para alcanzar relevancia penal, aun cuando cualitativamente no se trate de un riesgo permitido y así, en los delitos imprudentes, el principio de insignificancia es válido, únicamente, en el juicio sobre la relevancia típica del riesgo, pero no en la determinación del deber objetivo de cuidado¹⁶⁵⁰. Por lo tanto, hay dos valoraciones que realizar respecto de la conducta: un primer juicio consiste en determinar si el riesgo que genera la conducta es o no cualitativamente permitido, dependiendo fundamentalmente de la mayor o menor utilidad social y un segundo juicio consiste en establecer si el riesgo inherente a la conducta es insignificante o suficiente¹⁶⁵¹. El aspecto cualitativo se examinará de acuerdo con el principio del riesgo permitido, mientras que el aspecto cuantitativo lo será según el principio de insignificancia, así por ejemplo, el hombre que planta un árbol de belladona, independientemente de que espere que un niño se envenene, puede crear un riesgo no permitido según las circunstancias en que lo haga: en el camino a la escuela por el que pasan todos los niños, en el propio patio de una escuela, o, por el contrario, en su jardín o en un campo de muy difícil acceso¹⁶⁵².

Pero ¿qué ocurre cuando el autor obró con la intención de producir el resultado, mediante una conducta que *ex ante* se presentaba como insuficientemente peligrosa para considerarla “adecuada” para causar el resultado?¹⁶⁵³

Un ejemplo de esta situación, es el llamado “caso del tirador inexperto”, en el cual un sujeto inexperto en armas, dispara en contra de un tercero, con el ánimo de lesionarlo o de matarlo, pero desde una distancia tal que incluso a un buen tirador le sería difícil acertar. El supuesto plantea la cuestión de si en la determinación del primer elemento de la relación de imputación objetiva: concurrencia de un riesgo jurídico-penalmente relevante, debe seguirse el mismo *baremo* en los delitos dolosos e imprudentes o no¹⁶⁵⁴. Al respecto pueden adoptarse *dos puntos de vista*, ya que por un lado, es posible entender que la relación de imputación objetiva se conforma de modo idéntico en los delitos dolosos e imprudentes, de manera que si el riesgo no muestra objetivamente la entidad que sería suficiente para fundar la imputación del resultado en un hecho cometido sin dolo, tampoco podría imputarse objetivamente el resultado a la

¹⁶⁴⁷ MIR PUIG, “*La perspectiva “ex ante” en DP*”, op. cit., p. 11.

¹⁶⁴⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 251.

¹⁶⁴⁹ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 609.

¹⁶⁵⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 293.

¹⁶⁵¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 293.

¹⁶⁵² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 293.

¹⁶⁵³ MIR PUIG, “*La perspectiva “ex ante” en DP*”, op. cit., p. 11.

¹⁶⁵⁴ SILVA, CORCOY Y BALDÓ, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. parte general*, op. cit., pp. 120-121; MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 252.

conducta en los casos dolosos, ya que esta postura plantea la separación de imputación objetiva e imputación subjetiva, entendiendo que la imputación objetiva y, en suma, el grado de peligrosidad objetiva cuya concurrencia es precisa para la imputación objetiva ha de ser la misma en los delitos dolosos e imprudentes¹⁶⁵⁵. El segundo punto de vista, sostiene que la presencia de dolo influye sobre la imputación objetiva, de manera que, dado un riesgo que en un hecho no doloso no sería suficiente para la imputación del resultado, concurriendo dolo, ese mismo riesgo sí pueda resultar suficiente para la imputación del resultado, porque la presencia de dolo determinaría por sí sola un aumento de la peligrosidad del hecho, de manera que un riesgo insuficiente para la imputación se haría suficiente al concurrir el dolo, porque éste incrementa la peligrosidad objetiva, de manera que desde una perspectiva más subjetivista, la presencia de dolo exigiría un menor riesgo objetivo¹⁶⁵⁶. Si el sujeto obrara sin dolo de matar, esto es, se dispusiera, por ejemplo, a cazar, a sabiendas de que en su línea de disparo se halla una persona, pero a una distancia tal que incluso un buen tirador que se lo propusiera no podría alcanzarla, sería difícil advertir la existencia de un riesgo jurídicamente relevante que permitiera imputar a ese cazador inexperto la muerte de la otra persona, en el caso de que efectivamente la produjera¹⁶⁵⁷. Dada la total improbabilidad *ex ante* (por la inadecuación de los disparos) de un impacto en la persona, no cabría hablar de homicidio imprudente¹⁶⁵⁸. Si el tirador inexperto obra con dolo, la *doctrina mayoritaria* se inclina por imputar el hecho al sujeto activo, de manera que si el disparo impacta en su víctima se le imputará un homicidio doloso, ya que, además de la relación de causalidad (cuya determinación no plantea problemas) podría afirmarse la imputación objetiva (un riesgo jurídicamente relevante y su realización en el resultado producido), lo que trae como consecuencia que si el tirador inexperto no hace impacto en su víctima, ello permitirá excluir el elemento de “realización del riesgo en el resultado”, pero no, en cambio, el elemento de “creación de un riesgo jurídicamente relevante” y dado este riesgo *ex ante* y el dolo de consumación, habría que concluir que el tirador inexperto es responsable de una *tentativa punible*, y no en cambio autor de una *tentativa impune*, sin embargo, es discutible que la presencia de dolo tenga tanta fuerza como para convertir en tentativa punible un riesgo que, en sí mismo, y ausente el dolo, no sería suficiente para fundamentar la imputación del resultado a título de imprudencia es discutible y de ahí que un *sector de la doctrina* señale que la “infracción del deber de cuidado” es un elemento típico común a los delitos imprudentes y dolosos, singularizándose estos últimos por añadirse a la infracción del deber de cuidado la presencia de dolo¹⁶⁵⁹. En estos supuestos en los que el riesgo es remoto y sólo la presencia de dolo los convierte en jurídico penalmente relevantes debería atenuarse la responsabilidad del autor de modo trascendente respecto a los supuestos estándares de riesgo jurídicamente relevante¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁵ SILVA, CORCOY Y BALDÓ, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. parte general*, op. cit., p. 121.

¹⁶⁵⁶ SILVA, CORCOY Y BALDÓ, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. parte general*, op. cit., p. 121.

¹⁶⁵⁷ SILVA, CORCOY Y BALDÓ, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. parte general*, op. cit., p. 121.

¹⁶⁵⁸ SILVA, CORCOY Y BALDÓ, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. parte general*, op. cit., pp. 121-122.

¹⁶⁵⁹ SILVA, CORCOY Y BALDÓ, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. parte general*, op. cit., p. 122.

¹⁶⁶⁰ SILVA, CORCOY Y BALDÓ, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. parte general*, op. cit., p. 122; MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., 252-253.

5.4.2. Riesgo permitido

El criterio del riesgo permitido fue elaborado por la jurisprudencia alemana en la segunda mitad del siglo XIX, precisamente en relación con las muertes y lesiones imprudentes en el ámbito de la industria y como necesidad de favorecer la industrialización con los riesgos que esta conlleva¹⁶⁶¹. Así, mientras que en ámbito de los delitos dolosos fue generalmente rechazado, se desarrolló considerablemente en el ámbito de los delitos imprudentes¹⁶⁶².

Roxin entiende por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causales de justificación, excluye la tipicidad¹⁶⁶³. Para Rehberg, en cambio, es el peligro concreto que el hombre puede crear sin que por ello o por la lesión del bien jurídico que de ello se derive pueda ser hecho responsable penalmente¹⁶⁶⁴. Cancio Meliá por su parte, entiende por riesgo permitido aquella institución dogmática que determina el “estado de interacción normal” en el trato de determinados riesgos, en el sentido de que se trata de una determinación general para determinados tipos de actividad, no vinculada (a diferencia del ámbito de la justificación) al contexto particular, y, en ese sentido, implica la “legitimación de espacios de libertad de actuar generales”, en cuanto elemento del tipo objetivo de los delitos dolosos e imprudentes¹⁶⁶⁵. Por último, para Martínez Escamilla, el riesgo permitido es todo aquel que acompaña a una conducta objetivamente prudente¹⁶⁶⁶.

La vida moderna, el desarrollo de la economía, la creación de nuevos puestos y métodos de trabajo, el desarrollo de la medicina, las investigaciones científicas, la creación de nuevas tecnologías, de nuevos productos alimentarios, sanitarios, etc., el tráfico aéreo, rodado, por ferrocarril de personas y de mercancías, la explotación de minas y de canteras, la fabricación productos químicos y explosivos, la utilización con diferentes fines de gas, dinamita, etc., la producción de energía nuclear, etc., implican aceptar una gran cantidad de riesgos necesarios para poder mantener los actuales niveles de desarrollo^{1667/1668}. Así, por ejemplo, pese a que una de las mayores causas de lesiones, muerte y de daños materiales, se produce en la actividad de tráfico rodado, muy pocas personas estarían dispuestas a eliminar tal actividad, argumentando para ello, que se trata de un ámbito que genera un altísimo nivel de riesgo para la vida y para la salud individual de las personas y lo mismo sucede en la actividad industrial, la cual produce contaminación que puede afectar la salud de las personas, y sin embargo, en virtud de los beneficios que de esta clase de actividades se generan para el bien de la sociedad, no solo se permiten, dentro de ciertos márgenes, si no que se las estimula, a

¹⁶⁶¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 295.

¹⁶⁶² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 295-296.

¹⁶⁶³ ROXIN, *DP, PG*, op. cit. pp. 371.

¹⁶⁶⁴ REHBERG, citado en CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 297.

¹⁶⁶⁵ CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., p. 74.

¹⁶⁶⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., p. 137.

¹⁶⁶⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., pp. 131-132.

¹⁶⁶⁸ En tal sentido, respecto de los tipos imprudentes, Feijóo Sánchez afirma que el deber de cuidado se adecúa a la vida social para no convertir el DP en un lastre y para no convertirse en una limitación de la libertad de actuación que en el marco del ordenamiento jurídico tendría necesariamente que ser considerada como inadecuada y que, además, tendría un carácter disfuncional por conducir ineludiblemente a la inactividad social. En ciertos caso la libertad de actuación queda reconocida como algo interesante para el conjunto de la sociedad (FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 274-275).

pesar de los riesgos que involucran, por estimar que la utilidad social es mayor que los costos asociados a la misma¹⁶⁶⁹.

Al respecto hay que tomar en consideración que el DP es un ordenamiento *fragmentario* y la *ultima ratio* del ordenamiento¹⁶⁷⁰. La función preventiva del DP no significa protección absoluta de los bienes jurídicos, los cuales, en todo caso, no representan exclusivamente valores individuales¹⁶⁷¹. Por ello, a la hora de establecer los límites de intervención, debe tenerse en cuenta que las normas extrapenales toleran, permiten, o incluso, fomentan o favorecen ciertas actividades que encierran un peligro abstracto o que estadísticamente son idóneas para lesionar bienes protegidos por el DP¹⁶⁷². Por esta razón, el DP no puede considerar intolerable para la convivencia la realización de estas actividades riesgosas, ya que sería absurdo considerar penalmente relevantes aquellas conductas que se hallan integradas en el funcionamiento del orden social¹⁶⁷³. Los adelantos técnicos y científicos de los que hoy gozamos, han costado un número elevado de lesiones, las cuales no siempre se encontraban fuera de un cálculo de probabilidad¹⁶⁷⁴. Por lo tanto, hay que admitir los riesgos que la actividad socialmente útil entraña pero sólo hasta la medida de lo que se entiende por socialmente soportable¹⁶⁷⁵.

No obstante lo anterior, el hecho de que el ordenamiento jurídico admita o tolere de forma genérica ciertas actividades que encierran peligros, no impide que se castiguen las imprudencias que se puedan producir en el marco de dichas actividades, ya que sólo se admite el ejercicio correcto de ciertas actividades o profesiones que encierran peligros¹⁶⁷⁶.

El riesgo ínsito en esta clase de actividades, trae como consecuencia, que en algunas el legislador permita reglamentariamente un determinado grado de riesgo, como en el caso del límite de velocidad máxima en el tráfico rodado o la fijación de un nivel máximo de contaminantes en el caso de las industrias¹⁶⁷⁷. La actuación dentro del riesgo permitido impide la imputación al tipo objetivo y, por lo tanto, respetando las reglas previamente establecidas, la actividad se puede desarrollar libremente, pese a que ésta implica un nivel de riesgo nada despreciable^{1678/1679}. Así por ejemplo, si A es atropellado por B pese a observar el cuidado necesario en el tráfico, B habrá causado lesiones o, incluso la muerte de aquél, pero no le ha lesionado o matado en el sentido de los tipos penales de lesiones o de homicidio, ya que sólo el hecho de rebasar el riesgo

¹⁶⁶⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 298 y ss.

¹⁶⁷⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 268.

¹⁶⁷¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., p. 133.

¹⁶⁷² FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 268.

¹⁶⁷³ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 268-269.

¹⁶⁷⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 271.

¹⁶⁷⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., p. 133.

¹⁶⁷⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 268-269.

¹⁶⁷⁷ ROXIN, *DP, PG*, op. cit. p. 372 y CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., p. 72.

¹⁶⁷⁸ ROXIN, *DP, PG*, op. cit. pp. 371-372 y CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 298-299.

¹⁶⁷⁹ En tal sentido, Cancio Meliá incorpora en este acápite aquellos supuestos en los que una actividad generadora de riesgos es permitida en determinadas circunstancias, bien existiendo una reglamentación expresa, por ejemplo: el tráfico rodado, el funcionamiento de industrias, la realización de competiciones deportivas, etc., o sin tal reglamentación como ocurre por ejemplo con las “normas de cuidado” conocidas del delito imprudente: los supuestos de *lex artis* en la actividad médica, en la construcción, las precauciones en la educación de los hijos, etc., (CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., p. 72). De acuerdo, ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 372.

permitido crea un peligro, cuya realización hace imputable el resultado como acción típica¹⁶⁸⁰. Sin embargo, el ejemplo anterior debe ser matizado. En efecto, imaginemos que A conduce su coche a la velocidad permitida de 60 km/h., de repente un niño aparece inesperadamente de detrás de unos coches aparcados y cruza la carretera corriendo; A hubiera tenido tiempo de frenar y evitar la colisión o por lo menos disminuir la fuerza de la embestida, sin embargo no lo hace confiando en que el niño, al ver el coche, acelerará la carrera y alcanzará a tiempo la otra orilla¹⁶⁸¹. Si afirmamos que riesgo permitido es aquel que se crea a pesar de la observancia de las reglas establecidas, tendríamos que aceptar que el peligro creado por el comportamiento de A no permite que le sea imputada la muerte o lesiones del niño, sin embargo, tratándose de un menor, se establece una excepción al principio de confianza, y por lo tanto, no basta con cumplir las normas reglamentarias, sino que tratándose de sujetos con ciertas características, resulta exigible un mayor deber de cuidado, incluso por sobre el límite del riesgo permitido¹⁶⁸². De esta manera, podríamos decir que el riesgo que se ha realizado en la muerte o lesiones del niño era un riesgo no permitido y, por tanto, el resultado le es imputable a A, pues de la observancia de las normas de cuidado no se deriva automáticamente el carácter diligente de la conducta, sino que constituyen tan sólo un indicio al respecto, ya que la observancia de determinadas medidas no puede constituir una carta en blanco para el menoscabo gratuito de bienes jurídicos, es decir, para la realización de lesiones evitables sin necesidad de renunciar a la actividad declarada de interés social¹⁶⁸³.

También nos encontramos dentro del criterio del riesgo permitido, en *supuestos de causalidad imprevisible*, en los que el elemento preponderante es la normalidad social de la conducta generadora de riesgos, toda vez que no se pueden imputar riesgos normales de la vida¹⁶⁸⁴. Así por ejemplo, sucede si A persuade a B para que realice un viaje en avión con la esperanza, que luego efectivamente se cumple, de que aquél se estrelle, no se realiza el tipo objetivo del delito de homicidio, pese a haber llevado a cabo su conducta dolosamente¹⁶⁸⁵. Lo mismo sucede en el caso, de que alguien motive a

¹⁶⁸⁰ ROXIN, DP, PG, op. cit. p. 372.

¹⁶⁸¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., p. 136.

¹⁶⁸² MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., p. 136.

¹⁶⁸³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., pp. 136-137.

¹⁶⁸⁴ JESCHECK Y WEIGEND, DP, PG, op. cit., p. 308

¹⁶⁸⁵ Compartiendo esta opinión, Martínez Escamilla afirma que la presencia de dolo no puede convertir un comportamiento objetivamente correcto en uno disvalioso, porque cualquier conducta que ateniéndose a las reglas establecidas se desarrolle en el marco de dicha actividad ha de considerarse permitida sin que sea necesario, a diferencia de lo que ocurre en las causas de justificación, una ponderación de intereses en el caso concreto. Por tanto, conducir está permitido incluso cuando sirve para la consecución de objetivos desvalorados como por ejemplo, la preparación de un delito. El cirujano que opera irreprochablemente no puede ser amenazado con la imposición de una sanción, aun cuando hubiera deseando un resultado lesivo o letal para su paciente. De lo contrario, llegaríamos al absurdo de tener que castigar al cirujano por homicidio frustrado cuando gracias a su buen desempeño la operación resultara un éxito. La presencia de intención, en el caso de la punición dolosa, es requisito necesario para el castigo de un determinado comportamiento, pero no puede ser considerado la razón última de la punición desde la perspectiva de un DP cuya misión es la evitación preventiva de lesiones a bienes jurídicos. El DP no puede pretender erradicar los malos pensamientos y deseos de la mente del sujeto. Con ello no se habría dado ningún paso hacia delante en la protección de bienes jurídicos, puesto que la acción ha sido perfectamente ejecutada. Por lo tanto, el riesgo permitido excluye también la tipicidad de las acciones presididas por el dolo (MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., p. 159-161).

En contra de esta opinión, Feijóo Sánchez afirma que el riesgo permitido, en el marco de los delitos de resultado, sólo tiene relevancia en el ámbito del delito imprudente, ya que a su juicio, la creación dolosa de un riesgo subsumible en el tipo objetivo suele ser penalmente relevante, por lo que la relevancia del

otro a dedicarse a profesiones peligrosas, por mucho que con ello persiga malas intenciones, ello no es jurídicamente abaricable, por ejemplo, como tentativa de lesiones o de homicidio¹⁶⁸⁶. En ambos casos, si no concurre una circunstancia anómala, el riesgo propio de viajar en avión o de dedicarse a una profesión peligrosa, no son riesgos típicamente relevantes, no hay presupuesto de imputación y, por tanto, no tiene sentido hacer referencia a la causalidad o a la posibilidad de imputar el resultado^{1687/1688}.

La cantidad de riesgo que es considerado como permitido en una actividad depende de tres factores: a) La utilidad social preponderante de esa conducta¹⁶⁸⁹. Se plantea un conflicto de intereses entre la mayor o menor utilidad social y el riesgo que se entiende no puede ser previsto (en realidad, que no es exigible prever)¹⁶⁹⁰. La permisión del riesgo va estrechamente vinculado a las ventajas o utilidades generales o interpersonales que reporta un determinado tipo de actividad (libertad de actuación, posibilidades de desarrollo personal o económico, etc.)¹⁶⁹¹. Cuanto más valore la sociedad los fines a perseguir por una determinada modalidad de conducta o actividad, más riesgos estará dispuesta a aceptar, ya que la idea del riesgo permitido supone el reconocimiento colectivo de que, junto con las consecuencias que se persiguen con una determinada actividad hay que asumir otras que no se persiguen¹⁶⁹²; b) Las posibilidades técnicas de controlar el peligro inherente a la actividad, toda vez que el riesgo solo es permitido si la conducta es útil y no existe otro medio o forma de llevarla a efecto¹⁶⁹³; y c) Los costos que la evitación de todos los riesgos posibles conllevaría para la sociedad en general, para la empresa, en particular, o para los trabajadores, harían imposible el desarrollo de la actividad y, así por ejemplo, nadie duda que los aviones podrían estar contruidos con mejores materiales o que las medidas de seguridad en un vuelo podrían ser mayores, pero ello supondría tal subida de costos que impediría que los aviones fueran medios de transporte con precios razonables o asequibles y así, las medidas y la utilización de materiales suelen ser fruto de las mejores posibilidades que puede ofrecer la técnica, sin que por ello la aviación civil deje de desempeñar su función, ya que si bien las empresas de aviación buscan aumentar sus beneficios, ello es correcto mientras se mantengan dentro de los márgenes asumidos por el ordenamiento¹⁶⁹⁴.

En general, la frontera entre el riesgo permitido y no permitido hay que buscarla en una valoración global *ex ante* entre la *utilidad social de la actividad* en que se desarrolla la conducta y la entidad de los *bienes jurídicos amenazados*, así como de la amplitud y proximidad de la lesión del bien jurídico o *grado de probabilidad de lesión*, lo que a su vez depende de las posibilidades de exigir medidas de cuidado que la técnica

riesgo permitido cuando se conoce una situación de peligro concreto es escasa (FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 276-277).

¹⁶⁸⁶ ROXIN, DP, PG, op. cit. pp. 372-373.

¹⁶⁸⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 299-300 y CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pp. 72-73.

¹⁶⁸⁸ Cancio Meliá incluye en el riesgo permitido al principio de confianza (CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pp. 75-79), pero, a mi juicio, dicho principio presente características particulares, que merecen un tratamiento diferenciado.

¹⁶⁸⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., pp. 131-132.

¹⁶⁹⁰ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 608.

¹⁶⁹¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 271.

¹⁶⁹² FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 270-271.

¹⁶⁹³ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 608.

¹⁶⁹⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 271-272.

ofrece para el control de los riesgos y de los costos asociados a estas medidas¹⁶⁹⁵. Así por ejemplo, si la administración de fármacos en periodo de prueba es para curar el cáncer será mayor el riesgo en que se puede situar al paciente que prueba el medicamento, respecto al que se admitiría si la finalidad del fármaco fuese curar la calvicie¹⁶⁹⁶.

La comparación de intereses debe realizarse en base a un juicio objetivo, realizado en el momento de ejecución de la conducta, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes conocidas *ex ante*, que permitan determinar la probabilidad de lesión¹⁶⁹⁷ y los bienes jurídicos amenazados¹⁶⁹⁸. El juicio es objetivo, en tanto abarca tanto el riesgo típicamente relevante propio del juicio objetivo-subjetivo, como los riesgos “previsibles” propios de la actividad, según la experiencia en supuestos similares, pero *inevitables*, dado el estado de conocimientos, razón por la cual, no se exige que sean previstos en el caso concreto y, por lo tanto, pueden considerarse dentro del ámbito del riesgo permitido, así como también, aquellos que, aun siendo evitables, sería excesivamente costoso excluir, es decir, riesgos previsibles pero inexigibles¹⁶⁹⁹.

El DP no puede pretender evitar todos los peligros que se creen para bienes jurídicos, ya que existe un ámbito de riesgo permitido cuyo contenido depende de una ponderación de los intereses en juego, que pueden ser muy variados, económicos, culturales, sanitarios, etc., y así, por ejemplo, la viabilidad de las empresas, no afectan solo a sus dueños, sino también a la sociedad, porque de aquello depende el desempleo, el precio de los productos, etc., y por ello ciertos peligros podrían estar abarcados directamente por el ámbito del riesgo permitido, toda vez que el control total de los riesgos paralizaría la actividad económica, de esta manera, la sociedad no estaría dispuesta a admitir la explotación y utilización de energía atómica si de ello se derivaran el mismo número de víctimas que produce el tráfico rodado, ya que la sociedad se ha acostumbrado ya al riesgo que comporta el tráfico por carretera, además los conductores piensan que pueden evitar los riesgos, creen que son ellos quienes determinan los riesgos a sufrir y, a diferencia de la energía nuclear, el beneficio que comporta el tráfico rodado es apreciado directa y diariamente por el particular¹⁷⁰⁰. Un ejemplo de aquello es la SAP de Barcelona, de 23 de septiembre de 1992, en la que se absuelve a los responsables de las obras de uno de los cinturones de ronda en Barcelona, en donde tras unas lluvias torrenciales se desprendió un talud de contención y murieron dos trabajadores, pese a lo cual, en la sentencia se afirma que el riesgo era evitable pero su evitación hubiera sido tan costosa que no era exigible porque hubiera hecho inviable la realización de esas obras¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁵ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 608.

¹⁶⁹⁶ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 608.

¹⁶⁹⁷ A favor de considerar la probabilidad de lesión de bienes jurídicos se pronuncia MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., pp. 133-135. En contra, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 272-274.

¹⁶⁹⁸ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 608.

¹⁶⁹⁹ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 608.

¹⁷⁰⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., pp. 134-135.

¹⁷⁰¹ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., pp. 608-609.

5.4.3. Adecuación social

Welzel fue el primero en desarrollar el concepto de adecuación social al considerar que las normas contienen descripciones de conductas sociales¹⁷⁰². Para Welzel las formas de conducta seleccionadas por los tipos tienen un carácter social; por lo que “inadecuadas socialmente” serán aquellas conductas que se aparten gravemente de los órdenes históricos de la vida social¹⁷⁰³.

El fundamento de la exclusión del tipo por adecuación social parte de que el legislador no puede prohibir “comportamientos adecuados socialmente”, ya que los bienes jurídicos penales no se protegen de manera absoluta, sino que en relación con las obligaciones sociales y según las necesidades del conjunto de la vida social, las cuales pretenden delimitar aquellos supuestos en que se protege el bien jurídico respecto de aquellos en los que no¹⁷⁰⁴.

Existen ciertas actividades que pese a los riesgos que comportan se encuentran legitimadas social e históricamente han sido admitidas por el Derecho como integrantes del orden social en beneficio de la libertad general de actuación, aun cuando en muchos casos pueda ser discutible su utilidad social¹⁷⁰⁵. Estos riesgos no son relevantes para el DP, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: a) que la persona no tenga datos objetivos concretos que le indiquen la especial peligrosidad de su actuación; o bien b) que no se actúe de forma dolosa (con conocimiento de la situación de peligro concreto) creando un riesgo distinto de aquellos que son consustanciales a la actividad de que se trate¹⁷⁰⁶. Los casos de la letra a), son riesgos que la sociedad acepta para que las personas puedan relacionarse entre sí, como sucede, por ejemplo, con el contagio de enfermedades habituales por vías aéreas, tales como la gripe, ya que, además de tratarse de un riesgo cuantitativamente menor, las medidas de cuidado serían especialmente drásticas (aislamiento al primer síntoma) y afectarían más a la vida social las soluciones al problema que el propio problema (por ejemplo, las bajas laborales serían continuas)¹⁷⁰⁷. Lo mismo sucede en el caso de enfermedades de transmisión sexual, en las cuales los contactos son irrelevantes para el DP, mientras el enfermo no tenga motivos objetivos concretos para sospechar de su enfermedad, de manera que no existe obligación de realizar controles del estado de salud o de no contraer enfermedades contagiosas, sino que el deber de cuidado obliga a no convertirse en fuente de contagio o a avisar de dicha posibilidad de contagio sólo si se tienen datos sobre el padecimiento de la enfermedad¹⁷⁰⁸. Del mismo modo, en los casos de shock, en los cuales por ejemplo, se da una mala noticia que puede provocar un ataque de nervios en otra persona, sólo se infringe el deber de cuidado si se conocen datos sobre los factores de riesgo especiales en el caso concreto, como la especial constitución de la víctima y así por ejemplo, el TS de Stuttgart, negó la comisión de un delito imprudente de lesiones por parte de un conductor que realizó un adelantamiento antirreglamentario en el que rozó al vehículo adelantado y, pese a la levedad de los daños materiales, el conductor del automóvil adelantado se alteró de tal manera que pocas horas después la crisis

¹⁷⁰² CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 609.

¹⁷⁰³ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 609.

¹⁷⁰⁴ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 609.

¹⁷⁰⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 280.

¹⁷⁰⁶ En un sentido similar, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 280.

¹⁷⁰⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 280.

¹⁷⁰⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 281.

nerviosa le provocó un infarto al que logró sobrevivir mediante cuidados médicos, sin embargo, el autor del accidente carecía de datos sobre la propensión especial de la víctima, razón por la cual no es posible imputarle las lesiones derivadas del trauma psíquico¹⁷⁰⁹.

También son un ejemplo de adecuación social, los casos que se producen en el ámbito de ciertas posiciones de garantía como las relaciones paterno-filiales y las tutorías de incapaces, en donde es necesario permitir ciertos riesgos para que no se obstaculice el desarrollo de niños e inimputables a quienes no se les debe proporcionar fuentes de peligros que no puedan comprender en todo su alcance o que no puedan dominar, pero en su proceso de educación y aprendizaje deben ir enfrentando riesgos cada vez mayores, ya que es la única manera de adquirir el carácter de persona autorresponsable y, en este sentido es normal irles facilitando gradualmente el acceso a fuentes de peligro: bicicletas, patines, utilización de cubiertos para comer, ir sin compañía al colegio, hacer recados en la calle, practicar deportes, nadar en el mar, etc., toda vez que la protección absoluta de los niños y adolescentes impediría su desarrollo hacia la madurez y su desarrollo físico, por lo que es preciso asumir ciertos riesgos en estos procesos de maduración¹⁷¹⁰.

Los casos referidos en la letra b), dicen relación con supuestos en los que la creación de un riesgo sólo cobra relevancia penal cuando al menos existe un comportamiento doloso que crea un riesgo distinto de aquellos propios de la actividad, como sucede, por ejemplo, en los deportes en los que el contacto corporal es constante como en el caso del fútbol, rugby, balonmano, etc., en los cuales la fuerza física protagoniza las relaciones entre personas, lo que supone una excepción en el marco de la vida social cotidiana, toda vez que la valoración social de estas conductas impide considerarlas típicamente relevantes a pesar de los riesgos que involucran para la salud individual o incluso, en ciertos casos, como en el del alpinismo, para la vida^{1711/1712}. En las actividades deportivas que implican contactos físicos o incluso golpes intencionales que literalmente caben en el delito o falta de lesiones, según sea el caso, la exclusión de la tipicidad penal procede de la irrelevancia penal de la lesividad del hecho, por ser socialmente admitida, atendido el contexto en que se produce, sin embargo, lo que se acepta es el *riesgo* de padecer las lesiones derivadas de la práctica del deporte, no las que se produzcan dolosamente con absoluto apartamiento de sus normas (por ejemplo, recibir un puntapiés dirigido intencionalmente hacia la nariz del odiado contrincante, durante un partido de fútbol, mientras la víctima se encontraba en el suelo y lejos del

¹⁷⁰⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 281-282.

¹⁷¹⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 283-284.

¹⁷¹¹ Al respecto, GARCÍA ARÁN coincide en que se trata de un caso de atipicidad, expresando que: “parece innecesario para mantener la impunidad de una práctica socialmente admitida y oficialmente regulada, como es el boxeo”, y agrega que: “...estamos ante contextos situacionales en que la realización voluntaria de una actividad que lesiona o pone en riesgo la salud, forma parte de un ámbito en que la sociedad reconoce la disponibilidad sobre el propio cuerpo y que pueden considerarse adecuados socialmente... que evita su consideración como típicos, pero si ello es así, es sólo porque se encuentra presente el consentimiento del sujeto pasivo. Dicho en términos más gráficos, la agresión lesiva que constituye la práctica del boxeo realizada fuera de dicho contexto y contra el consentimiento de quien la padece sería indudablemente típica” (CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP español, PE*, op. cit., T. I, p. 132).

¹⁷¹² Corcoy Bidasolo sostiene que la opinión pública, más o menos manipulada, será la que determine que una conducta pase de ser socialmente adecuada a inadecuada y, por tanto, no permitida, o que de ser socialmente inadecuada pase a considerarse adecuada y, por consiguiente, permitida (CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 610).

balón de fútbol) y que, por tal razón, pueden ser constitutivas de responsabilidad penal¹⁷¹³.

La menor protección de los bienes jurídicos tiene, en parte, su apoyo en que nadie que no quiera jugar un determinado deporte resulta lesionado¹⁷¹⁴. Es decir, el interés de la actividad deportiva mezclado con la asunción voluntaria de los riesgos de dicha actividad, por parte de los perjudicados hace que golpes, derribos o patadas que supondrían un injusto en otro contexto, en el ámbito deportivo se consideren una desdicha¹⁷¹⁵. Lo anterior tiene plena aplicación en tanto no se cree dolosamente un riesgo distinto de aquellos que naturalmente pertenecen a la actividad de que se trate, en cuyo caso el dolo descontextualizaría la lesión deportiva, equiparándola a una lesión producida en cualquier otro ámbito de la vida¹⁷¹⁶.

Otro campo en que es apropiada la utilización del criterio de adecuación social, es el sector de la salud pública donde la opinión ciudadana va restringiendo al máximo los peligros que considera aceptables, siendo un ejemplo de ello el fumar, pero también las exigencias de medidas de higiene alimenticia, como que el pan o la fruta vayan siempre envasados, que los pescados y mariscos sean pasados por lejía antes de su venta, que son decisiones que afectan a todos y que aun cuando restrinjan los peligros, suponen perder calidad de vida, razón por la cual, la sociedad ha de ser informada, para ser poder decidir sobre los riesgos que está dispuesta a asumir¹⁷¹⁷. Otro ámbito en el que es válida la restricción del tipo a través del criterio de la adecuación social es el de las injurias, donde dependerá del lugar, la forma de expresión, el autor, la presunta víctima, etc., que una misma expresión sea considerada lesiva para el honor y, por tanto, típica, o, por el contrario, considerarse socialmente adecuada¹⁷¹⁸.

5.4.4. El principio de confianza

El origen del principio de confianza lo encontramos en la jurisprudencia alemana de mediados de los años sesenta del siglo pasado y fue concebido para determinar la responsabilidad jurídico penal en el contexto del tráfico viario¹⁷¹⁹. En este contexto, la jurisprudencia lo definió como aquel en virtud del cual el participante que cumple con las reglas del tráfico puede confiar en que los demás se comporten de manera reglamentaria, siempre que no se desprenda otra cosa de las circunstancias del caso concreto¹⁷²⁰.

¹⁷¹³ GARCÍA ARÁN, “De las Lesiones”, op. cit., p. 134.

¹⁷¹⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 284.

¹⁷¹⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 284-285.

¹⁷¹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 284-286.

¹⁷¹⁷ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 610.

¹⁷¹⁸ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 610.

¹⁷¹⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 314; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP. Un estudio sobre la aplicación del principio de autoresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Civitas, Pamplona, 2009, p. 46 y 60; ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 1004; PUPPE, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, en *InDret*, 4/2006, p. 3, documento disponible en internet, página www.indret.com y STRATENWERTH, *DP, PG*, op. cit., p. 436.

¹⁷²⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 315; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 61 y ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 1004; PUPPE, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., p. 3 y JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, en *Estudios de DP*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 218.

Habiendo surgido como un principio destinado, fundamentalmente, a determinar la responsabilidad de un sujeto cuando la producción del resultado lesivo se encuentra condicionada por la intervención de terceras personas, era de esperar, que dicho principio se extendiera a otras actividades en las cuales se diera la misma problemática y así, por ejemplo, se ha aplicado en todas aquellas actividades en las cuales concurren distintas conductas peligrosas en una misma situación y, sobre todo, en supuestos en que, con la actuación infractora de un sujeto, se entremezclan otros participantes en la actividad de que se trate, como sucede en los ámbitos en que existe *división del trabajo*, tales como la medicina, los accidentes laborales o en el marco de la responsabilidad por el producto¹⁷²¹.

El principio de confianza sirve como criterio de selección de conductas peligrosas de terceros o de la víctima que deberán ser abarcadas por el deber objetivo de cuidado, entre las cuales sólo podrán considerarse, las que *ex ante* fuesen cognoscibles para el autor¹⁷²². El principio de confianza se configura como una forma particular de aparición del riesgo permitido, delimitando los riesgos propios de la actividad peligrosa, procedentes de terceros, que el sujeto no tiene el deber de controlar y de esta forma, podemos señalar que ocupa un lugar en el ámbito de la imputación objetiva como límite a la creación de un riesgo típicamente relevante¹⁷²³.

En la vida moderna tiene vital importancia la *división del trabajo*, dicho método se utiliza en múltiples ámbitos¹⁷²⁴. Sin embargo dicha forma de organización del trabajo sería imposible o inviable si cada uno tuviese que controlar a absolutamente todo comportamiento de quienes cooperan con él, toda vez que con ello nadie llegaría a cumplir con plena dedicación sus propias obligaciones y el resultado sería, con bastante seguridad, peor que el que se produce si se reconoce el principio de confianza y con ello, el reparto de responsabilidades¹⁷²⁵, el cual, en todo caso, dependerá del orden completo de que se trate, así por ejemplo, deberá recurrirse al ordenamiento del tráfico rodado, a las reglas de un equipo médico que efectúa una operación, a las disposiciones vigentes para el personal de vuelo de una compañía aérea, al reparto de las actividades entre varias empleadas de un jardín de infancia, etc.,¹⁷²⁶.

En el *ámbito de la medicina*, el desarrollo técnico y científico experimentado, así como el alto grado de especialización que este desarrollo lleva, han hecho que la actuación médica curativa se lleve a cabo mediante un *reparto de tareas* o una *división del trabajo* entre varios sujetos que actúan conjuntamente de manera sucesiva o simultánea y que asumen diversas tareas, ya sea en una relación de igualdad o bien, en una relación de superioridad o de subordinación, en un verdadero *trabajo en equipo*, de manera que en cada tratamiento clínico trabajan conjuntamente médicos y enfermeras; en cada operación, en la mesa de quirófano están, junto al cirujano, por lo menos, el anestesista y la enfermera de quirófano y cada médico ayudante que tiene servicio está

¹⁷²¹ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., pp. 97 y ss.; ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 1005-1006; PUPPE, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., p. 3 y JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., p. 218.

¹⁷²² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 317.

¹⁷²³ De acuerdo con esta afirmación, MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 148. De otra opinión, PUPPE, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos*, Granada, 2001, pp. 116-117.

¹⁷²⁴ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 1005-1006.

¹⁷²⁵ PUPPE, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., p. 3

¹⁷²⁶ JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., p. 219.

subordinado a un médico adjunto al que debe recurrir en caso de que sus conocimientos y experiencias no sean suficientes para tomar la decisión necesaria¹⁷²⁷. Esta situación implica que, por lo general, se vean involucradas varias personas en la producción del resultado lesivo, lo que obliga a valorar en qué medida la responsabilidad de cada una de esas personas puede depender de lo que hagan las demás¹⁷²⁸. En otras situaciones se plantea la cuestión de en qué medida quienes intervienen se exoneran recíprocamente de responsabilidad y cuando son conjuntamente responsables¹⁷²⁹.

Así por ejemplo, en opinión de Stratenwerth se debe permitir que el médico confíe en la conducta correcta de terceros, ya que a su juicio, el principio de confianza se fundamenta, en la *responsabilidad de los terceros* y en la posibilidad de diferenciar un *ámbito de responsabilidad primario* basado en una relación directa con el hecho y un *ámbito de responsabilidad secundario* basado en una relación con el hecho mediada por la actuación responsable de un tercero¹⁷³⁰. El principio de confianza supone, en ese sentido, una delimitación del ámbito de responsabilidad primario en los casos en los que interviene una tercera persona responsable a la que el ordenamiento jurídico le impone determinados deberes de cuidado, lo que puede ser fundamentado en el principio de la *autorresponsabilidad*, según el cual el ámbito de responsabilidad del individuo se limita básicamente a su propio actuar y sólo en caso de circunstancias especiales abarca también el actuar de otros, con la consecuencia de que, como regla, no hay por qué tomar en cuenta la posibilidad del actuar descuidado y no precavido de otros, sin embargo tal principio no es absoluto, ya que el sujeto que confía en que el tercero actuará cumpliendo con su deber de cuidado sólo puede ser penalmente responsable si incumple deberes de cuidado de carácter secundario o derivado, así, según Stratenwerth, tales deberes surgen cuando el riesgo ya ha aparecido como consecuencia de la conducta descuidada del tercero, cuando se aprecia una falta de atención o cualquier otra circunstancia que haga temer una conducta incorrecta por parte del tercero o cuando el propio sujeto provoca la conducta indebida del tercero^{1731/1732}.

A lo anterior habría que agregar que la especial relación existente entre el médico y los miembros del equipo puede generar deberes de selección, formación, coordinación, control o supervisión que limitan el alcance del principio de confianza, fundamentalmente cuando existe una división vertical del trabajo y se produce una relación de subordinación entre los distintos intervinientes¹⁷³³. Así, el médico que ha prescrito una medicación tiene que cerciorarse de que la enfermera ha entendido correctamente su prescripción; cuando un médico joven en período de formación tiene

¹⁷²⁷ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 101.

¹⁷²⁸ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 101.

¹⁷²⁹ PUPPE, "División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica", op. cit., p. 3 y MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 99.

¹⁷³⁰ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 102.

¹⁷³¹ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., pp. 101-102.

¹⁷³² Así por ejemplo, la SAP Barcelona (secc. 8ª) de 12 de mayo de 2000, en un caso en que tras una operación exitosa, el médico cirujano abandona la sala de operaciones para rellenar unos formularios y deja a la paciente bajo la vigilancia de la anestesista; la anestesista comete un error al manipular el grifo que suministra oxígeno a la paciente y le produce la muerte. La Audiencia Provincial absuelve al cirujano aplicando el principio de confianza: "Por lo que se refiere al cirujano acusado, debemos acudir al denominado principio de confianza. En efecto, la división del trabajo descrito genera una confianza en el actuar diligente de los demás profesionales de manera que a cada uno de los miembros del equipo no se les puede responsabilizar de los fallos de otro, salvo que la confianza en su actuación sea estimada infundada en atención a la entidad del error, o a la ausencia de cualificación o fiabilidad del directamente responsable".

¹⁷³³ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., pp. 104-105.

que realizar por primera vez una determinada operación, el médico adjunto asume el rol de asistirle y, del mismo modo, la enfermera experimentada en una determinada clase de medicación actúa contrariamente a cuidado cuando sigue sin reflexionar la prescripción de un médico, pese a que podría haberse dado cuenta fácilmente de que el médico se confundió al indicar la dosis¹⁷³⁴.

En Alemania, el BGH agrega como limitación la afirmación de que quien se comporta infringiendo su deber de cuidado no puede confiar en que los demás respeten los propios¹⁷³⁵. Sin embargo, el hecho de que alguien se comporte descuidadamente no es un fundamento para intensificar hasta tal punto los deberes de cuidado para él vigentes que tenga que prepararse para el comportamiento descuidado de otros intervinientes, ya que ello sería aceptar el *versari in re illicita*¹⁷³⁶. La frase del BGH, ha sido interpretada en el sentido de evitar que quienes mediante su comportamiento descuidado han realizado una aportación necesaria para un daño se exoneren recíprocamente, alegando cada uno de ellos que había confiado en que los demás iban a respetar sus deberes de cuidado y así, por ejemplo, si al coser la herida, el cirujano deja una pinza arterial en la zona operada y el médico que se encarga de continuar el tratamiento omite ordenar una exploración con rayos X para el control ulterior de la operación y la pinza sólo se descubre cuando ya ha generado complicaciones masivas que se podrían haber evitado retirando antes el cuerpo extraño, el cirujano no se puede exonerar de responsabilidad alegando que podía confiar en el cuidado del médico encargado del tratamiento posterior, ya que el principio de confianza tiene la función de restringir los deberes de cuidado de cada interviniente, pero no su responsabilidad¹⁷³⁷. Por tanto, el principio de confianza no es aplicable cuando consta que quien interviene se ha comportado contrariamente a cuidado y así pues, para fundamentar que este último responde de todas las consecuencias que haya causado, no es necesaria una proposición cuyo contenido sea que quien se comporta contrariamente a cuidado no se puede acoger al principio de confianza¹⁷³⁸.

Las actividades realizadas en el seno de una empresa, sobre todo en el *ámbito de la construcción*, es una actividad especialmente peligrosa en la que la producción del resultado lesivo suele verse condicionada por la intervención de varias personas, debido a la complejidad de la actividad y al alto de grado de especialización necesario para llevarla a cabo, de manera que el empresario o el constructor, se sirve de la actuación de una pluralidad de personas, dando lugar a una *división de trabajo*, en una actividad en donde los riesgos, se generan principalmente sobre las personas que realizan la actividad en un nivel jerárquico más bajo, ejecutando las indicaciones del empresario o de su encargado y, por lo tanto, en la cual, el problema es determinar la responsabilidad del empresario o del encargado por los resultados lesivos que puedan sufrir los trabajadores en la ejecución¹⁷³⁹. El empresario constructor o dueño de la obra, deja normalmente la realización de la actividad en manos de la empresa contratista y al no tener una relación de dominio material sobre la actividad y no ejercer la dirección empresarial, no es penalmente responsable de las actuaciones realizadas por el contratista o por el encargado de la obra, pero si el empresario asume la responsabilidad de dirección de la actividad, los deberes de cuidado se extienden respecto de las

¹⁷³⁴ PUPPE, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., p. 4.

¹⁷³⁵ PUPPE, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., p. 4.

¹⁷³⁶ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 612.

¹⁷³⁷ PUPPE, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., pp. 4-5.

¹⁷³⁸ PUPPE, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., p. 5.

¹⁷³⁹ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., pp. 105-106.

actuaciones de los terceros tanto en el momento de abrir la empresa, al seleccionar e instruir a las personas que van a tomar parte en la misma, como durante el ejercicio de la actividad empresarial, quedando obligado a vigilar o controlar la actuación de sus trabajadores¹⁷⁴⁰. Los deberes de control del empresario durante el ejercicio de la actividad le imponen la obligación de encargar el trabajo a personas cualificadas y está sometido a restricciones relacionadas con la distinta categoría profesional de las personas que participan en la actividad, surgiendo con ello una relación de confianza con los encargados o especialistas de alto nivel que cuentan con una mayor cualificación técnica¹⁷⁴¹. Frente a ellos, el principio de confianza sólo se ve limitado cuando resulta previsible la conducta descuidada del tercero, cuando el peligro de la conducta descuidada ya se ha manifestado o cuando las normas reguladoras de la actividad imponen un “principio de desconfianza” en atención a determinadas situaciones en las que deban esperarse comportamientos arriesgados por parte de los terceros¹⁷⁴². Con respecto al resto de trabajadores, en cambio, el empresario no puede confiar en una conducta correcta, sino que debe complementar su falta de cualificación con una mayor información y vigilancia, porque resulta previsible la conducta incorrecta del trabajador, ya sea por su falta de cualificación, o por su propensión al comportamiento descuidado en determinados trabajos en los que resulta complicado mantener la atención, lo que permite afirmar que la conducta incorrecta es un fenómeno previsible en concreto¹⁷⁴³. Además, el trabajador se encuentra subordinado a las decisiones del empresario o del encargado sobre la forma en la que debe realizar su trabajo, por lo que no se le puede considerar “señor de su propio riesgo” y también hay que considerar la mayor cualificación del empresario o encargado, así como su superior posición jerárquica, lo cual justifica, que en el ámbito de los accidentes laborales se siga un criterio de solución basado en la *desconfianza*, conforme al cual puede reconocerse en el empresario un deber de vigilancia o supervisión sobre las actuaciones de sus trabajadores, razón por la cual el principio de confianza tiene un alcance muy limitado en el ámbito de los accidentes laborales, reservado a la relación entre el encargado y sus colaboradores más cualificados, así como a la relación entre los propios trabajadores o entre los trabajadores y sus superiores cualificados^{1744/1745}.

¹⁷⁴⁰ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 107.

¹⁷⁴¹ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 107.

¹⁷⁴² MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 107.

¹⁷⁴³ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 108.

¹⁷⁴⁴ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., pp. 109.

¹⁷⁴⁵ La jurisprudencia es recelosa en este ámbito. La STS de 19 de octubre de 2000, después de explicar que este tipo de casos deben resolverse conforme a los criterios de la teoría de la imputación objetiva, entre los que se incluye el *principio de confianza* y el criterio de la autopuesta en peligro de la propia víctima, sostiene que en el caso objeto de análisis no es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente, en el peligro ya creado previamente por el acusado al ordenarles trabajar en las proximidades de unos cables de alta tensión. Es el acusado y nadie más quien crea un peligro sobre la víctima que debería haber previsto, si hubiera adoptado las medidas de precaución y cautela exigibles y que le hubieran permitido tomar las medidas de seguridad imprescindibles para evitar el resultado, máxime cuando se trata de un profesional de la construcción, con larga experiencia en obras como la que se estaba realizando, sin que sea de recibo pretender achacar a la propia víctima, un joven de dieciocho años y sin experiencia en trabajo alguno, el que no hubiera adoptado unas medidas de precaución que no le habían sido informadas.

En cambio, la SAP Madrid (secc. 17ª) 6 de octubre de 2003, reconoce abiertamente la posibilidad de aplicar el principio de confianza en el ámbito de la construcción realizando un detallado y exhaustivo estudio de los problemas que se plantean en este ámbito como consecuencia de la necesaria división del trabajo, llama la atención sobre el paralelismo que puede establecerse con respecto al ámbito de la medicina, pues ninguno de los intervinientes controla la actividad en su totalidad, y trabaja bajo los principios de “complementariedad” y “de confianza” en la normalidad y corrección del cometido

La *responsabilidad penal por el producto* se refiere a la gran variedad de personas que participan en el sistema productivo por los riesgos o lesiones que ocasionan los productos destinados al consumo¹⁷⁴⁶.

Ello hace necesario estudiar la forma en la que la responsabilidad de cada una de esas personas puede verse afectada por la conducta de las demás¹⁷⁴⁷. Normalmente, el correcto uso del producto requiere del consumidor la adopción de ciertas medidas de cuidado, por ello se debe analizar si los sujetos que toman parte en el proceso productivo deben adaptar su comportamiento a la posibilidad de que el consumidor, haciendo un uso incorrecto del producto, contribuya a la causación de un resultado lesivo sobre sí mismo o sobre un tercero¹⁷⁴⁸. En la medida en que dentro del proceso productivo se reconoce la existencia de un reparto de tareas o una división del trabajo (por ejemplo, entre fabricantes, transportistas y comerciantes), hay que determinar también si el sujeto que se ocupa de una concreta tarea tiene el deber de controlar o evitar los riesgos que pueden generarse por la incorrecta actuación de quienes se encargan de una tarea distinta¹⁷⁴⁹.

La aplicación del principio de confianza se basa, en que se trata de situaciones que se producen en el ejercicio de una actividad con *división del trabajo*, en donde el sujeto es responsable, principalmente, de su propia actuación, pero el hecho de que las conductas de los distintos intervinientes estén integradas en un plan común y respondan a un determinado programa de actuación puede favorecer que los sujetos tengan una mayor posibilidad de conocer los riesgos que encierra la actividad, pero no ha de conducir necesariamente a un deber de prever y evitar los riesgos ocasionados por las conductas incorrectas de los demás intervinientes en el proceso¹⁷⁵⁰. La *división del trabajo* que se establece en el proceso productivo permite afirmar que *los sujetos sólo son responsables de su propia tarea y pueden “confiar” en la conducta correcta de los demás*, salvo que posean un conocimiento extraordinario que legitime la ampliación de su ámbito de responsabilidad, sin embargo, la inclusión en un proceso previamente organizado puede dar lugar a una mayor previsibilidad y evitabilidad de los riesgos ocasionados por los terceros, y puede también implicar la asignación de posiciones especiales de las que resulte un específico deber de controlar las conductas de determinados intervinientes en el proceso¹⁷⁵¹. Así, por ejemplo, el empresario que fabrica un secador de pelo puede confiar en que el usuario no lo utilizará dentro de la ducha, pero esta confianza no puede ser irracional y, por consiguiente, el empresario deberá atender a un cuidado previo, como por ejemplo, adjuntar al secador un manual de instrucciones en el que se advierta de los peligros de su uso en mojado^{1752/1753}.

encomendado a los demás. Señala, en este sentido, que en relación con la división del trabajo, es preciso dar una respuesta adecuada para evitar tanto que se diluyan las responsabilidades como que se exasperen insoportablemente el deber de vigilancia y control del jefe del equipo. A partir de ahí, aunque advierte de la gran cantidad de deberes “secundarios” de control y vigilancia que se presentan en el ámbito de la construcción, reconoce que, tanto en la división vertical como en la división horizontal, “las relaciones entre los diferentes miembros del equipo se rigen, como regla general, por el principio de confianza en la presumible y esperable corrección de la actuación de los colegas y del personal auxiliar, a menos que existan circunstancias que inclinen a cuestionar la solidez de esa expectativa.

¹⁷⁴⁶ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 111.

¹⁷⁴⁷ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., pp. 111-112.

¹⁷⁴⁸ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 112.

¹⁷⁴⁹ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 112.

¹⁷⁵⁰ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 113.

¹⁷⁵¹ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 113.

¹⁷⁵² CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., pp. 611-612.

5.4.4.1. Restricciones al principio de confianza

5.4.4.1.1. Sólo puede confiar quien se ha comportado correctamente

El primer límite proviene la máxima jurisprudencial según la cual: “Quien infringe el deber de cuidado exigido por el tráfico, no puede apelar, para sí, al principio de confianza”¹⁷⁵⁴. Ello es superfluo, ya que es evidente que el que se comporta de forma antijurídica no puede alegar que se le está haciendo responder de un injusto ajeno, ya que con su infracción al deber de cuidado ya ha generado un riesgo típicamente relevante.¹⁷⁵⁵ Sin embargo, ello no significa que el sujeto deba responder de todos los resultados lesivos condicionados de alguna manera por su conducta incorrecta, es decir, el hecho de que el sujeto infrinja su deber de cuidado, no autoriza al resto a infringir

¹⁷⁵³ En la STS de 23 de abril de 1992, en la que se resuelve el caso del aceite de colza, aunque se niega la posibilidad de aplicar el principio de confianza, no queda claro si el motivo se encuentra en las circunstancias del caso concreto -dado que existía un efectivo conocimiento del carácter tóxico del aceite- o en el tipo de actividad que representa la comercialización de productos destinados al consumo humano. Cuando el TS analiza la responsabilidad del encargado de la empresa que vende el aceite no concede importancia, en contra de lo pretendido por la defensa, al hecho de que la empresa que le había suministrado ese aceite tuviera conocimiento de que iba a comercializarse como aceite comestible. Según el TS, “esta cuestión sólo sería importante si fuera aplicable al caso el principio de confianza, es decir, aquel principio según el cual un comportamiento conforme al cuidado exigido autoriza a suponer que otros participantes del tráfico se comportarán de acuerdo con las obligaciones que les incumben, sin que tal suposición implique por sí misma, una infracción del deber de cuidado. Sin embargo, en el presente caso se trata precisamente de la participación del recurrente en una actividad que, en general, se puede calificar de peligrosa para los bienes jurídicos personales de los consumidores, lo que excluye la aplicación del principio de confianza. A este respecto se debe señalar que si bien los proveedores del aceite conocían el destino final del mismo, no se puede poner en duda el conocimiento del recurrente relativo al origen de dicho aceite”. Así pues, aunque el TS termina haciendo referencia al hecho de que el recurrente tuviera conocimiento del tipo de aceite que estaba adquiriendo, no queda del todo claro si la razón principal por la que se niega la posibilidad de confiar radica en ese conocimiento -lo cual supondría cumplir con una de las limitaciones propias del principio de confianza- o si lo que excluye la aplicación del principio de confianza es la participación en una actividad que, en general, puede calificarse de especialmente peligrosa.

En un caso de responsabilidad por el producto en el que se analiza la posible comisión de un delito contra la salud pública, la SAP de Badajoz (Secc. 1ª) de 14 de febrero de 2006, aplica el principio de confianza apelando a la división de trabajo que existe entre los distintos intervinientes en el proceso productivo. En este caso, una mujer había tomado un medicamento para adelgazar que contenía un producto especialmente peligroso, prohibido por la Agencia Española del Medicamento. La Audiencia Provincial absuelve a la representante legal de la empresa productora del medicamento por entender que podía confiar en la correcta actuación de la directora técnica, que es quien estaba encargada de controlar que los comprimidos no tuvieran ningún producto nocivo: “Como complemento del principio de división del trabajo, el principio de confianza es criterio para concretar los deberes de cuidado, o, por mejor decir, el ámbito de riesgo permitido por el autor (...). Conforme al principio de confianza, con carácter general no se responde por la falta de cuidado ajeno, sino que el Derecho autoriza a confiar en que los otros -con específicas funciones y responsabilidades en el concreto aspecto o cometido generador del riesgo- cumplirán sus deberes de cuidado, esto es, el principio de confianza excluye la imputación objetiva del resultado por quien ha obrado al amparo de aquella confianza, respondiendo solamente cuando concurren circunstancias especiales que deben hacer perder la confianza en el cumplimiento del deber ajeno. No es el caso presente, en el que, como se dice, la empresa disponía de un Director Técnico, en posesión del título y especializados conocimientos para llevar a efecto específicos cometidos y asumir correspondientes y directas responsabilidades”.

¹⁷⁵⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 317.

¹⁷⁵⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 318.

también los suyos, toda vez que de lo contrario, se estaría sosteniendo una tesis versarista reñida con el principio de culpabilidad¹⁷⁵⁶.

Por lo tanto, hay que limitar el alcance de este requisito o presupuesto de aplicación, exigiendo una especial relación entre la conducta del sujeto y la conducta del tercero, en virtud de la cual, la conducta incorrecta del primer sujeto debe motivar la conducta incorrecta del tercero o bien debe contravenir una norma de cuidado que pretenda precisamente evitar los riesgos que se derivan de la posible conducta incorrecta del tercero¹⁷⁵⁷. En realidad, la cuestión de si los resultados lesivos pueden o no imputarse al sujeto que infringió primeramente su deber de cuidado, no es una cuestión que afecta al principio de confianza, sino sólo a la *imputación del resultado*, es decir, a la *relación de riesgo*, toda vez, que puede suceder que el riesgo realizado en el resultado, no sea el propio de la conducta del autor, sino el de un tercero o el de la víctima^{1758/1759}.

5.4.4.1.2. Principio de defensa

Sirve a la protección de los miembros de la sociedad que se encuentran más amenazados o, más necesitados de protección: niños, ancianos o minusválidos, al sostener que el interviniente en el tráfico queda obligado a prevenir el defectuoso comportamiento de los demás, sobre todo en el caso de niños, ancianos y

¹⁷⁵⁶ Sin embargo, la jurisprudencia ha atendido exclusivamente a la infracción cometida por el sujeto que apela a la confianza. Así, por ejemplo, la SAP de Vizcaya (secc. 2ª) de 5 de junio de 2003, en la que se condena a un conductor que, circulando con exceso de velocidad, había atropellado a un peatón que cruzaba con el semáforo en rojo. En esta sentencia se declara concretamente que: “la víctima, al cruzar la calle como lo hace, vulnera el principio de confianza, el cual impone la esperanza de mutuo cumplimiento de las reglas dirigidas a cada parte implicada en la circulación, pero el conductor del vehículo que, por su parte, conduce de noche por vía urbana, rebasando la velocidad permitida dentro de la población y sin prestar la debida atención puesto que no llega a ver a las dos peatones a las que atropelló pese a tener distancia suficiente para haberlas visto, viola, a su vez, el principio de conducción dirigida consagrado en el art. 17 del Código de la Circulación y el principio de seguridad que obliga a prevenir, hasta donde es posible, el defectuoso comportamiento de los demás usuarios de la vía pública. Produciéndose un entrecruce de principios que obliga a una verdadera valoración causal de las respectivas conductas para deducir el coeficiente de cada una en la producción del resultado, sin perder de vista que en esta comparación de comportamientos contrasta el poderío de la máquina con la debilidad frente a ella del organismo humano”.

¹⁷⁵⁷ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., pp. 122-123.

¹⁷⁵⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 317-318; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., pp. 120-125; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Editorial Temis, Bogotá, 1994, pp. 149-150 y FEIJÓO SÁNCHEZ, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el DP: fundamento y consecuencias”, en *RDPC*, 2ª época, 2000 (nº 1 extraordinario). También publicado en: *Revista Ibero-Americana de Ciencias Penales* 2000 (Nº 1), pp. 116-119.

¹⁷⁵⁹ En la jurisprudencia española se encuentran numerosas sentencias en las que el TS, si bien sostiene que la conducta antirreglamentaria del sujeto permite descartar la aplicación del principio de confianza, considera que la concurrencia de culpas permite reducir la gravedad de la imprudencia. Así se aprecia claramente, por ejemplo, en la STS de 15 de octubre de 1979. En este caso, un conductor que circulaba por la noche con exceso de velocidad había atropellado, al salir de una curva, a un grupo de trabajadores que se encontraban en la calzada sin hacer uso de “cinturones o manguitos reflectantes y sin señal de tráfico que indicase su presencia”. El TS considera que tal conducta “merece la calificación de culpa grave o imprudencia temeraria (...), dada la conculcación evidente de todo el complejo normativo que hemos visto es preciso observar en la circulación nocturna por la especial peligrosidad que la misma genera en determinadas circunstancias y que indudablemente concurren en el caso de autos; calificación de la culpa que, sin embargo, es preciso degradar a la de simple con infracción de reglamentos dado que, en el plano causal, la conducta de las propias víctimas contribuyó de manera igualmente decisiva al luctuoso resultado”.

minusválidos¹⁷⁶⁰. Este principio se cumple a través del principio de seguridad, que en el tráfico se conoce como principio de conducción dirigida, el cual se encuentra definido en el art. 17 del Código de Circulación, según el cual, todo conductor ha de ser dueño en todo momento del movimiento del vehículo, estando obligado a detenerlo ante cualquier imprevisto, lo que equivale a exigir la previsión de lo imprevisible¹⁷⁶¹. Más que de la edad concreta, esta limitación depende de una edad gradual y de las circunstancias personales del sujeto, así como de los indicios y de la actitud que se aprecien en el caso concreto^{1762/1763}.

En todo caso hay que tener presente que frente a inimputables no existe la expectativa garantizada jurídicamente de que éstos respetarán las normas de conducta, por lo que frente a ellos han de ampliarse los deberes de cuidado, en beneficio del menor para otorgarle mayor protección¹⁷⁶⁴. La amplitud del deber de cuidado depende de los factores de riesgo que se conozcan y así, por ejemplo, si se está pasando por delante de un colegio a la hora de salida, el conductor debería bajar considerablemente la velocidad del auto y prestar mayor atención a la situación y el mismo conductor tal vez deberá, incluso interrumpir la conducción si ve pasar una pelota y los autos estacionados en la calle estrecha le dificultan la visión¹⁷⁶⁵.

Feijóo Sánchez agrega en este acápite, a las personas incapacitadas sectorialmente, así por ejemplo, el médico no puede delegar la administración de un tratamiento o de una medicina a la madre de un niño o al propio paciente si aprecia su incapacidad para desempeñar bien esa misión y lo mismo sucede en el caso de incapacidades puntuales que pueden ocurrir, por ejemplo cuando el médico se da cuenta de que la enfermera, normalmente competente, a la que le va a dar una instrucción muestra síntomas de agotamiento o se encuentra saturada de trabajo¹⁷⁶⁶.

5.4.4.1.3. No se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero

Dice relación con aquellas situaciones en las cuales en base a las evidencias del caso concreto es previsible la existencia de un comportamiento contrario a Derecho¹⁷⁶⁷.

¹⁷⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 319.

¹⁷⁶¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 319.

¹⁷⁶² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 319 y JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pp. 219-220.

¹⁷⁶³ En la sentencia de 8 de junio de 1985 se dice que: “El principio de confianza conforme al cual quien desarrolla una conducta de riesgo común puede esperar que los demás se comporten conforme a las exigencias del tráfico, sin que todo conductor de vehículo haya de prever las infracciones reglamentarias que cometan los demás, tal principio es relativo y flexible, viniendo excepcionado por el de conducción dirigida o de seguridad y por el de defensa, en los supuestos de posibles enfrentamientos en la circulación urbana con niños, ancianos o minusválidos psíquicos, debiendo tenerse presente su presunta inconsciencia, su impulsividad azarosa, su desconocimiento de las disposiciones regladas y sus repentinos cambios de actitud, ha de contarse con su impensado proceder contra las normas de tráfico” (sentencia citada en CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 319-320).

¹⁷⁶⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el DP: fundamento y consecuencias”, op. cit., pp. 123-124.

¹⁷⁶⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el DP: fundamento y consecuencias”, op. cit., p. 124.

¹⁷⁶⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el DP: fundamento y consecuencias”, op. cit., 126-129.

¹⁷⁶⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el DP: fundamento y consecuencias”, op. cit., pp. 119-120.

Ello sucede cuando existen motivos objetivos concretos, sólidos y concluyentes, para sospechar de un comportamiento antijurídico de un tercero, como sucede, por ejemplo, cuando el cirujano sabe que todos los bisturí que ha ocupado están fallados o cuando la enfermera recibe una instrucción distinta de la habitual de parte del médico que se encuentra ebrio, el peatón ha empezado a cruzar la carretera por donde no debía, o bien cuando antes de la operación el paciente le entrega un frasco con sustancias no indicadas que tomó¹⁷⁶⁸.

También pueden concurrir *situaciones especiales, críticas o poco claras*, como cuando hay condiciones meteorológicas adversas, la señalización es deficiente, se ha producido un accidente que perturba el desarrollo normal del tráfico, es un día festivo y es probable que la gente haya ingerido grandes cantidades de alcohol o cuando existen circunstancias que permiten afirmar que la situación resulta especialmente peligrosa¹⁷⁶⁹.

Se puede confiar mientras no se evidencia que el que infringió la norma no puede o no quiere evitar definitivamente la lesión y así por ejemplo es posible confiar en que el conductor que traspasa el eje de la calzada en un lugar indebido, volverá a su posición correcta, hasta el momento en que se evidencia de que no lo hará¹⁷⁷⁰.

5.4.4.1.4. Sólo se puede confiar si no existe un deber de evitar o compensar la conducta incorrecta del tercero

Existe el deber de evitar la conducta incorrecta de terceros cuando un sujeto, por su posición, tenga asignadas tareas de prevención de posibles conductas incorrectas de los terceros y así sucede, cuando en el ámbito de la medicina, se hace alusión a la *división vertical del trabajo* o en la *relación jerárquica* entre el empresario y sus trabajadores o entre los distintos trabajadores, en donde se reconoce la superior posición que ostentan algunos sujetos en su relación con los terceros, la que implica un mayor poder de *decisión* o *dirección* y puede generar ciertos deberes de cuidado sobre la actuación de los subordinados, en tal caso, el principio de confianza, si bien no llega a desaparecer por completo, opera con menor intensidad que en el tráfico viario o que en contextos en los que los sujetos mantienen una relación de carácter horizontal, dentro de esos deberes de cuidado relacionados con la actuación de los terceros subordinados la doctrina alude, concretamente, a los deberes de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, control y supervisión y, de esta manera, quien ostenta la posición superior y tiene asignados estos deberes se encuentra obligado, desde un principio, a prestar atención a determinados aspectos que pueden dar lugar a la conducta incorrecta del tercero¹⁷⁷¹.

Hay dos clases de deberes, los primeros son los deberes de *selección, instrucción o coordinación*, de acuerdo con los que el sujeto que selecciona a las personas que van a formar parte de una determinada actividad tiene el deber de procurar que esas personas cuenten con la capacidad técnica y personal necesaria para realizar la tarea que les va a

¹⁷⁶⁸ JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., p. 220; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., pp. 130-131 y FEIJÓO SÁNCHEZ, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el DP: fundamento y consecuencias”, op. cit., pp. 125-129.

¹⁷⁶⁹ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 132.

¹⁷⁷⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el DP: fundamento y consecuencias”, op. cit., p. 121.

¹⁷⁷¹ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., pp. 137-139.

ser asignada y si el sujeto no comprueba esa capacidad, no podrá apelar al principio de confianza y será responsable de los resultados lesivos ocasionados por los terceros¹⁷⁷². Las personas que disponen de un mayor conocimiento técnico tienen un *deber de instrucción* frente a los terceros, bien puntualmente para una tarea concreta, bien con carácter general, por lo que la posibilidad de confiar requiere que la instrucción se haya realizado conforme a los estándares exigidos y que el tercero haya recibido y comprendido correctamente las indicaciones¹⁷⁷³. El *deber de coordinación* implica la obligación de establecer correctamente el reparto de tareas en función de las circunstancias materiales, temporales y personales presentes en cada caso para garantizar que la actividad resulte suficientemente segura y evitar, por ejemplo, que se produzcan conflictos de competencia¹⁷⁷⁴. Estos deberes limitan la posibilidad de confiar, toda vez que el sujeto sólo puede confiar en la medida en que haya cumplido previamente con esos deberes¹⁷⁷⁵.

Otros deberes que pueden limitar la aplicación del principio de confianza son los *deberes de vigilancia, control o supervisión*, en base a los cuales el sujeto no puede esperar a que se presenten en el caso concreto circunstancias que hagan pensar que el tercero se va a comportar incorrectamente, sino que ha de comprobar positivamente que no haya determinados aspectos que pueden dar lugar a la conducta incorrecta del tercero y si el sujeto no cumple con estos deberes, no puede ampararse en el principio de confianza e incurre en responsabilidad a pesar de la infracción del tercero, la supervisión conlleva una mayor limitación de la posibilidad de confiar, pues se mantienen hasta el momento en el que el tercero realiza su conducta, sin embargo, no se trata de garantizar las condiciones necesarias para establecer un reparto de tareas, sino de velar para que el tercero realice correctamente su tarea¹⁷⁷⁶. El sujeto puede confiar en la medida en que haya realizado los controles oportunos, los que pueden estar referidos a aspectos concretos de la actividad o pueden tener un alcance general pero limitado temporalmente, pero, una vez efectuado el control, el sujeto puede confiar en que el tercero realice correctamente su tarea, aunque en ocasiones, el sujeto tiene el deber de controlar completamente la conducta del tercero para comprobar que ejecuta correctamente su tarea¹⁷⁷⁷. En tal caso, sí puede decirse que existe un deber de prevenir o evitar la conducta incorrecta del tercero que resulta incompatible con la posibilidad de confiar y esto es lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito de la medicina con respecto a la actuación de los estudiantes en prácticas, y lo que, en cierta medida, podría plantearse también en el ámbito de los accidentes laborales con respecto a la actuación de los trabajadores¹⁷⁷⁸.

El otro deber existente es el *deber de compensar la conducta incorrecta del tercero* (medidas de doble aseguramiento en relaciones de carácter horizontal), de acuerdo con el cual, en el marco de la división horizontal del trabajo los sujetos también pueden tener deberes de cuidado sobre la conducta de los terceros y así, por ejemplo, es posible que, dentro del sistema de producción, una empresa tenga el deber de comprobar el buen estado del producto que recibe de otra empresa o que, en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica, un enfermero tenga la obligación de volver a contar los instrumentos utilizados en la operación para asegurarse de que el cirujano no ha

¹⁷⁷² MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 140.

¹⁷⁷³ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 140.

¹⁷⁷⁴ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 140.

¹⁷⁷⁵ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., pp. 140-141.

¹⁷⁷⁶ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 141.

¹⁷⁷⁷ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 142.

¹⁷⁷⁸ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 142.

dejado ninguno abandonado en el cuerpo del paciente¹⁷⁷⁹. Su deber consiste en *compensar* los riesgos que pueda generar la conducta incorrecta del tercero y con ello comparte con él el deber de controlar un determinado tipo de riesgo; de tal manera que puede decirse que los deberes de cuidado quedan superpuestos, de manera de tratar de evitar por distintas vías que el resultado lesivo llegue a producirse¹⁷⁸⁰.

5.4.5. Consentimiento

El consentimiento de la víctima respecto de la conducta peligrosa puede verse como otro de los contenidos del *riesgo permitido*, cuyo fundamento es la utilidad de la actividad¹⁷⁸¹. En estos casos, la utilidad social puede verse como consecuencia directa de la existencia de consentimiento y tratarse, por tanto, dentro del ámbito del riesgo permitido o tratar independientemente el consentimiento como construcción dogmática distinta¹⁷⁸². En el primer caso, la inclusión del consentimiento en el riesgo permitido conduce a una ampliación del ámbito de éste, ya que la existencia de consentimiento determinará que un “riesgo socialmente inadecuado” sea permitido, o bien a entender que el consentimiento amplía el ámbito de lo “socialmente adecuado” y con ello el del “riesgo permitido”, precisamente, basándose en la adecuación social como consecuencia del consentimiento de la víctima y, en general, de todos los participantes en la actividad de que se trate, así por ejemplo, nadie considera “socialmente inadecuada” una lesión en un partido de fútbol, aun cuando se haya producido a través de una infracción reglamentaria, incluso dolosa, siempre que esta “falta” se desarrolle en el marco de una jugada de fútbol y dentro de ciertos márgenes, como sucede en las frecuentes infracciones dolosas o imprudentes con consecuencias lesivas para la salud individual, producidas en el marco de una jugada normal de fútbol, acorde con los márgenes permitidos en un juego de contacto físico, las cuales son sancionadas administrativamente ya sea con tarjetas amarillas o rojas, en atención a la gravedad de la infracción, sin trascendencia para el DP, sin embargo, si miembros de la policía obligan a muchachos de un hogar de acogida a jugar un partido de fútbol, al término del cual, los menores terminan todos golpeados y lesionados, no sólo no se verían como “socialmente adecuadas” las lesiones con las cuales terminaron el partido los menores, sino que ni siquiera su intervención en el juego se apreciaría como adecuada, toda vez que entre otras muchas razones, el deporte es un derecho, incluso reconocido constitucionalmente y no una obligación y, por lo tanto, dichas conductas son constitutivas del delito de lesiones¹⁷⁸³, toda vez que en tales condiciones no se puede, siquiera afirmar que los menores hayan podido consentir válida, libre y voluntariamente en poner en riesgo su salud individual, ante personas adultas y físicamente desarrolladas y entrenadas, como ocurre en el caso de los policías.

¹⁷⁷⁹ MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., p. 143.

¹⁷⁸⁰ JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., p. 220 y MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en DP*, op. cit., pp. 143-144.

¹⁷⁸¹ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 610.

¹⁷⁸² CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., pp. 610-611.

¹⁷⁸³ En el mismo sentido se pronuncia, CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 611.

Roxin entiende que el consentimiento se equipara a la autopuesta en peligro cuando “la persona puesta en peligro se da cuenta del riesgo en la misma medida que quien crea el peligro, si el daño es consecuencia del riesgo aceptado y no de otros fallos adicionales y si la persona puesta en peligro carga con la misma responsabilidad por la actuación común que la persona que crea el peligro”¹⁷⁸⁴. En una palabra, el consentimiento convierte al tercero en partícipe de la autopuesta en peligro de la víctima y, por tanto, su conducta no es punible, pero en los supuestos de “puesta en peligro de un tercero aceptada por éste” es más difícil la decisión sobre la eficacia que puede desplegar el consentimiento, sin embargo, en estos casos es discutible la validez del consentimiento, ya se le considere causa de exclusión del tipo, o causa de justificación¹⁷⁸⁵. Para otros, la entrada consciente en un riesgo, por parte del puesto en peligro, puede influir para el autor en la medida del cuidado exigible para éste en el tráfico¹⁷⁸⁶.

Se discute si el consentimiento debe recaer en la conducta y en el resultado o sólo en la conducta. Mir Puig, considera que es suficiente con que el consentimiento se dirija a la conducta peligrosa, sin que sea necesario que se refiera al resultado, ya que quien está de acuerdo con el peligro de una acción debe aceptar también las consecuencias directas¹⁷⁸⁷. Por el contrario, para otros, el consentimiento ha de abarcar tanto el resultado como la conducta¹⁷⁸⁸. Conforme a nuestra concepción de injusto y en tanto se conozcan todos los factores de riesgo concurrentes en el caso concreto, el consentimiento, para ser eficaz, sólo deberá referirse a la conducta¹⁷⁸⁹.

5.4.5.1. Efectos del consentimiento en la doctrina y legislación española

La relevancia eximente del consentimiento ha sido discutida arduamente en España, toda vez que el debate plantea aspectos de difícil consenso tales como el de la disponibilidad del bien jurídico de la salud individual, por parte de su titular, toda vez que se trata de un objeto jurídico erigido sobre el cuerpo humano ya sea en su aspecto físico o psíquico y así, en el año 1963 se incluyó por primera vez en el Código un pronunciamiento que, al declarar la absoluta irrelevancia del consentimiento, hizo fracasar la argumentación favorable a la relevancia sostenida por un sector de la doctrina a partir de la punición atenuada de la autolesión para eximirse del servicio militar obligatorio^{1790/1791}. Luego, la reforma de 1983 confirmó la regla de la irrelevancia del consentimiento contenida en el art. 428, introduciendo tres excepciones relativas a los trasplantes de órganos, las esterilizaciones y la cirugía transexual, en las cuales se atribuía valor al consentimiento del paciente¹⁷⁹². Los Proyectos de CP elaborados desde 1980 optaban por sustituir el contenido del anterior art. 428 por una

¹⁷⁸⁴ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 612.

¹⁷⁸⁵ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 612.

¹⁷⁸⁶ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 612.

¹⁷⁸⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 511.

¹⁷⁸⁸ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 120-123.

¹⁷⁸⁹ CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *indubio pro reo*–”, op. cit., p. 612.

¹⁷⁹⁰ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 137-138.

¹⁷⁹¹ Tal planteamiento era defendido por QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, pp. 760-768.

¹⁷⁹² TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 138.

cláusula que declaraba, con ciertos límites, la relevancia eximente del consentimiento, siguiendo el modelo del párrafo 216 a) del CP alemán y con el apoyo de la doctrina dominante¹⁷⁹³. Sin embargo, en el CP de 1995, la redacción definitiva del art. 155 se apartó de la solución eximente de pena, propuesta también por el Proyecto de 1994, y por razones políticas, se impuso una solución de consenso, que confiere al consentimiento del lesionado un valor meramente atenuante¹⁷⁹⁴. Las críticas no tardaron en llegar. Así, Carbonell Mateu y González Cussac sostienen que el legislador desaprovechó la oportunidad para resolver con coherencia una cuestión endémicamente mal resuelta, optando por una solución intermedia entre la irrelevancia del consentimiento y la atipicidad de las lesiones consentidas, la cual resulta insólita, ya que o la salud es un bien disponible y entonces el consentimiento ha de eximir de responsabilidad penal o no lo es y, por lo tanto, no se explica la atenuación, solución intermedia que ni la lógica ni la dogmática avalan¹⁷⁹⁵. Así, la nueva regulación no resuelve en materia de consentimiento el problema fundamental consistente en otorgar relevancia al consentimiento o, desde una solución político-criminalmente inadecuada, pero coherente, negárselo en todo caso¹⁷⁹⁶.

5.4.5.2. Ámbito de aplicación del art. 155 del CPes

A pesar de que en el Derecho comparado, cada vez con más vigor, se acoge, en general, la impunidad de las lesiones consentidas, no ocurre lo mismo en España, en donde el art. 155 establece una atenuación de pena (inferior en uno o dos grados) para los *delitos*^{1797/1798} de lesiones en que haya mediado el consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido del ofendido¹⁷⁹⁹. En todo caso, dicha atenuación penal es señal de que la Ley penal desvalora en menor medida aquellas lesiones que han sido consentidas por el sujeto pasivo y, por tanto, reconoce un ámbito de disponibilidad de la salud por parte de su titular, puesto que, habiendo dispuesto de la misma, la pena que recibe el autor es menor¹⁸⁰⁰, en virtud del menor injusto^{1801/1802/1803}.

¹⁷⁹³ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 138.

¹⁷⁹⁴ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 120-123 y TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 138. Al respecto, Tampoco les resulta satisfactorio recurrir al criterio de la autopuesta en peligro de la víctima, porque la cuestión de fondo es la relativa a la disponibilidad del bien jurídico, lo cual a su juicio muy impropriamente puede asociarse a la autopuesta en peligro de la víctima (CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 147 y ss.).

¹⁷⁹⁵ CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 147 y ss.

¹⁷⁹⁶ Agregan los citados autores, que tampoco les resulta satisfactorio recurrir al criterio de la autopuesta en peligro de la víctima, porque la cuestión de fondo es la relativa a la disponibilidad del bien jurídico, lo cual a su juicio muy impropriamente puede asociarse a la autopuesta en peligro de la víctima (CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 147 y ss.).

¹⁷⁹⁷ CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., p. 124.

¹⁷⁹⁸ El término *delito* debe ser interpretado en sentido estricto, es decir, excluyendo a las faltas (GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 212).

¹⁷⁹⁹ Díez Ripollés, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 121-122.

¹⁸⁰⁰ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 127.

¹⁸⁰¹ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 138-139.

¹⁸⁰² En opinión de García Álvarez, en una interesante opinión, sostiene que “El consentimiento en los delitos de lesiones únicamente atenúa la responsabilidad, aunque la importancia de la atenuación tendrá la consecuencia, en algunos casos, de la práctica exención de la responsabilidad criminal por ausencia de pena; esto ocurrirá fundamentalmente en relación al art. 147 CP. Es decir, aun siendo cierto que sea posible fijar una pena -bajando dos grados- incluso para el tipo atenuado de lesiones del art. 147.2 CP - que quedaría fijada en la privativa de libertad de veinte y dos a cuarenta y cinco días, lo que forzaría la entrada de las previsiones del art. 71.2 CP-, no lo es menos que en ese caso el intento de fijar una sanción para los casos de tentativa o de complicidad resultarían prácticamente vanos. Es decir, la aplicación de las

No obstante lo anterior, es posible afirmar que la ley otorga valor al consentimiento de la víctima en ciertos ámbitos como se verá a continuación.

5.4.5.3. Situaciones de atipicidad en el delito de lesiones relacionadas con el consentimiento

Tanto en España¹⁸⁰⁴, como en Alemania¹⁸⁰⁵ y en Chile¹⁸⁰⁶, las autolesiones *no* son típicas, por cuanto el delito de lesiones implica el lesionar a “*otro*”.

Si consideramos que en materia de participación rige el principio de accesoriedad media, acorde con el cual para que una persona pueda ser considerada partícipe, el autor (es decir, el sujeto que tiene el dominio del hecho, esto, es, quien tiene en sus manos el curso del suceder típico¹⁸⁰⁷) debe a lo menos haber desarrollado una conducta típica y antijurídica, no podemos sino concluir que *la participación en una autolesión ajena también es atípica*^{1808/1809}. Al respecto, cabe recordar que el partícipe interviene en un hecho ajeno y por lo tanto, se encuentra en una posición secundaria respecto del autor a quien pertenece el hecho como tal¹⁸¹⁰. Así las cosas, no siendo punible el hecho principal (autolesiones), no cabe sancionar al partícipe de un hecho atípico, lo que sucedería, por ejemplo, cuando A le facilita un cuchillo u otro elemento a B con el cual el afectado se autolesiona y a mayor abundamiento, es posible llegar a la misma conclusión si se considera que en el delito de lesiones no existe, como en el

previsiones del art. 155 CP al tipo del art. 147 CP llevaría consigo a la conclusión de una inexistencia de pena –especialmente en lo que importa a las formas imperfectas de ejecución y a la participación criminal- capaz de cumplir finalidad alguna de prevención general o especial (precisamente para evitar semejante consecuencia, y en relación a las faltas, el Legislador ha introducido cláusulas como las de los arts. 15 y 638, ambos del CP), sobre todo si caracterizamos como *delito* la infracción –que es lo que es, puesto que de acuerdo con el art. 71.1 CP “*En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta*”. Es decir: lo que se cuestiona desde aquí es que el art. 147 CP, tras la aplicación de las previsiones del art. 155 CP, pueda seguir cumpliendo las exigencias del art. 10 CP –“Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”–, por falta de una sanción que pueda merecer el nombre de *pena* como previsión abstracta de sanción para su aplicación a un hecho tipificado como delito en sentido estricto. O dicho de otra forma: el criterio de la insignificancia que impide que se pueda hablar de ataque al bien jurídico protegido y, por lo tanto, de que una conducta sea típica, es también aplicable en materia de pena, pues no se puede seguir considerando como desvalorada una conducta cuando la previsión de sanción roza lo ridículo; esa insignificancia de la sanción refleja la decisión de no castigar, y una conducta –aunque exista previsión abstracta– sin castigo mínimamente suficiente no puede considerarse como delictiva, a no ser que se mantenga un criterio estrictamente formal de delito próximo a las tesis de la mera desobediencia a la norma como criterio para la afirmación de lo injusto. La conclusión, pues, sólo puede ser una: la previsión del art. 155 CP es aplicable exclusivamente a las lesiones de los arts. 149 y 150 CP; por lo tanto el consentimiento tendrá la consecuencia de eximir de responsabilidad criminal, además de en las faltas, en el caso del art. 147 CP” (GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español*, op. cit., pp. 212-213).

¹⁸⁰³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p.118.

¹⁸⁰⁴ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 129; MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 511; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op.cit., pp. 120-123; DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p.118; GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 213 y BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, op. cit., p. 68.

¹⁸⁰⁵ JAKOBS, *DP, PG*, op. cit., p. 524.

¹⁸⁰⁶ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p.113.

¹⁸⁰⁷ MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. II, p. 343 y MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 511.

¹⁸⁰⁸ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op.cit., pp. 120-123; DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p.119 y GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 213.

¹⁸⁰⁹ En contra SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 129.

¹⁸¹⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 400-401.

suicidio, una norma que castigue el auxilio a la autolesión. Así las cosas, cada vez con más vigor se estima la impunidad de las autolesiones y de su participación en las mismas, como expresión indubitable de que existe, en alguna medida, un derecho a disponer de la propia salud¹⁸¹¹.

Tampoco es punible el mero *consentimiento* de la víctima en ser lesionado¹⁸¹².

Por otra parte, de la redacción del art. 155 del CPes, se desprende que el consentimiento del afectado tiene pleno valor tratándose de *lesiones consentidas constitutivas de falta*, toda vez que la declaración de relevancia limitada del consentimiento sólo se refiere a los *delitos* de lesiones y, por lo tanto, a contrario sensu, permite el ejercicio de la plena disponibilidad en las lesiones constitutivas de falta^{1813/1814}. En efecto, si en los casos más graves (delitos de lesiones) se atenúa la pena porque se reconoce cierta disponibilidad sobre la salud, no tendría sentido mantener que en los casos más leves (las faltas) debe aplicarse la pena sin atenuación, porque ello supondría que no existe disponibilidad alguna respecto de agresiones leves mientras existe en cierta medida para las graves¹⁸¹⁵. Además, una interpretación del art. 155, que incluyera a las faltas de lesiones en el ámbito de la relevancia limitada del consentimiento constituiría una *analogía in malam partem* proscrita en un Estado de Derecho, respetuoso del principio de legalidad¹⁸¹⁶. Por lo tanto, puede concluirse que *el consentimiento convierte en impunes* las siguientes lesiones: a) La falta del art. 617.1: causación dolosa de lesiones no necesitadas de tratamiento médico o quirúrgico; b) La falta del art. 621.1: resultados de lesiones de menor gravedad del artículo 147.1, cometidas por imprudencia grave; y c) La falta del art. 621.3: todos los resultados de lesiones definidos como delito, cuando se cometen por imprudencia leve.

5.4.5.4. Requisitos del consentimiento en la legislación española

La atenuación prevista en el art. 155 del CPes se aplica en todos los *delitos* de lesiones en que haya mediado el consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido del ofendido, aun cuando se trate de lesiones producidas en circunstancias o en un contexto valorado negativamente por la sociedad¹⁸¹⁷, como sería, por ejemplo, el ámbito de las lesiones sadomasoquistas¹⁸¹⁸, mutilaciones culturalmente

¹⁸¹¹ Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p.118.

¹⁸¹² Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p.118.

¹⁸¹³ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español*, op. cit., p. 213; Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p.119 y MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 511.

¹⁸¹⁴ En contra de esta opinión Serrano y Serrano señalan que: “no previéndose ninguna atenuación para las lesiones constitutivas de falta tipificadas en el art. 617. Entiendo es aplicable a las faltas, en base a la analogía *in bonam partem*” (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 130). Me parece discutible y rechazable esta opinión, toda vez que si el principio a aplicar es la analogía a favor del reo, resulta mucho más beneficioso para éste que su conducta sea considerada atípica. Además, existiendo en la falta de lesiones un menor merecimiento de pena, en comparación al delito de lesiones, la solución interpretativa no puede ser la misma.

¹⁸¹⁵ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 128.

¹⁸¹⁶ Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p.119.

¹⁸¹⁷ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 129 y Díez RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p.137.

¹⁸¹⁸ Al respecto, Córdoba Roda y García Arán, concordando con lo resuelto en STS de fecha 5 de junio de 2002, sostienen la atipicidad de las lesiones sadomasoquistas y de la sumisión a curanderismo, toda vez que admitido que el libre desarrollo de la personalidad, en determinados casos la búsqueda del bienestar personal, puede conducir a la impunidad de comportamientos lesivos consentidos por el sujeto pasivo, lo cual puede ser aplicado a las prácticas sadomasoquistas y la sumisión a curanderismo, siempre que se trate de un consentimiento libre y válidamente prestado. Recuerdan que las faltas consentidas resultan

condicionadas e incluso, en aquellos casos en que la lesión es realizada con una finalidad discutible, como en el caso de lesiones para cometer, ocultar o simular un delito, intervenciones médicas no curativas o incluso, con independencia de la frecuencia del comportamiento consentido, así como de la gravedad, permanencia o implicaciones sociales del menoscabo¹⁸¹⁹.

En cuanto a los requisitos para que el consentimiento tenga efecto atenuatorio en los delitos de lesiones, la renuncia política para tales efectos se refleja en su estricta y formalista regulación, más propia del Derecho privado que de una institución de DP, destinada a la determinación de los presupuestos del merecimiento de pena¹⁸²⁰.

Conforme al requisito de la *validez* del consentimiento, se exige verificar si ha concurrido en el titular del bien jurídico de la salud individual, la *capacidad* para otorgarlo¹⁸²¹, entendiéndose por capacidad, la natural de discernimiento y no la capacidad jurídico-civil para negociar válidamente¹⁸²². Al respecto, hay que tener presente que en DP, salvo regulación expresa en contrario, se reconoce al sujeto esta capacidad, cuando se encuentre en condiciones de comprender el sentido y trascendencia de su decisión en relación con el bien jurídico protegido¹⁸²³. De esta forma, el art. 155 declara expresamente la irrelevancia del consentimiento otorgado por un menor de edad (es decir, quien tiene menos de dieciocho años¹⁸²⁴) o un incapaz, pero, a diferencia de lo previsto en el art. 156, omite cualquier referencia a la intervención de los representantes legales¹⁸²⁵. A falta de una salvedad explícita, y dado el carácter personalísimo del objeto de tutela, debe interpretarse la cláusula del párrafo segundo como una negación absoluta de la validez del consentimiento, lo que impide que sea prestado por los representantes legales¹⁸²⁶. Con todo, los términos “menor de edad” o “incapaz” deben entenderse referidos a una minusvalía aparente, no siendo necesaria su declaración judicial¹⁸²⁷, todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 25 del propio CPes¹⁸²⁸.

La exigencia de que el consentimiento sea *libre* dice relación con la ausencia de vicios en su obtención, los cuales en el ámbito jurídico penal, dicen relación con el hecho de haberse obtenido el consentimiento mediante *precio* o *recompensa*^{1829/1830} o

impunes de acuerdo al tenor legal, por lo que apuntan un criterio que puede llegar a ser aplicado para descartar incluso la presencia de delito en resultados de mayor entidad. En todo caso, de no admitirse, la impunidad basada en el consentimiento, afirman que resulta plenamente aplicable la atenuación prevista en el art. 155 (CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, pp. 134-135.

¹⁸¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p.137.

¹⁸²⁰ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 139.

¹⁸²¹ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 144 y CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 128.

¹⁸²² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 518-519 y CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., p. 125.

¹⁸²³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p.137 y MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 513.

¹⁸²⁴ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 144

¹⁸²⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 518-519.

¹⁸²⁶ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 139 - 140.

¹⁸²⁷ En tal sentido, STS N° 1049/2002, de fecha cinco de junio. Por su parte, ratificando lo anterior, la STS N° 18/2002, de fecha cuatro de noviembre sostiene que debe tratarse de una minusvalía Parente.

¹⁸²⁸ CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 147 y ss.; GARCÍA ARÁN, “De las Lesiones”, op. cit., p. 135 y GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 144.

¹⁸²⁹ CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., p. 126; GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 144 y TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 140.

¹⁸³⁰ De otra opinión, Díez Ripollés, quien sostiene que: “El otorgamiento, con dudas, de relevancia a las hipótesis de prevalimiento, no debe conducir a extender ésta a los casos en que medie precio o recompensa, ya que en el art. 155, a diferencia de lo que sucede en el art. 156 del CPes, está ausente cualquier referencia expresa al respecto. Contradiría además la voluntad de la ley, que no ha querido

con *violencia* o *intimidación*, o bien cuando se base en un *error*, creado por medio de *engaño* o de otro modo, siempre que tal error, afectando a la cualidad lesiva de la acción, haga que esté ausente la conciencia de disposición sobre el bien jurídico¹⁸³¹. Con ello trata de evitar las consecuencias cuando el afectado haya sido manipulado por terceros o haya prestado su consentimiento en condiciones análogas a la inculpabilidad (miedo insuperable o trastorno mental transitorio)¹⁸³². Por el contrario, no hace ineficaz el consentimiento el error en los motivos (aquel que afecta sólo a la razón o motivo por el cual se consiente), el error sobre la identidad de la persona a la que se consiente intervenir, cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración¹⁸³³.

El requisito de que el consentimiento sea *espontáneo* alude a la necesidad de que no esté condicionado por ningún elemento externo¹⁸³⁴ y con él 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 consentidas¹⁸³⁵. Ello se concretará normalmente en la formulación de una solicitud o petición de actuación, no bastando con el mero asentimiento a una iniciativa ajena^{1836/1837}.

La exigencia de que el consentimiento haya sido emitido *expresamente* contrasta con la posición dominante en la doctrina y resulta sorprendente en el seno de una cláusula de disminución de pena no excepcional basada en una ponderación de los diversos intereses materiales concurrentes¹⁸³⁸. Dicha exigencia quiere decir que el consentimiento debe ser prestado de manera verbal o por escrito¹⁸³⁹, es decir, no basta con meras suposiciones sobre la prestación del tal consentimiento¹⁸⁴⁰ y su efecto más concreto consiste en la negación de la eficacia del consentimiento presunto en caso de incapacidad de prestarlo personalmente¹⁸⁴¹.

La relevancia del consentimiento no exige el conocimiento del mismo por parte del autor, con tal de que sea reconocible externamente, siendo a mi juicio posible aplicar la tentativa inidónea en caso de que el autor actúe sin conocimiento del consentimiento de la víctima¹⁸⁴².

El consentimiento debe ser *previo* o *simultáneo* a la realización de las lesiones consentidas, lo que se desprende del texto legal que alude a la expresión *ha mediado*, pudiendo, en todo caso ser susceptible de *revocación* en cualquier momento no posterior a aquellas¹⁸⁴³.

privar de eficacia atenuatoria al consentimiento en aquellas lesiones que, por su naturaleza o circunstancias, merezcan una valoración social negativa” (DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 141).

¹⁸³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 140 - 141.

¹⁸³² TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op., cit., p. 140.

¹⁸³³ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 520.

¹⁸³⁴ Así, STS N° 1049/2002, de fecha cinco de junio.

¹⁸³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 142.

¹⁸³⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 142.

¹⁸³⁷ En contra de esta opinión, Tamarit Sumalla considera que las menciones en torno a la libertad y espontaneidad son redundantes (TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op., cit., p. 140).

¹⁸³⁸ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 140.

¹⁸³⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 142.

¹⁸⁴⁰ CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 147 y ss.

¹⁸⁴¹ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 140.

¹⁸⁴² A favor de la posibilidad de aplicar la tentativa inidónea, se plantea MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 519. En contra de la procedencia de la tentativa inidónea, se pronuncia TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 140.

¹⁸⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 142-143.

En cuanto al tema de si el consentimiento puede ser prestado por los *representantes legales* del afectado, no hay argumentos de texto expreso que resuelvan la materia, ya que si bien la mención del *ofendido* del art. 155 permite cerrar el paso a tal posibilidad, la falta de un rechazo expreso como sucede en el art. 156 posibilita razonar en sentido contrario. En opinión de Díez Ripollés, la importancia del bien jurídico implicado y la consecuente conveniencia de minimizar riesgos cuya materialización a veces será irreparable, aconseja limitar tal posibilidad a situaciones especialmente fundadas en el ámbito de la justificación¹⁸⁴⁴.

5.4.5.5. El consentimiento en los trasplantes, esterilizaciones y cirugía transexual (art. 156 del CPes)

El art. 156 viene a sustituir el antiguo art. 428 del CPes antiguo, con algunas novedades que dicen relación con la agregación de dos requisitos del consentimiento, los cuales consisten en la *validez* y en la *conciencia*, los cuales deben concurrir, además, de la intervención de un *facultativo*¹⁸⁴⁵. Por último, se suprimió la excepción en los supuestos de mutilación o inutilización para eximirse del servicio militar obligatorio, figura que se eliminó¹⁸⁴⁶.

El consentimiento tiene, de acuerdo con lo dispuesto en este art., eficacia eximente en los supuestos de trasplantes de órganos, cirugía transexual y esterilización.

Respecto a los *trasplantes de órganos*, el art. 156 se refiere a las condiciones aplicables a casos de obtención de órganos procedentes de un donante vivo, ya que si se trata de órganos o piezas anatómicas de fallecidos, la Ley de trasplantes prevé un régimen menos estricto, que permite la extracción siempre que no constare expresamente la oposición del fallecido¹⁸⁴⁷. En los trasplantes de órganos la intervención es curativa para el receptor; respecto de éste, por tanto, el hecho es atípico, puesto que el bien jurídico no sólo que no se ha visto perjudicado, sino, antes al contrario, preservado¹⁸⁴⁸ y respecto del donante hay que tener presente que las donaciones de órganos, realizadas legalmente, habían sido ya destipificadas por la ley que regula^{1849/1850} además, los requisitos en materia de consentimiento en las intervenciones médicas en el ámbito de la salud¹⁸⁵¹.

La esterilización y la cirugía transexual deben ser realizadas por facultativo^{1852/1853}. Es poco probable que pueda realizar una operación de esta naturaleza una persona sin tal cualificación, pero si esto ocurriera el autor no estaría exento de responsabilidad criminal, sino que su conducta encajaría en el art. 155, donde el consentimiento prestado por el lesionado lleva a una pena para el autor inferior en uno o

¹⁸⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 143.

¹⁸⁴⁵ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 141.

¹⁸⁴⁶ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 141.

¹⁸⁴⁷ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 141.

¹⁸⁴⁸ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 145.

¹⁸⁴⁹ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 137 y TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 141-142..

¹⁸⁵⁰ De otra opinión, GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 145.

¹⁸⁵¹ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 132.

¹⁸⁵² GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 145.

¹⁸⁵³ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 133.

dos grados a la prevista en el art. 149, sin perjuicio de poder incurrir en un delito de intrusismo del art. 403¹⁸⁵⁴.

En cuanto a la *esterilización*, la expresa tipificación de esta modalidad de lesión y lo establecido en el art. 155, obligan a la introducción de una excepción legal, con el fin de acomodar la legislación a la tesis que acepta la esterilización consentida de adultos, la cual se ha ido imponiendo en los diversos países europeos desde los años sesenta¹⁸⁵⁵.

Sin embargo, en la medida en que las intervenciones médicas aquí mencionadas son llevadas a cabo respetando las normas de la *lex artis* y con el consentimiento informado del paciente, no poseen la consideración de *lesiones*, al basarse en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, criterio que puede extenderse a la interpretación general de los tipos de lesiones, ya que resulta difícil mantener que la esterilización buscada conscientemente para mejorar el ejercicio de la sexualidad o la cirugía transexual, dirigida a lograr el bienestar personal, son comportamientos que realizan los tipos de lesiones protectores de la salud^{1856/1857}.

En todo caso, más allá de las discusiones dogmáticas, lo importante es que en estos supuestos, el legislador otorga validez al consentimiento siempre que se cumplan los requisitos ordenados por la norma.

Se excluye la validez del consentimiento obtenido viciadamente, siendo vicios relevantes el *miedo insuperable* y el *error*, también cuando éste recaer sobre los motivos o sobre el conocimiento de la trascendencia real de la intervención¹⁸⁵⁸. Es necesaria la información suficiente del afectado, toda vez que se requiere que el mismo conozca el hecho consentido (principio del “consentimiento informado”)¹⁸⁵⁹. La invalidez del consentimiento se extiende además a los supuestos en los que se haya obtenido mediante precio o recompensa, con lo que se trata de evitar, sobre todo, indeseables prácticas de cobayismo (uso de seres humanos en experimentos médicos), de tráfico de órganos y situaciones contrarias a la dignidad humana, en las que una persona se vea impulsada a vender sus órganos para poder hacer frente a una angustiada precariedad económica¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁵⁴ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 133.

¹⁸⁵⁵ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 142.

¹⁸⁵⁶ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 137.

¹⁸⁵⁷ Carbonell Mateu y González Cussac opinan que el hecho de que nos encontremos ante supuestos tan extraordinarios avala la tesis de que en el resto de las intervenciones quirúrgicas las lesiones son atípicas, incluso cuando no mediare consentimiento del sujeto pasivo, por cuanto en ellas no sería el consentimiento, sino el hecho de que la intervención redundara en beneficio del bien jurídico protegido; esto es, la salud, la que determinaría su atipicidad. Estima que al establecer un efecto eximente para estos casos en los cuales concurre consentimiento, el legislador entendería que los supuestos de trasplante, esterilización, cirugía transexual no benefician la salud, lo que puede resultar discutible en los últimos casos, especialmente si se considera la vertiente psíquica de la salud (CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 147 y ss.). Por su parte, otorgándole el carácter de eximente al consentimiento, en estos casos, Díez Ripollés, sostiene que el art. 156 del CPes, constituye una norma específica de excepción del régimen general de punición atenuada de los comportamientos típicos de lesiones consentidas abarcados por el art. 155 (DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 144.).

¹⁸⁵⁸ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 142.

¹⁸⁵⁹ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 142.

¹⁸⁶⁰ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 129-134.

5.4.5.6. El consentimiento en la esterilización de incapaces (art. 156 del CPes)

En cuanto al párrafo segundo del art. 156, no hay que recurrir al consentimiento del deficiente, que, por lo demás, siempre sería inválido, sino a su propio interés o “mayor interés del incapaz”, que es el criterio rector a tener en cuenta, con lo que se pretende evitar que una prohibición dirigida a proteger al incapaz pudiera tener efectos negativos sobre él, impidiéndole el disfrute de un derecho del que había estado históricamente privado, como es el del ejercicio de la sexualidad¹⁸⁶¹. La expresión *persona incapacitada* obliga a exigir, previamente, la declaración formal de incapacitación¹⁸⁶². Para la autorización de la esterilización, la enfermedad debe ser de carácter psíquico y merecer la consideración de *grave*, restricción lógica al tratarse de tan radical medida, lo cual da lugar a una segunda valoración por parte del juez civil, con base en la que puede desestimar la petición no obstante haber sido ya declarada la incapacidad¹⁸⁶³. La autorización debe tomar en cuenta, por lo tanto, el *interés del incapaz*, por lo que debe considerarse absolutamente ilícita toda esterilización basada en razones eugenésicas, como las imperantes en la época del positivismo científico, o de política demográfica¹⁸⁶⁴. Además, debe concurrir la *petición del representante legal del incapaz*, requisito formal que impone la iniciativa procesal del responsable del incapaz y que tiene como misión impedir la adopción de una política estatal de esterilizaciones generalizadas, puesto que como también advirtió el TC en STC N° 215/1994, en relación a dicho riesgo, esta norma no es susceptible de interpretación extensiva¹⁸⁶⁵. De este modo, la intervención judicial constituye la principal garantía a la que están subordinadas las demás¹⁸⁶⁶. El procedimiento de autorización constituye un asunto civil sobre el que el juez penal no puede resolver y la autorización puede acordarse no sólo en un expediente de jurisdicción voluntaria, sino también en el mismo procedimiento de incapacitación¹⁸⁶⁷.

Respecto al dictamen de los especialistas, el art. 156 no exige que sea favorable ni que tenga carácter vinculante, por lo que teóricamente cabe la autorización, pese al carácter desfavorable de uno de ellos o de ambos¹⁸⁶⁸. Tampoco se exige la intervención del médico forense ni que los especialistas, aun debiendo ser titulados universitarios, lo sean en medicina, de modo que también puede ser llamado a emitir dictamen un psicólogo, un pedagogo o un trabajador social, por ejemplo¹⁸⁶⁹. Lo que exige la norma, es que se presente el dictamen de dos especialistas, que la autorización se otorgue con audiencia al Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz¹⁸⁷⁰. Los dos dictámenes exigidos constituyen el mínimo legal, sin descartarse la solicitud de otros si resultan discrepantes, y, en todo caso, al no ser vinculantes, sus conclusiones deben ser valoradas por el juez junto a la opinión del Ministerio Fiscal, en consideración a la exploración del incapaz¹⁸⁷¹.

¹⁸⁶¹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 129-134.

¹⁸⁶² CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T.I, pp. 139-140; GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 145 y TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 142 y 143.

¹⁸⁶³ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 143 y CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 140.

¹⁸⁶⁴ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, pp. 140-141.

¹⁸⁶⁵ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 140.

¹⁸⁶⁶ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 143.

¹⁸⁶⁷ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 143.

¹⁸⁶⁸ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 143.

¹⁸⁶⁹ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 143.

¹⁸⁷⁰ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 141.

¹⁸⁷¹ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 141.

La posibilidad de autorizar la esterilización de incapaces constituye un factor singular respecto a lo previsto en relación con los menores de edad, que se justifica por el carácter persistente de la deficiencia¹⁸⁷². Tal elemento diferencial permite resolver el problema de los menores de edad incapacitados, cuando se prevea razonablemente que la causa que la provoca persistirá después de la mayoría de edad¹⁸⁷³. Faltando el carácter transitorio de la incapacidad de consentir en que se funda la prohibición absoluta establecida respecto a los menores y otorgando la prevalencia a la norma permisiva frente a la prohibitiva, debe concluirse la posibilidad de autorizar la esterilización de los menores de edad incapacitados en quienes concurren las condiciones antedichas de gravedad e irreversibilidad¹⁸⁷⁴.

5.4.5.7. Efectos del consentimiento en la doctrina y en la legislación chilena

La tendencia de la doctrina nacional es rechazar el efecto justificante del consentimiento en el delito de lesiones. Así, Politoff, Grisolia y Bustos opinan que en Chile se tiende a rechazar la justificación de los atentados consentidos contra la salud, no por principios morales abstractos, sino por los riesgos a que puede conducir en la práctica la generalización de métodos que la ciencia moderna hace a cada momento más factibles, no al servicio de la necesidad o de la solidaridad, sino del abuso de los débiles, cuyo consentimiento pueda ser arrancado o comprado¹⁸⁷⁵.

La verdad es que no puedo sino estar en desacuerdo con este último argumento, por cuanto refleja la mirada de un Estado paternalista, que supone la inmadurez de sus ciudadanos para decidir acerca de qué conductas pueden o no ser consentidas. En efecto, si lo que se quiere hacer es proteger a las personas más desvalidas de la sociedad, me parece que la peor forma de hacerlo es aquella por la que optó nuestro CP, es decir, negarle eficacia al consentimiento del afectado como causal de justificación. Perfectamente se podría establecer ya una atenuación de la pena (como lo hace el CPes respecto del delito de lesiones) o mejor aún, una exención de la misma (como lo hace el StGB alemán, salvo en cuanto la conducta atente en contra de las buenas costumbres, o como lo hace el CPes respecto de la falta de lesiones), condicionando estos efectos al cumplimiento de determinados requisitos necesarios para que el consentimiento adquiera valor penal¹⁸⁷⁶.

Los mismos autores continúan señalando que otra cosa es que el consentimiento sea *cofundante* de la atipicidad (adecuación social) o de la justificación en determinados casos, cuya solución no podrá jamás residir *únicamente* en el consentimiento¹⁸⁷⁷.

Por su parte, Garrido Montt opina que el *consentimiento* de la persona a quien un tercero lesiona o mutila, atendida la indisponibilidad del bien salud e integridad física, no debería tener relevancia, por cuanto el consentimiento del titular del derecho lesionado opera en relación con los bienes jurídicos *disponibles*, entre ellos la propiedad, pero no tiene trascendencia significativa cuando se refiere a bienes *no*

¹⁸⁷² TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 144.

¹⁸⁷³ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 144.

¹⁸⁷⁴ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 144.

¹⁸⁷⁵ POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 187.

¹⁸⁷⁶ En tal sentido, Guzmán Dalbora critica el ensordecedor silencio del Código chileno acerca del sentido limitado que aún se da en el Derecho comparado al consentimiento, como causa de exclusión de la responsabilidad criminal en ciertos atentados contra la salud (GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p.8).

¹⁸⁷⁷ POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 187.

disponibles, como la vida y la salud; en todo caso, sostiene que no parece ser la razón verdadera y precisa de la posible atipicidad o antijuridicidad de la conducta que se cuestiona, según los casos, sino un elemento necesario para que operen otras circunstancias (la adecuación social de la conducta, el ejercicio legítimo de una profesión autorizada) que sí fundamentarían a su juicio, la atipicidad o, por lo menos, la juridicidad¹⁸⁷⁸.

Así también los profesores Politoff, Matus y Ramírez, coincidiendo con la visión mayoritaria, plantean que el hecho de que las autolesiones resulten impunes entre nosotros, por regla general^{1879/1880}, no significa que las *lesiones consentidas* sean igual de impunes, con independencia de que sea el consentimiento del paciente un requisito, junto con la finalidad terapéutica, para la *atipicidad* o *justificación material* de buena parte de las intervenciones médicas no urgentes, como lo estableció una antigua SCS, al sancionar como autores de mutilaciones de miembros menos importantes a unos obreros de una empresa minera que se mutilaban recíprocamente dedos de las manos para obtener indemnizaciones y beneficios previsionales indebidos y continúan señalando que la misma regla debe aplicarse al *consentimiento* que se entrega para la realización de actividades *seudoterapéuticas*, como los “tratamientos” de belleza (particularmente los reductores de la obesidad) o las *intervenciones con finalidad estética* realizadas fuera de la *Lex Artis*, sea por personal no entrenado (perteneciente o no a las profesiones médicas), siguiendo procedimientos fuera de los indicados (aun con “apariencia” clínica), o abiertamente fuera de toda apariencia médica (como los ofrecidos en peluquerías y otros establecimientos de “embellecimiento”, y aun los procedimientos puramente “mágicos”) y agregan que en tales casos, si a las lesiones producidas se ha añadido un perjuicio patrimonial, no debe descartarse la posibilidad de configurar un delito de estafa, si el aparente consentimiento se ha obtenido mediante engaño¹⁸⁸¹.

Conteste con la postura mayoritaria, al referirse a la antijuridicidad, Etcheberry refiere que aunque la autolesión no está sancionada, la integridad corporal y la salud no constituyen bienes disponibles, y por consiguiente el solo consentimiento del interesado no basta para justificar la acción de quien los lesiona, sin embargo, dice que existen numerosos casos en los cuales el propio sujeto o bien terceros estarán justificados en causarle cierta clase de lesiones (por lo general, que no excedan de leves o a lo sumo de

¹⁸⁷⁸ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 178-179.

¹⁸⁷⁹ Los profesores Politoff, Matus y Ramírez refieren que existen ciertas circunstancias en que las *autolesiones son especialmente punibles*, particularmente cuando de ellas se deriva la lesión o puesta en peligro de otro bien jurídico que excede al de la salud individual. Tal cosa acontece de antiguo en el delito del art. 295 del Código de Justicia Militar, respecto de quien, con el propósito de sustraerse al cumplimiento de los deberes militares, se mutila o se procura una enfermedad que lo inhabilita para el servicio, o los supuestos de autointoxicación punibles, en el entendido que se trata de administrarse -en un sentido similar al del art. 398 del CP- voluntariamente sustancias potencialmente dañosas para la *salud pública*, pueden también figurar en el catálogo de autolesiones punibles (POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones de DP Chileno, PE*, op. cit., p. 109).

¹⁸⁸⁰ Me parece acertado el planteamiento de Garrido Montt, en el sentido de que en los casos excepcionales como el sancionado por el Código de Justicia Militar en el art. 295, esto es, al que con el objeto de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones militares, se mutila o se procura una enfermedad que lo inhabilita para el servicio, la mutilación o la enfermedad son en este caso un simple medio de eludir el cumplimiento de determinados deberes, y esto último es lo que el precepto castiga y no la autolesión misma. Lo mismo sucede en el caso en que el sujeto trata de administrarse voluntariamente sustancias potencialmente dañosas para la *salud pública*, en que lo sancionado es el riesgo para la salud pública y no la auto-puesta en peligro (al respecto, ver GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 160-161 y 178).

¹⁸⁸¹ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno*, op. cit., p. 119-120.

menos graves) y cita el derecho de los padres para castigar y corregir moderadamente a sus hijos¹⁸⁸².

Al respecto me parece que el principio del interés superior del menor que inspira la nueva redacción del art. 234 del CC ya no admite tal interpretación por cuanto si bien establece la facultad de los padres para corregir a los hijos, les impone la obligación de cuidar que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. A continuación prescribe que si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, debe decretar medidas en resguardo del hijo, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción. Más aún, la ley refiere que cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres pueden solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad, no pudiendo las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres.

Si a esto agregamos la actual redacción del art. 494 N° 5 y su relación con el art. 400 del CPch, es evidente que la valoración legal respecto de las lesiones producidas al interior de la familia ha cambiado.

De esta forma, si el padre o la madre maltratan a su hijo hasta el punto de provocarle lesiones, más allá de los efectos civiles que de dicha conducta pueden derivarse, en materia penal, la misma es constitutiva de delito de lesiones menos graves, pudiendo incluso verse agravada la pena en aquellos casos en los cuales la lesión por sí sola es constitutiva de lesiones menos graves, es decir, cuando no concurren los elementos valorativos de la calidad de las personas o de las circunstancias del hecho que permitirían desplazar el tipo penal de las lesiones menos graves a las leves. Si, por el contrario, concurren dichos elementos valorativos, que permitirían al tribunal, sancionar la conducta como lesiones leves, pero no obstante ello el tribunal debió sancionar por el delito de lesiones menos graves, por haberse cometido el delito, en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, no puede aplicarse además, la agravante del art. 400 del CP, por impedirlo el principio del *non bis in idem*.

Continúa Etcheberry, dando como ejemplo las lesiones que se causan al adversario en el desarrollo de los deportes violentos por naturaleza (boxeo, lucha), que resultan, a su juicio, justificadas por el ejercicio legítimo de un derecho o de una profesión¹⁸⁸³.

No me parece acertado este ejemplo, por cuanto no es la antijuridicidad la razón por la cual los deportes violentos no son sancionados. En efecto, tal y como lo señala el profesor Queralt¹⁸⁸⁴, el afectado presta su consentimiento para realizar una determinada actividad riesgosa, por cierto, pero no para ser lesionado, por lo tanto el consentimiento no juega un rol justificante. Lo que sucede es que no cabe imputar la conducta (es decir, falta el desvalor del acto), cuando, pese a suponer un riesgo no despreciable, el mismo carece, por su aceptación social, de relevancia típica jurídico penal. Así, en las actividades deportivas que implican contactos físicos o incluso golpes intencionales que literalmente caben en el delito o falta de lesiones, según sea el caso, la exclusión de la

¹⁸⁸² ETCHEBERRY, DP, PE, op. cit., T. III, p. 84.

¹⁸⁸³ ETCHEBERRY, DP, PE, op. cit., T. III, p. 119.

¹⁸⁸⁴ QUERALT JIMÉNEZ, DP español, PE, op. cit., p. 102.

tipicidad penal procede de la irrelevancia penal de la lesividad del hecho, por ser socialmente admitida, atendido el contexto en que se produce¹⁸⁸⁵.

Sigue Etcheberry ejemplificando con casos en los que entraría en juego un interés superior para el individuo, no reprobado por el orden jurídico, aquél tiene derecho a sacrificar en cierta medida estos bienes: mejoramiento de la propia salud (tratamiento médico); aumento de la belleza o armonía exterior (cirugía estética o plástica); perfeccionamiento espiritual (penitencias y mortificaciones); salvar la vida ajena (donación de sangre, trasplante de órganos)¹⁸⁸⁶.

La verdad es que la mayoría de estos casos mencionados por Etcheberry son causas de atipicidad y no de justificación. Así, por ejemplo, las intervenciones quirúrgicas, aun las llevadas a cabo sin el consentimiento del paciente, pero realizadas de acuerdo con las reglas de la *Lex Artis* y de manera exitosa. Tampoco parecen adecuados los ejemplos de donación de sangre y trasplante de órganos, conductas que, de ser llevadas a cabo de acuerdo con la *Lex Artis*, no son típicas. Respecto de la cirugía plástica o estética y como sostiene Politoff, Grisolia y Bustos, un concepto amplio de salud permite considerar intervención terapéutica toda acción dirigida a producir el bienestar psíquico y la mejor adaptación ambiental del individuo, dentro de lo cual también cuenta por cierto su apariencia externa¹⁸⁸⁷.

5.4.5.8. Panorama en el APCPCH

El APCPCH, sólo en el caso de homicidio a ruego considera el consentimiento del afectado. En efecto, el proyecto sanciona el homicidio simple con una pena que va desde los diez años y un día hasta los quince años. Luego, el homicidio calificado es sancionado con una pena que va desde los quince años y un día hasta los veinte años. La excepción se encuentra constituida por el art. 83 aprobado por el Foro Penal, el cual señala: “Art. 83: El que por motivos piadosos mate a otro que lo ha solicitado expresa e inequívocamente, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo”.

Sin embargo, respecto del delito de lesiones, aun cuando se trata de un bien jurídico de menor entidad que la vida, el Proyecto no contempla ni siquiera una disposición similar que permita, al menos, bajar la pena en aquellos casos en los cuales la lesión se ha llevado a cabo con el pleno consentimiento del ofendido. Evidentemente, conforme con el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad que emana de la dignidad humana, el consentimiento debería tener en material penal pleno efecto eximente, salvo aquellas situaciones que vayan en detrimento del principio antes aludido, como ocurre en el caso de ventas de órgano o, por ejemplo, en el caso de consentir en el cercenamiento de una extremidad, por puro placer, lesión permanente, que hace dudar que el consentimiento se prestara en condiciones de imputabilidad.

En Iberoamérica, el consentimiento está regulado expresamente en los códigos penales de México (Código Federal y del Distrito de México), Colombia y Costa Rica. En todos estos países se exige que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien jurídico y en los dos primeros países se establece como requisito, que el bien jurídico sea disponible, con lo cual habría que determinar si la salud individual cumple o no con esta exigencia.

¹⁸⁸⁵ MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en DP”, op. cit., p. 16.

¹⁸⁸⁶ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 118-119.

¹⁸⁸⁷ POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 190.

6. Imputación objetiva del resultado (relación de riesgo)

En los delitos que exigen un resultado separado, como las lesiones, además de una conducta generadora de un riesgo típicamente relevante que cause materialmente el resultado, es necesario que éste pueda verse como la realización del riesgo inherente a la conducta del sujeto activo¹⁸⁸⁸. Es decir, debe concurrir una específica relación de riesgos entre la conducta desaprobada del autor y el resultado producido¹⁸⁸⁹. Los menoscabos de bienes exigidos en los delitos de resultado sólo interesan como expresión de injusto de resultado en la medida en que éste se muestre como una discrepancia de la situación jurídicamente garantizada¹⁸⁹⁰. No concurre la imputación objetiva de un resultado cuando, pese a haber sido causado por una conducta que creó un riesgo típicamente relevante, no supone la realización de este riesgo, sino de otro factor, es decir, no es su consecuencia específica.

A continuación analizaremos los criterios aportados por la doctrina y la jurisprudencia para estimar que en el hecho no concurre la mencionada relación de riesgos entre la conducta típicamente relevante y el resultado lesivo.

6.1. Conducta alternativa adecuada a Derecho

6.1.1. Evitabilidad *ex post* del resultado

Conforme al criterio de conducta alternativa adecuada a Derecho, se afirma que no es imputable el resultado producido por el comportamiento contrario a deber que, con una probabilidad cercana a la seguridad, también habría acaecido en el supuesto de haberse desarrollado una conducta adecuada al Derecho¹⁸⁹¹. Por lo tanto, habría que negar la relación de antijuridicidad cuando a pesar de que el resultado típico ha sido causado por el comportamiento del autor, aquél hubiera sobrevenido de igual modo con una conducta adecuada a Derecho¹⁸⁹².

Las conductas alternativas adecuadas a Derecho están íntimamente relacionadas con la relevancia penal que se dé a la evitabilidad del resultado, ya que la constatación *ex post* de que el resultado se hubiera producido aun con una conducta adecuada a Derecho no afecta a la peligrosidad de la conducta, sino al nexo entre ésta y el resultado, toda vez que la realización igual del resultado sea segura, probable o posible, es un problema posterior y el examen sobre la infracción de la norma de cuidado se ha de realizar *ex ante*, deduciéndola de la posibilidad o imposibilidad de evitar el resultado¹⁸⁹³. En los delitos de actividad dolosos la pregunta sobre la conducta alternativa adecuada a Derecho no suscita interés, toda vez que requieren para su concurrencia de la creación de un riesgo típicamente relevante¹⁸⁹⁴. Si se entiende que la imputación se limita a la relación de riesgo y que el resultado no forma parte del injusto típico, la imputación objetiva *strictu sensu* será aplicable por igual al tipo doloso y al imprudente¹⁸⁹⁵.

¹⁸⁸⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 253.

¹⁸⁸⁹ FRISCH Y ROBLES, *Desvalorar e imputar*, op. cit., pp. 45-46.

¹⁸⁹⁰ FRISCH Y ROBLES, op. cit., *Desvalorar e imputar*, p. 46.

¹⁸⁹¹ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 309.

¹⁸⁹² JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 629.

¹⁸⁹³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 444-445.

¹⁸⁹⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 445.

¹⁸⁹⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 445.

6.1.2. Grupos de casos

El conductor de un camión adelanta a un ciclista sin guardar la distancia de seguridad señalada en la ley, donde se prevé una distancia lateral reglamentaria de adelantamiento de 1 metro, el camionero adelantó a 0,75 metros y durante el adelantamiento, debido a que el ciclista, que estaba muy bebido, gira la bicicleta hacia la izquierda y cae bajo las ruedas del remolque del camión, muriendo a consecuencia del accidente, luego se prueba que el resultado mortal se habría realizado igualmente, casi con completa seguridad, aunque el conductor hubiese mantenido la distancia reglamentaria; y ello porque por una reacción automática en “corto circuito”, debido a su estado de embriaguez, el ciclista en aquél momento habría girado inconscientemente a la izquierda, con lo que hubiera muerto, con gran probabilidad, aun cuando el camionero hubiera guardado la distancia reglamentaria¹⁸⁹⁶.

Durante una operación, a un niño le administraron, como anestesia cocaína, en lugar de la novocaína prescrita, el niño muere, pero en la autopsia se descubre que tenía la glándula linfática anormal, lo que le habría producido rechazo contra cualquier tipo de anestesia y, por lo tanto, habría muerto igual si se le hubiese suministrado la anestesia adecuada, sin embargo, el Tribunal alemán del Reich casó la sentencia en que se absolvía al médico y dictó una nueva, condenándolo¹⁸⁹⁷.

Un farmacéutico despachó una vez con receta médica un preparado de fósforo a la madre de un niño raquítico; luego continuó vendiendo el producto repetidas veces a la simple petición de la madre, sin exigir la entrega de la receta reglamentaria, pero a consecuencia del tratamiento, el niño tuvo una intoxicación aguda que le produjo la muerte, sin embargo, en la prueba pericial se supo que el envenenamiento no estuvo precedido de síntomas que lo hicieran previsible, por lo que no se excluye, que el médico, de ser consultado, habría ordenado la continuación del tratamiento, razón por la cual el Tribunal alemán del Reich absuelve al farmacéutico¹⁸⁹⁸.

El acusado, comerciante, había adquirido para su fábrica de pinceles, pelo de cabra y pese a la advertencia de la firma comercial, sobre la necesidad de desinfectar el pelo, el acusado lo entregó a la operarías, para transformar el producto, sin efectuar la operación de desinfección, luego cuatro operarías enfermaron y murieron como consecuencia de la infección contraída al manipular el pelo de cabra, sin embargo, durante el proceso se probó, pericialmente, que aunque se hubiera realizado la adecuada desinfección, de acuerdo con las disposiciones vigentes, el bacilo de carbunco, causante de la infección, no habría muerto por su particular resistencia a la desinfección reglamentaria, pero el Tribunal alemán del Reich casa la sentencia en la que se absolvía al procesado y condena, porque no basta la simple posibilidad de realizar el resultado también en caso de comportamiento alternativo adecuado a Derecho, exigiendo en su lugar la seguridad o al menos la probabilidad rayana en la seguridad y posteriormente, el Tribunal, ante nuevas apelaciones absuelve al comerciante, por faltar la previsibilidad *ex ante* del resultado lesivo¹⁸⁹⁹.

¹⁸⁹⁶ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 398 y CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 451-452.

¹⁸⁹⁷ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 629 y CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 452-453.

¹⁸⁹⁸ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 629 y CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 453.

¹⁸⁹⁹ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 629 y CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 453-454.

Para solucionar adecuadamente estos casos debemos partir por distinguir las perspectivas *ex ante* y *ex post*.

6.1.3. Distinción de las perspectivas *ex ante* y *ex post*

Desde una perspectiva *ex ante*, el problema de las conductas alternativas adecuadas a Derecho carece de significado, ya que la circunstancia de que igual se hubiera producido el resultado no elimina el hecho de que el autor ha creado con su conducta un riesgo típicamente relevante al infringir la norma de cuidado, y ese peligro se ha realizado en el resultado, por lo tanto, lo importante es determinar si la pretensión del DP, de proteger bienes jurídicos se consigue directamente evitando resultados o mediatamente evitando conductas peligrosas¹⁹⁰⁰. Partimos de la segunda posición, ya que lo esencial para la prevención general es motivar a la evitación de conductas peligrosas; por lo que nos tendremos que preguntar si era evitable la conducta peligrosa no el resultado¹⁹⁰¹. Desde esta perspectiva, en el injusto, no tiene sentido preguntarse sobre la inevitabilidad del resultado, sin embargo, si cabría, en estos casos, cuestionar la relevancia penal del resultado producido y por lo tanto, la inevitabilidad del resultado puede afectar, de este modo al *desvalor del resultado*, así las cosas, la cuestión se ha de plantear en el nivel de imputación objetiva, entendida como problema de imputación del resultado, no en relación con el presupuesto de la imputación que ha de quedar incuestionado¹⁹⁰².

La solución del problema pasa por la separación de la pregunta sobre la relación de antijuridicidad, perspectiva *ex ante* y la pregunta sobre el fin de protección de la norma perspectiva *ex post*, la primera, se efectuará en relación con la conducta y, la segunda, en relación con el resultado, de esta manera, como conducta alternativa, sólo se puede tener en cuenta la del propio autor actuando de forma adecuada a Derecho, es decir, todas aquellas conductas de la misma clase que se encuentran dentro del riesgo permitido y la consideración alternativa de conductas de terceros, de la víctima o de factores naturales escapa a la problemática aquí examinada¹⁹⁰³.

6.1.4. Solución: Evitabilidad *ex post* del resultado como criterio de imputación

La evitabilidad puede considerarse *ex ante* o *ex post* y estos dos momentos deben de estar diferenciados¹⁹⁰⁴. Si la causación de un resultado *ex ante* aparece como inevitable excluye la relevancia penal del riesgo creado por el autor, ya que no tiene sentido prohibir una conducta, cuya no realización se advierte, ya *ex ante*, que no evitará que se produzca el resultado lesivo¹⁹⁰⁵. La posibilidad de evitar el resultado, es un elemento esencial en el delito de omisión, pero también lo es en la comisión¹⁹⁰⁶. La relevancia penal del riesgo creado por la conducta, o no controlado por la acción indicada en la omisión, según la evitabilidad o no del resultado, depende del momento en que se advierte la inevitabilidad del resultado: a) Si *ex ante* se advierte que el resultado se va a producir, o no se va a poder evitar, se realice o no la conducta

¹⁹⁰⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 482.

¹⁹⁰¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 482.

¹⁹⁰² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 483.

¹⁹⁰³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 486.

¹⁹⁰⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 488.

¹⁹⁰⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 488.

¹⁹⁰⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 488-489.

adecuada a Derecho, el peligro que se crea es irrelevante penalmente y en este sentido, la inevitabilidad *ex ante* del resultado afecta al injusto eliminando, al desvalor del acto, tanto en los tipos omisivos como en los comisivos; y b) Si sólo *ex post* se conoce que el resultado, en el caso concreto, tampoco se hubiera evitado con una conducta, ello no afecta a la relevancia penal de la conducta realizada, se mantiene el injusto típico creado¹⁹⁰⁷. Sólo en el supuesto de que, conforme a los criterios del incremento del riesgo y de la finalidad de protección de la norma se afirme la existencia de relación de riesgo, la inevitabilidad *ex post* del resultado puede excluir el desvalor de éste como elemento del tipo penal y, en consecuencia, la impunidad del sujeto en los casos de comportamiento alternativo adecuado a Derecho y, por lo tanto, la inevitabilidad es una especie de *condición negativa de punibilidad*, que más que afectar a la relación de riesgo, lo hace respecto al desvalor del resultado¹⁹⁰⁸.

Cuando se busca la solución, a través de la teoría del incremento del riesgo o de la finalidad de protección de la norma, de lo que se trata es de comprobar la existencia de la relación de riesgo, con lo que se niega la relevancia de la inevitabilidad *ex post* del resultado¹⁹⁰⁹. La afirmación de que no habrá imputación cuando se pruebe, con una probabilidad rayana en la seguridad, que el comportamiento alternativo adecuado a Derecho no habría dado lugar al resultado, exige aceptar la relevancia de la inevitabilidad *ex post* del resultado como criterio de exclusión de la imputación¹⁹¹⁰.

En el *caso del fabricante* de pinceles, si se prueba que la infección, que producen los pelos de cabra en las trabajadoras, proviene del carbunco y que la desinfección no lo habría destruido, se está afirmando que no hay un incremento del riesgo *ex post* y no hace falta acudir a la conducta alternativa, en el *caso de la novocaína*, si la muerte se produce por un incidente de narcosis, por la supersensibilidad del paciente a todo tipo de narcosis, y no por la específica toxicidad de la cocaína se excluye también la relación de riesgo por falta de incremento del riesgo *ex post*, en caso de duda sobre cuál sea el riesgo que se ha realizado en el resultado, es decir, sobre la existencia o no de un incremento *ex post* del riesgo, será suficiente para excluir la imputación que no se pueda probar con una probabilidad rayana en la seguridad ese incremento del riesgo, en atención al principio *in dubio pro reo* y, en base a la exigencia de relación de riesgo, como elemento esencial para la imputación del resultado¹⁹¹¹.

En todo caso en el examen del incremento del riesgo, o de la finalidad de protección de la norma infringida, se valorará lo realmente acontecido, sin tener en cuenta las hipotéticas conductas adecuadas a Derecho, ya que si con una probabilidad rayana en la seguridad ha existido un incremento del riesgo *ex post* estará probada la relación de riesgo y sólo entonces será necesario acudir al examen sobre la evitabilidad del resultado¹⁹¹². La evitabilidad del resultado, como criterio de imputación, funciona pues como una excepción al principio general de que la relación de riesgo resulta probada por el incremento comprobado *ex post* del riesgo y como excepción, se deberá probar que con una probabilidad rayana en la seguridad tampoco se hubiera evitado el resultado con una conducta adecuada¹⁹¹³.

¹⁹⁰⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 489.

¹⁹⁰⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 489.

¹⁹⁰⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 490.

¹⁹¹⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 490.

¹⁹¹¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 491.

¹⁹¹² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 491.

¹⁹¹³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 490-491.

El hecho de que la evitabilidad no fundamente, sino que, por el contrario, excluya la relación de riesgo permite que en su prueba se acuda a la conducta alternativa hipotética, única forma, por otro lado, con la que es posible determinar la evitabilidad *ex post* del resultado¹⁹¹⁴.

En el *caso del ciclista*, es posible probar tanto el incremento *ex post* del riesgo, como que la finalidad de la norma infringida era evitar un resultado como el acaecido, y, por lo tanto, podemos afirmar la existencia de relación de riesgo junto a la relación de causalidad¹⁹¹⁵. Será necesario pues pasar a examinar la evitabilidad *ex post* del resultado y, para ello, la conducta alternativa adecuada a Derecho y en este caso, el primer problema es determinar cuál será esta conducta alternativa, ya que el deber de cuidado no siempre es igual al reglamento o regla técnica y, por consiguiente, no podemos decir que la conducta correcta hubiera sido adelantar a 1 ó 1,5 metros de distancia lateral, tal y como se prevé la ley y, por lo tanto, la conducta adecuada será la que atiende el deber de cuidado determinable *ex ante*, según las circunstancias concurrentes y los poderes individuales del autor, en tanto éstos sean conocidos o cognoscibles por éste¹⁹¹⁶. El deber de cuidado dependerá de la posibilidad que tenía el camionero de conocer el estado de embriaguez del ciclista, si éste era cognoscible, la conducta adecuada no sería ya adelantar a 1 ó 1,5 metros, sino a 3 metros, 5 metros o incluso no adelantar y de esta manera, la determinación del deber de cuidado objetivo-subjetivo, nos indica de forma inmediata cuál sería la conducta adecuada hipotética¹⁹¹⁷. En el cálculo de probabilidad sobre lo que hubiera acontecido con dicha conducta se deberá probar que, con una probabilidad rayana en la seguridad se hubiese producido igualmente el resultado y sólo en este caso será relevante la evitabilidad *ex post* del resultado, que afectará al *desvalor del resultado*, que se habría de entender como inexistente¹⁹¹⁸. Afirmar la relevancia de lo que propiamente se entiende por conducta alternativa adecuada a Derecho, supone aceptar que en determinados supuestos desaparezca el *desvalor del resultado* efectivamente producido, existiendo relación de riesgo entre la conducta típica y ese resultado, en base a razones de política-criminal¹⁹¹⁹.

6.2. Incremento del riesgo

El principio del incremento del riesgo se relaciona con la cuestión de si se debe imputar un resultado cuando mediante una conducta alternativa conforme a Derecho el mismo hubiera sido evitado, no con seguridad, sino sólo probable o posiblemente¹⁹²⁰.

Ello sucede en el ejemplo recién citado caso del conductor del camión y del ciclista ebrio, en donde se comprueba que *probable o posiblemente* el accidente también se habría producido aunque el conductor se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico a la hora de adelantar al ciclista¹⁹²¹.

Según Roxin en el caso del ejemplo, es obligada la imputación, porque una conducción correcta habría salvado la vida del ciclista, cierto que no con seguridad,

¹⁹¹⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 492.

¹⁹¹⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 492.

¹⁹¹⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 492.

¹⁹¹⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 492.

¹⁹¹⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 493.

¹⁹¹⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 492-493.

¹⁹²⁰ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 379.

¹⁹²¹ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 379.

pero sí posiblemente, y por tanto la superación del riesgo permitido por no guardar la distancia de separación lateral ha incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal¹⁹²². Agrega, que si a pesar de guardar la distancia requerida el ciclista hubiera muerto, también se habría realizado en ese curso del hecho un riesgo como el que siempre existe en los adelantamientos; pero de ese riesgo le hubiera liberado al conductor el legislador al autorizarlo, por lo que el resultado no sería imputable, pero si por el contrario el autor rebasa el riesgo permitido y se produce entonces el resultado como consecuencia del peligro existente en el adelantamiento, el mismo es imputable como realización de un peligro prohibido, ya que a su juicio, no existe ningún motivo para liberar también aquí al autor del riesgo y absolverle; pues el límite máximo del riesgo tolerable lo traza la distancia legal de separación lateral y según Roxin, todo incremento de ese riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor¹⁹²³.

Sin embargo la teoría del riesgo en la concepción de Roxin ha sido cuestionada con razón por ir en contra del principio *in dubio pro reo* y por convertir los tipos de lesión en *tipos de peligro*, toda vez que con la teoría del incremento del riesgo, sólo se prueba que se ha sobrepasado el riesgo permitido y en este dato fundamenta la sospecha sobre la existencia de relación de riesgo, sin embargo, para la existencia de relación de riesgo no es suficiente con que se cree un riesgo no permitido, sino que además este riesgo no permitido debe haberse realizado efectivamente en la lesión del bien jurídico; lo cual no sucede cuando el peligro específico del riesgo no permitido no sea efectivo, porque su posible eficacia sea sobrepasada o desplazada a través del efecto real de otro curso concurrente peligroso, ya que con el incremento del riesgo, lo único que se prueba es la existencia del primer juicio de imputación consistente en la *creación de un riesgo típicamente relevante*, como apariencia *ex ante*, y como efectivo riesgo comprobado *ex post*, pero no se prueba que el resultado sea imputable a ese riesgo¹⁹²⁴.

Cualquier incremento del riesgo, propio del sujeto, que *ex post* se ha realizado en el resultado es suficiente para fundamentar la relación de riesgo y, por tanto, eventualmente, la imputación del resultado, ya que, la consideración del comportamiento alternativo adecuado a Derecho es admisible, en orden a excluir la imputación del resultado, sólo si es seguro, con una probabilidad rayana en la seguridad, que esta conducta hipotética hubiera causado igualmente el resultado y la valoración sobre la seguridad o alta probabilidad en la realización de un resultado en un curso alternativo hipotético, debe ser llevado a cabo, discrecionalmente por el juez, en un momento *ex post*, atendiendo a todas las circunstancias conocidas, con la diferencia de que se partirá de la misma modalidad de conducta cuando se hubiera cumplido el deber de cuidado y que, respecto al resultado, será necesaria su abstracción, así en los supuestos en que el juez albergue dudas sobre la elevada probabilidad, deberá acudir al principio *in dubio pro reo*, adoptando, la solución más favorable al imputado y, por ende, excluyendo la imputación del resultado y ello sólo sería posible si se aprecia la posibilidad cierta de que con la conducta alternativa hipotética tampoco se hubiera evitado el resultado¹⁹²⁵.

La utilización de la teoría del incremento del riesgo, con carácter exclusivo, para probar con certeza la existencia o no de la relación de riesgo, exige la aplicación

¹⁹²² ROXIN, DP, PG, op. cit., p. 379.

¹⁹²³ ROXIN, DP, PG, op. cit., pp. 379-380.

¹⁹²⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 497.

¹⁹²⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 519-520.

complementaria del criterio del fin de protección de la norma¹⁹²⁶. La imputación del resultado y, por lo tanto, la prueba de la relación de riesgo, se realiza complementando los criterios del incremento del riesgo y de finalidad de protección de la norma infringida¹⁹²⁷. En el juicio, sobre la existencia o no de incremento del riesgo, valorado *ex post*, no se puede probar la clase de riesgo que se ha realizado en el resultado, es decir, la procedencia de ese riesgo que efectivamente se ha verificado en evento lesivo¹⁹²⁸. Este aspecto de la prueba de la relación de riesgo sólo se puede obtener por medio del criterio del *fin de protección de la norma*; por tanto, ambos criterios, no sólo no son contrapuestos sino que, por el contrario, son complementarios, y han de ser aplicados, de forma coetánea o sucesiva, para la imputación del resultado a la conducta que infringe la norma de cuidado¹⁹²⁹. En los supuestos en que hay una distancia temporal entre la conducta y el resultado, el juicio *ex post* sobre la clase y gravedad del riesgo se debe llevar a cabo tras la realización de la conducta, no cuando se produce el resultado último; aun cuando, el juicio *ex post strictu sensu*, dirigido a probar la relación de riesgo, se efectúe en un segundo momento, teniendo en cuenta ya ese primer juicio sobre la clase y gravedad del riesgo creado¹⁹³⁰.

De esta manera si se analizan los casos según el criterio del incremento del riesgo y de la evitabilidad del resultado, llegaremos a las siguientes conclusiones: en el *caso del ciclista*, hay un incremento del riesgo, no sólo *ex ante*, sino también *ex post*¹⁹³¹. El ciclista durante el adelantamiento giró a la izquierda por una reacción en cortocircuito, a consecuencia de su embriaguez, cayendo bajo las ruedas del remolque, por lo tanto, en el juicio *ex post* sobre el riesgo, concurren dos riesgos en la muerte del ciclista: la conducta de adelantar a una distancia menor a la adecuada por parte del camionero y el de la propia víctima, realizándose ambos riesgos en el resultado, ya que es suficiente que un mínimo riesgo que se realice en el resultado para que exista relación de riesgo, sin embargo ello puede ser negado si concurre otro riesgo mucho mayor, en cuyo caso el problema se desplaza a la solución que se dé a estos supuestos de conductas concurrentes de terceros o de la víctima¹⁹³².

En el *caso de la novocaína*, *ex ante* existe incremento relevante de riesgo, como consecuencia de la infracción de la norma de cuidado, ya que con la utilización de cocaína para anestesiar al médico infringe el deber de cuidado y crea un riesgo no permitido, sin embargo, en el juicio *ex post* sobre el riesgo se advierte que no es el riesgo propio de la cocaína el que se ha realizado en el resultado sino aquél que procedía de la especial constitución de la víctima¹⁹³³. Por lo tanto, *ex post*, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, no se puede probar que el riesgo creado con la inyección de cocaína haya supuesto un aumento del riesgo, en relación con la muerte del niño, por lo que no resulta probada la relación de riesgo, sin que sea necesario acudir a la conducta alternativa adecuada a derecho¹⁹³⁴.

El *caso del farmacéutico*, previo al juicio de imputación del resultado, es necesario resolver la existencia o no de la creación de un riesgo típicamente relevante,

¹⁹²⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 520.

¹⁹²⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 520.

¹⁹²⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 520.

¹⁹²⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 520.

¹⁹³⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 520.

¹⁹³¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 521.

¹⁹³² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 521-522.

¹⁹³³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 522.

¹⁹³⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 522-524.

respecto de la muerte del niño, por el hecho de la venta de determinado medicamento sin receta y la respuesta no es inequívoca y puede variar según las circunstancias que se daban *ex ante*, así, para resolver este caso hay que tener en cuenta que en la especie concurren dos riesgos: uno es el del farmacéutico que vendió en varias ocasiones el medicamento sin receta médica y el otro es la conducta de la madre de no acudir al médico con el fin de asegurarse de la conveniencia de continuar el tratamiento, con lo que estamos ante un supuesto en el que la solución ha de pasar por el juicio sobre la infracción de la norma de cuidado, teniendo en cuenta al mismo tiempo la relación de autoría, por lo tanto, sólo en el caso en que se pruebe el presupuesto de imputación y la relación de riesgo, podremos analizar si subsiste su eficacia, luego del análisis de exclusión o no de la imputación, conforme al criterio de la inevitabilidad del resultado¹⁹³⁵.

En el *caso de los pelos de cabra*, parece fuera de duda que el comerciante, al entregar los pelos de cabra sin desinfectar a las trabajadoras, creó un riesgo típicamente relevante, ya que con esta conducta infringió el reglamento que prescribe la desinfección y creó un riesgo no permitido para la vida y la salud de las trabajadoras, infringiendo con ello la norma de cuidado, pero en cuanto a la relación de riesgo hay que verificar la clase de riesgo que se materializó en el resultado y como *ex post* aparece probado, el riesgo realizado en el resultado, es el propio del carbunco y no el de las bacterias; el riesgo creado consistente en la infección por bacterias, es distinto al realizado en el resultado, esto es, infección por el bacilo del carbunco, por lo que no hay aumento del riesgo *ex post*¹⁹³⁶.

6.3. Conductas concurrentes de terceros o de la víctima

6.3.1. Intervención de conductas posteriores de terceros

6.3.1.1. Intervención dolosa de terceros

A construye un edificio sin cumplir las medidas reglamentarias para la prevención de incendios y por esta causa se produce un fuego que es aprovechado por un tercero para matar o lesionar dolosamente a otro. Para decidir si A debe o no ser sancionado, deben considerarse todas las circunstancias presentes *ex ante* en el hecho, por lo tanto, debe ser previsible *ex ante* que esa infracción de la norma de cuidado constituiría un riesgo típicamente relevante respecto de la vida o de la salud de las personas, sí el incendio fue provocado por el tercero, y la infracción de reglamentos de A, sólo fue un riesgo coadyuvante a la extensión del fuego, la conducta de A se debería ser calificada como participación imprudente en un hecho doloso, siempre que esta calificación se admita y siempre que A conociese la posibilidad de esta intervención dolosa¹⁹³⁷. De no admitirse esta modalidad de participación, habría que probar la creación de un riesgo típicamente relevante de homicidio o de lesiones, a través de la infracción de la norma de cuidado por A, pero para que hubiese infracción de la norma de cuidado por parte de A, es necesario que fuese cognoscible el riesgo de muerte que implicaba su conducta y luego, conforme al criterio del incremento del riesgo *ex post*,

¹⁹³⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 524-525.

¹⁹³⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 525-526.

¹⁹³⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 542.

habría que probar que es el riesgo creado por A y no el del tercero el que se ha realizado en el resultado¹⁹³⁸.

6.3.1.2. Intervención imprudente de terceros

A dirige su coche de manera descuidada contra un árbol, el acompañante resulta lesionado y muere en el Hospital a causa de una desatención médica.

En este caso resulta evidente que, con sus conductas, tanto A como el médico han generado *ex ante*, riesgos típicamente relevantes, pero una vez determinados los riesgos anteriores, habrá que determinar *ex post*, cuál de los dos riesgos fue el que se materializó en el resultado lesivo, conforme al criterio de incremento del riesgo (*relación de riesgos*)¹⁹³⁹. En este caso, la lesión que sufrió el acompañante fue de rotura de una pierna, riesgo que en general, no supone un peligro para la vida, sino que sólo para la salud individual, luego, el juicio *ex post* deberá realizarse en dos momentos: un primer juicio se efectuará una vez realizada la conducta, determinando la clase y gravedad del riesgo, en este caso un riesgo de lesiones que no hace previsible un riesgo general para la vida y el juicio *ex post, strictu sensu*, en el que se prueba la *relación de riesgo* que se realizará tras la producción del segundo resultado lesivo, considerando para ello, los resultados obtenidos de el primer juicio sobre la clase y gravedad del riesgo, el resultado de este segundo juicio permite afirmar que el riesgo de muerte efectivamente realizado, no corresponde a la clase de riesgo obtenida en el primer juicio *ex post*, es decir, un riesgo propio del delito de lesiones¹⁹⁴⁰.

6.3.2. Casos de daños sobrevenidos con posterioridad

Un farmacéutico despacha erróneamente un medicamento, lo que provoca una intoxicación de vitaminas en la víctima; al recibir ésta el tratamiento médico necesario en el Hospital, sufre una grave infección gripal que le causa la muerte. En este supuesto se produce un resultado más grave que aquél que en el primer juicio *ex post* se podía prever y el resultado último es consecuencia de la concurrencia de factores naturales, sin embargo, se deberá excluir la imputación porque el riesgo que se ha realizado en el resultado es distinto del propio del envenenamiento por vitaminas, que es el valorado en el primer juicio *ex post*¹⁹⁴¹. Si en el juicio *ex post, strictu sensu*, en el momento de la muerte, se advierte que no es ese el riesgo realizado en el resultado, que en este caso sería una debilidad especial del paciente frente al virus de la gripe, es indiferente que ese segundo riesgo, que es el que produce el incremento de riesgo *ex post*, provenga de factores naturales, de la constitución del enfermo no cognoscible o de conductas de grave o leve imprudencia o dolosas de terceros y lo mismo sucede cuando la conducta inicial es dolosa y las consecuencias posteriores surgen por factores naturales o por intervención de terceros desconectadas con la conducta dolosa precedente, por lo tanto, la solución ha de ser la misma: exclusión de la imputación¹⁹⁴².

¹⁹³⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 543.

¹⁹³⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 544.

¹⁹⁴⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 545.

¹⁹⁴¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 545.

¹⁹⁴² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 546.

6.3.3. Casos en que se produce un segundo daño o una agravación del primero no imputable al autor

Un coche accidentado en la autopista provoca que los que van detrás, sin respetar la distancia reglamentaria, lo embistan causándose los daños consiguientes. Si el primer accidente fuera fortuito y el causante del accidente toma todas las medidas de seguridad que están a su alcance para evitar otras posibles consecuencias, no se le puede imputar los resultados sobrevenidos al primer conductor (independientemente de la posible responsabilidad civil objetiva que se pudiera reclamar en un juicio civil), por lo que tampoco en este caso se podrá imputar ese último resultado, ya que cualquier accidente acorta la esperanza de vida sin que por ello se impute la muerte del que queda ciego o cojo y muere por este defecto¹⁹⁴³. Respecto de la imputación del último resultado ha de ser indiferente que el primer accidente sea doloso, imprudente o fortuito, toda diferenciación según la calificación del primer accidente o del segundo es una aplicación de criterios versaristas¹⁹⁴⁴.

Otro caso, que según Roxin debe resolverse conforme al fin de protección de la norma y que dice relación con aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro, consiste en que A conduce en la oscuridad un camión cuya parte trasera va sin alumbrado, y es detenido por una patrulla de policía, que le denuncia para que se le imponga la correspondiente multa, sin embargo, a efectos de seguridad frente a otros vehículos que pudieran llegar, uno de los policías coloca una linterna con luz roja en la calzada y la policía le ordena a A que prosiga la marcha hasta la próxima gasolinera, para lo que el coche patrulla marchará detrás para seguridad del camión sin alumbrado trasero, pero antes de que A arrancara, el policía vuelve a quitar la linterna de la calzada; y a continuación el camión sin alumbrado es embestido por otro camión, cuyo copiloto resulta lesionado mortalmente¹⁹⁴⁵.

Roxin señala que pese a que en este caso el tribunal condenó al chofer por homicidio imprudente y a que concurre la causalidad, el ciudadano no tiene el deber de prever los errores que puedan cometer los policías y agrega que una vez que la policía había asumido la seguridad del tráfico, el suceso ulterior entraba dentro de su esfera de responsabilidad y por ello no se puede imputar a A, ya que el alcance del tipo no abarca el suceso posterior¹⁹⁴⁶.

Si bien A infringió la norma de cuidado creando un riesgo típicamente relevante mientras conducía sin luz posterior, tras la intervención de la policía, A confía en el control del riesgo que asume la actuación de la policía y esta confianza es el contenido del deber de cuidado a que A estaba obligado en ese segundo momento y lo cumple sin que, por tanto, pueda decirse que infringe la norma de cuidado, luego respecto del accidente ocurrido no es posible sostener que A infringió una norma de cuidado, porque imputar al riesgo previo implicaría sostener una tesis versarista¹⁹⁴⁷.

Otro tanto sucede en aquellos casos en los cuales hay que rechazar la imputación del resultado cuando la víctima de una lesión se niega a recibir el auxilio que aún era posible con plena conciencia del riesgo y, por tanto, si A ha lesionado a B en un accidente de tráfico y B muere de las secuelas del accidente, porque por razones religiosas rechaza la transfusión sanguínea salvadora, A no debe ser castigado por

¹⁹⁴³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 548.

¹⁹⁴⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 548.

¹⁹⁴⁵ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 398.

¹⁹⁴⁶ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 398.

¹⁹⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 550.

homicidio imprudente, sino sólo por lesiones, ya que B por su propia decisión se ha expuesto a un mayor peligro distinto del creado con la conducta típicamente relevante de A¹⁹⁴⁸. En estos casos también rige la exclusión de la imputación por hechos imprudentes o dolosos por igual y así, si por motivos políticos A quiere eliminar a B mediante un atentado y éste sólo sufre lesiones leves, pero para morir como un mártir rechaza todo auxilio y se desangra, sólo debe castigarse a A por tentativa de asesinato, siendo indiferente si era previsible o no tal curso del hecho, ya que como B ha decidido por propia responsabilidad sobre su muerte, la causación de su muerte por A no está abarcada por el fin de protección de la norma¹⁹⁴⁹.

6.3.4. Puestas en peligro de un tercero aceptada por éste

Alude al grupo de casos en que alguien no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo, lo que sucede si, por ejemplo, un acompañante conmina al conductor a que vaya a velocidad excesiva y prohibida, porque quiere llegar a tiempo a una cita, pero a consecuencia de la excesiva velocidad se produce un accidente, en el que resulta muerto o herido el acompañante y lo mismo ocurre cuando un automovilista que ya no estaba en condiciones de conducir por el consumo de alcohol, admite que le acompañe en su coche otro de los asistentes a la fiesta a petición expresa de éste, sin embargo, el acompañante resulta muerto o herido en un accidente causado por el estado alcohólico del conductor¹⁹⁵⁰.

Dentro del campo de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, cabe encuadrar también el caso de que alguien tenga contactos sexuales con riesgo de sida^{1951/1952}. Frecuentemente se trata estos casos desde el punto de vista de que el

¹⁹⁴⁸ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 392.

¹⁹⁴⁹ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 393.

¹⁹⁵⁰ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 394.

¹⁹⁵¹ Al respecto, Córdoba Roda y García Arán, coincidiendo en que se trata de un caso de atipicidad expresan que: “Los supuestos de autopuesta en peligro en los que es dicho peligro el que se consiente y no la lesión propiamente dicha, como los citados más arriba (relaciones sexuales con seropositivo, etc.). En tales casos, como afirma Muñoz Conde, si la situación pertenece al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, deben considerarse impunes los comportamientos de terceros que intervengan en ella. Tal conclusión, por otra parte, no es extraña a los principios que mantiene el propio Código Penal, puesto que, como se ha repetido, éste reconoce plena relevancia al consentimiento del lesionado en las faltas imprudentes aunque su resultado esté definido como delito” (CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 132).

¹⁹⁵² En efecto, en el mismo sentido, Muñoz Conde señala que: “El individuo tiene un amplio margen de autonomía en la realización de actividades peligrosas o en la creación de situaciones de peligro, en las que puede configurar su propio ámbito de responsabilidad, exonerando de la misma al tercero que coopera o que incluso realiza personalmente la actividad peligrosa contando con el consentimiento del titular de los bienes jurídicos que pone en peligro. Surge así un extenso número de casos, cuya peculiaridad común consiste en que, a diferencia de lo que sucede en el suicidio o en los supuestos de autolesión o de lesión consentida, se trata de conductas de mero riesgo consentido o creado por su propio titular, que, como ya se ha dicho, no entran dentro del ámbito de aplicación del art. 155 del CPes. Casos de este tipo son el rechazo de una transfusión sanguínea o tratamientos vitales o las huelgas de hambre. En estos casos el titular del bien jurídico no quiere directamente el resultado (generalmente la muerte o una grave lesión), pero asume voluntariamente el riesgo de que ésta se produzca. En supuestos como éstos, el consentimiento del titular de los bienes jurídicos en peligro sólo puede exonerar de responsabilidad penal al tercero que realiza la actividad peligrosa o contribuye de alguna manera en su realización, cuando se trata de un consentimiento válidamente prestado que sirva al libre desarrollo de la personalidad y siempre que la conducta del tercero se mueva en el ámbito de lo consentido. Desde esta perspectiva sería impune, por ejemplo, el seroportador que contagia a quien conociendo esta circunstancia, decide voluntariamente mantener con él relaciones sexuales; o el médico que

infectado participa en una autopuesta en peligro de su pareja, pero como la puesta en peligro parte exclusivamente del infectado y la pareja únicamente se expone a la misma, por lo que se trata de una puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, que sería comparable al caso de que alguien deje que otro le inyecte una droga¹⁹⁵³. Ello significa que tal contacto sexual (incluso en caso de relación sexual sin protección) es impune si ambos sujetos están informados del riesgo de contagio y son responsables conjuntamente de su actuación¹⁹⁵⁴. En cambio, deben imputarse las consecuencias al enfermo de Sida si oculta su contagio en un contacto sexual sin protección, pero también si obliga a la pareja, aún no infectada y que se resiste a exponerse a la arriesgada aventura¹⁹⁵⁵.

6.3.5. Casos de autopuesta en peligro

6.3.5.1. Autopuesta en peligro voluntarias en ocasiones de salvación arriesgada

A, es deslumbrado por B y choca contra un árbol, C, tercero, va a salvarlo y en ese momento explota la gasolina y mueren C y A. B ha generado con su conducta un riesgo típicamente relevante.

B, ve a un montañista que ha sufrido un accidente, emprendiendo una escalada muy arriesgada y en el intento de rescatarle, se rompe una pierna. El montañista ha generado con su conducta un riesgo permitido.

En primer lugar hay que señalar que la distinta cualidad del riesgo no puede influir en la solución ya que lo contrario supondría la aplicación del principio del *versari in re illicita*¹⁹⁵⁶. Luego, en ambos casos, el sujeto al ponerse en peligro voluntariamente asume el riesgo como propio y la situación sólo puede calificarse como *autopuesta en peligro* y, como tal, impune, con total indiferencia respecto a la procedencia del riesgo, ya que quien se expone a un riesgo sin estar jurídicamente obligado no puede cargar de ese modo a otro con el peso de consecuencias penales, además en la mayoría de los casos el sujeto en problemas (montañista) no puede influir para nada en su decisión del salvador¹⁹⁵⁷. Un salvador concienzudo sólo se sentiría abrumado por la conciencia de exponer a aquel a quien quiere ayudar a un riesgo de ser

respetando la voluntad del paciente, se abstiene de realizar un tratamiento (por ejemplo una transfusión) cuya omisión causa una lesión. No sería impune, en cambio, la utilización del paciente para fines experimentales del propio médico, aunque también en este caso habrá que diferenciar si se trata de una experimentación de una vacuna contra el resfriado, o de la inoculación de un peligroso virus para experimentar una vacuna contra el cáncer” (MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 124-126).

¹⁹⁵³ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 394-396.

¹⁹⁵⁴ Luzón Peña, siguiendo la postura de Schünemann, sostiene que en los casos de transmisión de Sida en que el tercero no infectado, responsable y libre, consiente en mantener relaciones sexuales, sin protección, con conocimiento de que su pareja tiene el virus de Sida, y por lo tanto, de sus riesgos de infección y sus consecuencias, puede excluir la autoría de homicidio consumado o intentado o lesiones consumadas o intentadas, por cuanto la autoría requiere dominio del hecho, es decir, el control determinante del curso del acontecimiento. Pero si el sujeto pasivo, con pleno conocimiento de las circunstancias, acepta el riesgo de la infección, que puede contraer con su propia actividad, entonces el otro sujeto ya no tiene el dominio o control del hecho y por ello no es autor de homicidio o lesiones, sino que se limita a cooperar en la causación de sus propias lesiones o muerte por la víctima (LUZÓN PEÑA, “Problemas de la transmisión y prevención del Sida en el DP español”, op. cit., p. 93).

¹⁹⁵⁵ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 396.

¹⁹⁵⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 556.

¹⁹⁵⁷ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 392.

castigado por ello¹⁹⁵⁸. Además, el juicio sobre qué acciones salvadoras siguen siendo (más o menos) “razonables” depende de tantos imponderables que ya en atención al principio de certeza no se debería vincular a ello la punibilidad¹⁹⁵⁹. Por lo tanto, estamos en presencia de una autopuesta en peligro y como tal impune¹⁹⁶⁰.

6.3.5.2 Autopuesta en peligro en el cumplimiento de un deber

Por ejemplo, un delincuente huye y es perseguido por un policía, éste en la persecución se rompe una pierna.

A incendia una casa. Durante los trabajos de extinción del fuego un bombero muere.

También aquí se puede hablar de una *autopuesta en peligro*, aun cuando ésta no se fundamente en el libre consentimiento del sujeto, sino en el deber de actuar, ya que cuál sea la causa última de la autopuesta en peligro -siempre que no sea por engaño- es indiferente de cara al primer autor, toda vez que el bombero asume el mismo riesgo cuando apaga un incendio fortuito, que cuando éste es imprudente o doloso^{1961/1962}.

¹⁹⁵⁸ ROXIN, DP, PG, op. cit., p. 392.

¹⁹⁵⁹ ROXIN, DP, PG, op. cit., p. 392.

¹⁹⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 556.

¹⁹⁶¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 557-558.

¹⁹⁶² Schünemann sostiene la imputación del resultado a la persona que creó el riesgo cuando existe un deber jurídico que obliga al titular del bien jurídico lesionado a actuar, puesto que dada la existencia de dicho deber, no puede hablarse de una autopuesta en peligro libre. Esta regla se matiza en el sentido de que sólo puede hablarse de un deber jurídico de actuar cuando la ponderación de los bienes en juego arroje un saldo favorable a la intervención, ponderación que se llevará a cabo sopesando el valor del objeto de la medida de salvamento y la peligrosidad de la intervención. Por lo que se refiere a las acciones de salvamento voluntarias nada se opone a que éstas sean consideradas como autopuestas en peligro libres, sin embargo el causante imprudente de la fuente de peligro también habrá de acarrear con los resultados lesivos de dichas intervenciones cuando éstas se consideren razonables y ello porque el sujeto que se arriesga con su intervención también está limitando o excluyendo la responsabilidad del causante del peligro. No se le imputará, por el contrario, el resultado si la intervención del que se introduce en el peligro es temeraria, pues “ni la comunidad ni el autor necesitan contar con heroicidades”. No obstante, algunos siguen afirmando la imputación cuando, a pesar del gran peligro objetivamente existente, la intervención del salvador era comprensible dadas las circunstancias porque, por ejemplo, el que se introduce en las llamas es el padre de la eventual víctima del incendio o porque, dada la necesidad de tomar rápidamente una decisión, no se ponderan bien las circunstancias concurrentes. Roxin, niega la imputación objetiva en todos los supuestos: en ningún caso responderá el causante del incendio por las lesiones o muertes de aquellas personas que intervinieron en las labores de salvamento a que el incendio dio lugar, ni cuando no exista deber de intervenir porque en este caso el autor no tiene por qué soportar las consecuencias del heroísmo de nadie, ni siquiera cuando concurra dicha obligación, ya que “si el legislador impone un deber de actuar no puede endosar a terceras personas la responsabilidad por las eventuales consecuencias dañinas que de ello se deriven”, lo cual no es obstáculo para que por vía civil se pueda reclamar al causante del incendio eventuales gastos médicos o indemnizaciones. La solución contraria conllevaría, según este autor, que “aquel que ha creado la situación de peligro se vea forzado a hacer un cálculo indigno si tiene que reflexionar si le conviene pedir auxilio cuyo fracaso le puede acarrear más penas”. También se esgrime el argumento de que en estos casos no se puede imputar a un sujeto las consecuencias de unas actuaciones cuando no le está permitido oponerse a ellas. Como consecuencia de estas consideraciones se extrae la conclusión de que ni el tipo homicidio ni el tipo lesiones abarcan dentro de su ámbito de protección resultados producidos de esta manera. Martínez Escamilla, coincide con Roxin porque los supuestos estudiados no dejan de ser, por regla general, contribuciones imprudentes a autopuestas en peligro libres y conscientes. Esta libertad o voluntariedad en la aceptación del riesgo que el trabajo de bombero conlleva, ha de suponerse que se mantiene mientras el sujeto no exprese su voluntad de separarse del cuerpo. Lo mismo sucede con los médicos que en el ejercicio de su deber deontológico se ponen a sí mismos en peligro al asistir, por ejemplo, a pacientes

6.3.5.3. Autopuesta en peligro dolosa

Un médico que regresa de un viaje a la India infectado de viruela y, aunque se siente muy enfermo, se pone a trabajar en su clínica sin someterse previamente a reconocimiento. Una serie de médicos y pacientes fueron infectados y enfermaron de viruela. También enfermó el sacerdote de la clínica, que con conocimiento del riesgo se había sometido voluntariamente a cuarentena.

Aquí, se ha realizado un riesgo típicamente relevante creado por el médico, quien al infectar a un grupo de médicos y de pacientes, quienes no sabían que éste era portador de la viruela, cometió el delito de lesiones imprudentes¹⁹⁶³. Pero el sacerdote se puso a sí mismo en peligro dolosamente y por propia decisión, por lo que no se puede imputar al médico las consecuencias derivadas de ello, ya que el sacerdote con su propia actuación se expone voluntariamente a un peligro ya existente, cuyas posibles consecuencias no son abarcadas por el fin de protección del delito de lesiones¹⁹⁶⁴.

A le entrega a B para su propio consumo heroína, cuya peligrosidad tienen clara ambos. B se inyecta la sustancia y muere por ello o queda gravemente lesionado.

Siguiendo a Schünemann, la jurisprudencia alemana ha rechazado la imputación de tales casos al tipo objetivo, refiriendo que: “Las autopuestas en peligro queridas y realizadas por propia responsabilidad no son subsumibles en el tipo de un delito de lesiones o de homicidio si se realiza el riesgo conscientemente corrido con la puesta en peligro. Quien meramente incita, posibilita o facilita tal autopuesta en peligro no es punible por un delito de lesiones o de homicidio”¹⁹⁶⁵.

La jurisprudencia más reciente no imputa la cooperación en una autopuesta en peligro responsable, sólo si el sujeto que se pone en peligro a sí mismo es consciente del riesgo, en la misma medida que el cooperador, sin embargo, si el incitador o promotor “se da cuenta de que la víctima no es consciente plenamente del alcance de su decisión”, crea un riesgo que ya no está cubierto por la voluntad de la víctima y cuya realización debe imputársele por tanto al cooperador¹⁹⁶⁶.

Se discute en Alemania la cuestión de si también debe excluirse la imputación de la cooperación en una autopuesta en peligro ajena cuando el que se pone en peligro, aunque no es inimputable, tiene considerablemente disminuida su imputabilidad, Roxin distingue: si el que se pone a sí mismo en peligro es plenamente consciente del riesgo y sólo tiene disminuida su capacidad de inhibición, el cooperador ha de quedar impune, pues el que se pone a sí mismo en peligro sigue siendo dueño de sus decisiones, aunque le sea más difícil la decisión¹⁹⁶⁷. Si, por el contrario, tiene disminuida su capacidad de

contagiosos. La libertad de la concreta autopuesta en peligro podrá reconducirse en este caso al acto voluntario en virtud del cual se decidieron por el ejercicio de la profesión médica, asumieron el juramento de Hipócrates y, por ejemplo, firmaron un contrato con una determinada clínica para trabajar en la sección de enfermos de hepatitis X altamente contagiosa al transmitirse por vía respiratoria. Al ser posible hablar en estos supuestos de una autopuesta en peligro libre y consciente siguen siendo aplicables las consideraciones realizadas en el epígrafe anterior en pro de la impunidad de la contribución imprudente a dichas autopuestas en peligro que desembocaban en muerte o lesiones (MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., pp. 358-365).

¹⁹⁶³ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 388.

¹⁹⁶⁴ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 388-389; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 558-559.

¹⁹⁶⁵ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 389.

¹⁹⁶⁶ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 391.

¹⁹⁶⁷ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 391.

intelección, de tal modo que ya no es correctamente consciente del riesgo, se le debe imputar el resultado al extraño¹⁹⁶⁸.

6.3.6. Provocación imprudente de suicidio

A, convive con su amiga que sufre depresiones y melancolía. Tras una fuerte discusión, ésta presa de una grave crisis y en presencia de A ingiere una gran dosis de herbicida que poseía A. A, intentó atajar los efectos del herbicida pero no recabó ayuda de terceros. Su amiga muere. ¿Responde A como autora de un homicidio imprudente?

Estos casos deben resolverse conforme a los criterios de autoría y participación, distinguiendo entre suicidio libre y no libre¹⁹⁶⁹. Si se considera que el suicida es libre para tomar su decisión, sería autor, tendría el dominio del hecho y por lo tanto el segundo sujeto sería un partícipe en un hecho impune, sin que sea necesario pasar al examen de los criterios de imputación, pero si se considera que el suicidio no es libre, el sujeto que ha creado el riesgo se convierte en autor mediato, al poseer el dominio del hecho, y le será imputable la muerte como homicidio imprudente, siempre que se pruebe la relación de riesgo¹⁹⁷⁰.

En el caso de las amigas, si se considera que existe posición de garante, el riesgo que debería de controlar el garante son las consecuencias de la ingestión del herbicida¹⁹⁷¹. A, al sufrir la víctima los efectos del herbicida la atiende sólo parcialmente sin recabar ayuda médica, sin embargo, el control del riesgo de la ingestión del herbicida, no entraría dentro de la posición de garante puesto que, de acuerdo con los hechos probados, no era “ex ante” previsible para el sujeto¹⁹⁷². El riesgo que estaría obligado a controlar son las consecuencias que se derivan de esa ingestión que sí que son conocidas o cognoscibles por el autor y que además tiene la posibilidad de evitar con un simple llamado telefónico al hospital informando la gravedad de la situación y solicitando la ayuda correspondiente y que son las que se realizan en el resultado¹⁹⁷³.

6.4. Fin de protección de la norma

Roxin afirma que el fin de protección de la norma típica (o sea, de la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.), no abarca resultados de la clase de los producidos, en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos¹⁹⁷⁴. Por su parte, Jescheck y Weigend, sostienen que la imputación objetiva falta cuando el resultado se encuentra fuera del ámbito de protección de la norma que el autor ha infringido con su acción, porque en este caso no se ha realizado en el resultado un riesgo creado por el autor y jurídicamente desaprobado, sino otro que resulta ser diverso¹⁹⁷⁵.

El criterio del incremento del riesgo ha de ser complementado por el criterio del fin de protección de la norma, para conseguir una fundamentación correcta de la

¹⁹⁶⁸ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 391.

¹⁹⁶⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 561.

¹⁹⁷⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 561-562.

¹⁹⁷¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 562.

¹⁹⁷² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 562.

¹⁹⁷³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 559-552 y MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., pp. 344-352.

¹⁹⁷⁴ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 386-387.

¹⁹⁷⁵ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 308.

relación de riesgo¹⁹⁷⁶. En la prueba de la relación de riesgo es preponderante la utilización de uno u otro criterio, así frente a los supuestos de conductas alternativas adecuadas a Derecho, la preeminencia del criterio del incremento del riesgo es indiscutible con independencia de la eficacia adicional que también pueda brindar el criterio del fin de protección de la norma y, en particular en esos casos, el de la evitabilidad *ex post* del resultado, sin embargo, en la prueba de la relación de riesgo de los casos de conductas concurrentes de terceros o de la víctima tiene mayor relevancia el criterio del fin de protección de la norma¹⁹⁷⁷.

La función inmediata del criterio del fin de protección de la norma es determinar la finalidad concreta y típica del deber de cuidado lesionado y la clase de daños que éste debe de impedir o evitar, para ello introduce la perspectiva *ex ante* en el juicio sobre la relación de riesgo, eminentemente *ex post*¹⁹⁷⁸. Para saber cuál es el fin de la norma es necesario indagar en los motivos que llevaron a determinar ese deber de cuidado y no otro, de esta manera, la función mediata del criterio del fin de protección es política-criminal, ya que se trata de evitar, que pese a la introducción en el injusto de la infracción de la norma de cuidado y pese a la utilización de principios regulativos, como el riesgo permitido, en el juicio sobre el injusto típico, continúen existiendo castigos que tengan connotaciones versaristas¹⁹⁷⁹.

Esta problemática tiene importancia tanto en los delitos imprudentes como en los hechos dolosos¹⁹⁸⁰. Los casos en que se evidencia la utilidad de los criterios de imputación en los delitos dolosos son los conocidos como supuestos de error en el golpe y de error sobre el curso causal, en particular¹⁹⁸¹. El deber objetivo de cuidado surge siempre como consecuencia de la existencia de una norma penal, para evitar su infracción; en los delitos dolosos el deber objetivo de cuidado se determina de acuerdo con lo que en el caso concreto, aparezca como necesario para evitar la infracción del correspondiente tipo doloso¹⁹⁸².

6.4.1. Fin de protección de la norma penal o del deber objetivo de cuidado

Para decidir sobre cuáles son los fines de la norma infringida, primero debe precisarse que se entiende por norma, la cual debe ser entendida como *deber objetivo de cuidado*¹⁹⁸³. La finalidad se encontrará entre los propósitos que condujeron a la determinación del deber objetivo de cuidado, así los fines de las reglas generales de cuidado, reglas técnicas que configuran el deber objetivo de cuidado en el caso concreto, son los que se tendrán en cuenta en la aplicación del criterio del fin de protección de la norma¹⁹⁸⁴. En la determinación del deber objetivo de cuidado se buscan las reglas generales de cuidado que, dadas las circunstancias conocidas *ex ante*, aparecen como más adecuadas para evitar la lesión del bien jurídico y su elección se realiza según las *concretas circunstancias del caso* a partir de las clases de riesgo que *ex ante* son previsibles, con lo que se está atendiendo ya en ese momento a los fines

¹⁹⁷⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 563.

¹⁹⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 563.

¹⁹⁷⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 565.

¹⁹⁷⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 565.

¹⁹⁸⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 568.

¹⁹⁸¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 568.

¹⁹⁸² ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 387; JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 308 y 330-331 y CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 568.

¹⁹⁸³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 570.

¹⁹⁸⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 573.

propios de esas reglas de cuidado, las cuales reglamentadas o no, son consecuencia de la experiencia que nos dice que, del incumplimiento de esas regla, la estadística prueba, que se derivan unos determinados resultados lesivos y por ello, la regla surge para evitar esos riesgos¹⁹⁸⁵. Los peligros que se consideran en la concreción del deber objetivo de cuidado han de ser los mismos que efectivamente se producen para que pueda decirse que ese resultado está dentro de los que la norma trataba de evitar¹⁹⁸⁶. La *finalidad de la norma penal*, es evitar que se lesione el bien jurídico protegido por la norma penal, sin embargo, la producción del resultado previsto en el tipo doloso o imprudente de que se trate, no es suficiente para la imputación del resultado, ya que es necesario que, además, que el riesgo que se realice en el resultado sea uno de los que el deber objetivo de cuidado trataba evitar¹⁹⁸⁷.

6.4.2. Criterios para delimitar el ámbito de protección

6.4.3. Idoneidad general del deber de cuidado para luchar contra determinados peligros

La prueba de la idoneidad general de un deber de cuidado para luchar contra una determinada clase de peligros se realiza a través de la prueba de la probabilidad estadística de su eficacia para disminuir o aumentar el peligro¹⁹⁸⁸. Si un deber de cuidado frente a una clase de peligro en unos casos los evita y en otros no, en principio, aparece como un medio inadecuado para luchar contra ese peligro y que, si en ocasiones lo logra, es a través de otras circunstancias concurrentes en aquel caso concreto, así, por ejemplo, los límites de velocidad tienen como finalidad que el sujeto pueda controlar el vehículo ante circunstancias extraordinarias pero previsibles, pero si con la limitación de la velocidad se evitaría el accidente por llegar más tarde al lugar en que ocurre, esto no entra en la idoneidad general de este deber de cuidado, sino que, únicamente, es idóneo en ese caso concreto por las circunstancias particulares que se dan, en cambio, el límite de velocidad es idóneo y tiene por finalidad inmediata: a) Disminuir la longitud de frenada ante un obstáculo en la calzada; b) Facilitar la posibilidad de desviar el vehículo; c) Disminuir los efectos lesivos de un accidente inevitable; d) Evitar errores, en vehículos o peatones, sobre el riesgo de un eventual cruce¹⁹⁸⁹. El límite de velocidad no es idóneo y no tiene por finalidad inmediata: a) Llegar más tarde al lugar del accidente; b) Llegar en otro momento al lugar en el que un peatón cruza ciegamente la calzada o que un suicida se tira a ella; y c) El límite de velocidad no rige cuando se prevé para evitar una clase de riesgo que, en el caso particular, no existe realmente¹⁹⁹⁰.

6.4.4. Búsqueda de la específica dirección de protección

La específica dirección de protección está directamente relacionada con la idoneidad general del deber de cuidado para luchar contra una determinada clase de peligros¹⁹⁹¹. La idoneidad general para disminuir una clase de riesgo es la primera

¹⁹⁸⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 574.

¹⁹⁸⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 574.

¹⁹⁸⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 569-574.

¹⁹⁸⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 583.

¹⁹⁸⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 584.

¹⁹⁹⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 583-584.

¹⁹⁹¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 585.

condición para que un determinado deber de cuidado tenga la finalidad de evitar ese riesgo y es, por lo tanto, la premisa necesaria para encontrar la finalidad específica¹⁹⁹². Una vez comprobada esta idoneidad general de ese deber de cuidado frente a esa clase de riesgo es cuando se utilizarán los métodos generales de interpretación y, en particular, la interpretación teleológica, que es la clave en la determinación del fin de protección y la herramienta para¹⁹⁹³. Con la interpretación teleológica se pretende distinguir entre ámbito de protección y motivo de protección¹⁹⁹⁴. El motivo de la colocación de un semáforo delante de una escuela es disminuir los cruces peligrosos de los niños, en tanto que el ámbito de protección de ese semáforo es disminuir los riesgos propios del cruce de una calzada¹⁹⁹⁵. Si un conductor pasa en rojo y atropella a una señora, que ocasionalmente ha utilizado ese cruce previsto inicialmente para los niños, ese resultado entra dentro del ámbito de protección, aunque no del motivo de protección¹⁹⁹⁶.

Un dentista administra anestesia total, a una señora sin realizar los exámenes pertinentes por un internista, máxime cuando la señora le había comunicado que padecía del corazón. La señora muere de paro cardíaco por la anestesia. En el examen, por el internista, no se hubiera descubierto la lesión y sólo se hubiera conseguido retrasar la muerte unos días.

La norma infringida por el dentista tiene por finalidad inmediata evitar que se aplique anestesia total en personas en las que, por su particular estado físico, la anestesia pueda provocar la muerte y este es, precisamente, el riesgo que se ha realizado en el resultado¹⁹⁹⁷. Roxin afirma que, pese a la infracción del deber por el dentista, que crea un peligro no permitido para la vida de la mujer, no se puede imputar el resultado

¹⁹⁹² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 585.

¹⁹⁹³ Asigno un valor menor a la interpretación histórica. Si bien la historia de la ley pudiera ser un antecedente a tener en cuenta a fin de entender el sentido de la ley, dicha problemática no puede solucionarse atendiendo a dicho criterio, toda vez que la misma no puede definirse como la voluntad del legislador, ya que una vez dictada la ley, se independiza del legislador, adquiere existencia autónoma y pasa a tener vida propia (ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, *Tratado de Derecho civil, partes preliminar y general*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 178). En el mismo sentido, al referirse a los límites en la interpretación de los tipos penales, Fernández Cruz otorga un valor secundario a la teoría subjetiva (voluntad del legislador) en el marco de un Estado Democrático de Derecho. Este valor secundario que la mayoría de la doctrina otorga a la teoría subjetiva resulta de especial importancia, toda vez que las exposiciones de motivos, en no pocas ocasiones, contradicen lo realmente preceptuado en la ley; las afirmaciones en los debates son, a lo sumo, indicios de las presuposiciones de algunos parlamentarios que, incluso por falta de conocimiento técnico o de interés carecen de la suficiente información sobre el objeto de la regulación; la denominada *voluntas legislatoris*, también en no pocas ocasiones, resulta realmente un conglomerado de *voluntades*, donde participan los autores del proyecto o comisiones de codificación, el ministerio o gobierno que lo impulsó, diversos grupos parlamentarios, por lo que resulta inviable hablar de una única *voluntas legislatoris*. Pero, sin duda, la principal razón que otorga un valor secundario a la teoría subjetiva reside en su inviabilidad en una democracia por falta de determinación vinculante de las presuposiciones de las respectivas mayorías parlamentarias. Recordemos que el principio de legalidad, es decir las leyes penales y no sus previas deliberaciones, supone la principal garantía que el Ordenamiento Jurídico otorga a los ciudadanos de la República. Por lo tanto, la interpretación histórica no puede constituir el factor determinante en la resolución del caso y, a lo sumo, sirve de apoyo para establecer el sentido de la ley (Al respecto ver FERNÁNDEZ CRUZ, “Los delitos de violación y estupro del art. 365 bis CP: una racionalización desde el mandato de *lex stricta* y el principio de lesividad. Especial referencia a la introducción de dedos u otras partes del cuerpo”, en *Revista Ius et Praxis*, año 13, N° 2, pp. 110-118).

¹⁹⁹⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 586.

¹⁹⁹⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 586.

¹⁹⁹⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 586.

¹⁹⁹⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 593.

porque el deber de hacerla examinar por un internista no tiene la finalidad de alargar unos días la vida de la mujer, sin embargo, esta interpretación de la finalidad de la norma ha sido realizada desde una perspectiva *ex post*, lo que es totalmente erróneo¹⁹⁹⁸. La finalidad de la norma existe ya *ex ante* y no puede variar *ex post* por criterios de evitabilidad del resultado, sin perder con ello todo el significado que se quiere dar a este criterio de imputación¹⁹⁹⁹. La impunidad, en su caso, sólo sería posible a través del criterio, subsidiario, de la inevitabilidad *ex post* del resultado²⁰⁰⁰.

7. Conclusiones

1. En el delito de lesiones, el tipo requiere de un resultado consistente en una lesión para la salud individual de la víctima. Para imputar jurídicamente ese hecho como realizador del tipo objetivo a la conducta del sujeto activo, en los delitos de acción, es necesario que el resultado haya sido causado por la conducta del hechor (*relación o vínculo de causalidad*) y que concurra la creación de un riesgo típicamente relevante y una determinada relación de riesgo entre el resultado y la conducta *ex ante* idónea para provocar el resultado lesivo (*imputación objetiva*).

2. La relación de causalidad y la imputación objetiva no se contraponen, sino que son dos instituciones autónomas y válidas, con naturaleza y finalidades distintas y propias. La *relación de causalidad* es un juicio probabilístico de naturaleza ontológica, que pertenece al mundo de lo fáctico y sirve para explicar cómo han acontecido los hechos y que razones no pueden explicarlos. Conforme a la *presunción de inocencia*, el acusador, debe acreditar, de acuerdo con las leyes científicas de la probabilidad, la relación de causalidad entre la conducta del sujeto activo y el resultado, así como la relación de autoría y todos los elementos típicos que fundamentan la comisión de un delito. La causalidad debe excluirse cuando el acusador no pueda explicarla conforme a los hechos probados en el juicio. La relación de causalidad es el primer nivel de análisis, referido a la determinación de los hechos, que en un segundo nivel, deberán ser valorados, conforme a la teoría de la imputación objetiva. Siendo la teoría del delito un análisis categorial, si no se prueba la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, no es necesario analizar la imputación objetiva, por no existir hechos probados que valorar. La relación de causalidad opera como un límite previo a la imputación objetiva, necesario para cumplir con los principios de seguridad jurídica y presunción de inocencia.

3. La *imputación objetiva* es un doble juicio de atribución de responsabilidad penal, de naturaleza normativa, que busca evaluar tanto la relevancia típica de la conducta, como la relación entre el riesgo típicamente relevante generado por la conducta y el resultado lesivo. Su finalidad apunta a determinar la relevancia jurídico penal de unos determinados acontecimientos y guarda relación con la fundamentación jurídica. En un sistema funcional de DP, protector de bienes jurídicos, en donde las normas penales buscan motivar al ciudadano en orden a abstenerse de llevar a cabo conductas lesivas o peligrosas para los objetos penalmente tutelados, la *imputación objetiva* sólo considera como jurídico-penalmente relevante aquellos riesgos derivados de tales comportamientos. Solo pueden imputarse resultados lesivos derivados de esta clase de riesgos. La naturaleza teleológica de la imputación objetiva, permite abarcar el juicio sobre el injusto típico doloso o imprudente, así como a la imputación del resultado,

¹⁹⁹⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 593.

¹⁹⁹⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 593.

²⁰⁰⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 593.

restringiendo la intervención del DP, a aquellos supuestos en los cuales es posible la protección del bien jurídico. La *objetividad* de la imputación objetiva se refiere únicamente a la clase de juicio que se realiza, es decir un juicio objetivo, sin embargo abarca tanto a los aspectos objetivos como subjetivos del tipo, toda vez que un riesgo que no es doloso ni imprudente o doloso e imprudente a la vez, en ningún caso puede ser penalmente relevante, por así prohibirlo el principio de culpabilidad.

4. La relación de causalidad debe resolverse conforme a la fórmula de la *teoría de la equivalencia de las condiciones* cuyo método es el de la *supresión mental hipotética*, toda vez que pese a los problemas que presenta, por ejemplo, en los casos de causalidad hipotética o los de causalidad alternativa, permite descartar aquellos supuestos en los cuales no es posible demostrar el vínculo causal. Sin embargo, ha debido ser corregida o complementada por la fórmula de Engisch de la *condición ajustada las leyes generales de la naturaleza*, acorde con la cual, un comportamiento es causa del resultado cuando está vinculado con el resultado a través de una serie de modificaciones con arreglo a leyes de la naturaleza. Acreditado el vínculo o relación de causalidad, habrá que pasar al estudio de la imputación objetiva, juicio jurídico de imputación penal, que debe operar en el plano normativo, en un segundo nivel de análisis. De esta manera, tratándose de un delito de resultado, el vínculo o relación de causalidad y luego, la creación de un riesgo típicamente relevante (presupuesto de imputación), así como la relación de riesgo entre la conducta típica y el resultado lesivo (imputación en sentido estricto), son condiciones necesarias, para la imputación al tipo objetivo del delito de lesiones.

5. La *imputación de la conducta es el presupuesto de imputación* y consiste en la creación de un riesgo jurídico penalmente relevante, que valorado *ex ante*, constituye un presupuesto del desvalor intersubjetivo de la conducta y de la infracción de la norma primaria que la prohíbe. Si falta no solo no se imputará el resultado, sino que tampoco existirá conducta alguna calificable de tentativa, mientras que si la habrá cuando concorra la creación del riesgo dolosa y sólo falte la realización en el resultado, como ocurre cuando en un hecho doloso sólo falta la relación de causalidad.

6. El concepto normativo de peligro en la imputación objetiva, consiste en la probabilidad de lesión de un bien jurídico derivada de aquella situación en la que el autor, realizador de un comportamiento *ex ante* peligroso, no está en condiciones de decidir si evita o permite con seguridad un daño que se tiene por posible. La creación de un riesgo típicamente relevante implica, desde un punto de vista objetivo-normativo, la existencia de un peligro *ex ante*, consistente en la probabilidad de la lesión de un bien jurídico que no puede ser evitada con certeza por el autor y, desde un prisma subjetivo, que el peligro sea conocido o cognoscible por el autor, toda vez que sólo son típicamente relevantes los riesgos dolosos o imprudentes, o bien, dolosos e imprudentes.

7. El concepto normativo de peligro debe determinarse a través de un juicio de carácter objetivo-subjetivo. El peligro objetivo dice relación con su peligrosidad objetiva y se encuentra limitado por la probabilidad subjetiva, consistente en su cognoscibilidad, y por el criterio del riesgo permitido. Este peligro debe valorarse *ex ante* por lo que se denominará “riesgo”, a diferencia del “peligro”, determinable únicamente *ex post*, en el que se constata si el riesgo generado por la conducta típicamente relevante, sea materializado o no en el resultado lesivo.

8. El presupuesto de imputación es un juicio *ex ante* de carácter objetivo-subjetivo que recae sobre la conducta y que implica la necesidad de probar su relevancia desde una perspectiva jurídico-penal, por no estar permitida y ser suficiente y adecuada *ex ante* para lesionar el bien jurídico protegido de la salud individual.

9. Los criterios de exclusión del presupuesto de imputación son: el principio de insignificancia, el criterio de la adecuación social, el criterio de *disminución del riesgo*, el principio de confianza y el consentimiento.

10. El *principio de insignificancia* comprende los casos en que *ex ante* no existe un riesgo cuantitativamente suficiente y se fundamenta en que no tiene sentido prohibir conductas que en el momento de realizarse no parezcan suficientemente dañosas, pese a su “cualidad” de no permitido. Por lo tanto, respecto de la conducta hay que determinar si el riesgo que genera es o no cualitativamente permitido, dependiendo fundamentalmente de la mayor o menor utilidad social y, luego, habrá que establecer si el riesgo que le es inherente es insignificante o suficiente. El aspecto cualitativo se examinará de acuerdo con el principio del riesgo permitido y el aspecto cuantitativo según el principio de insignificancia.

11. *Riesgo permitido* es el riesgo jurídicamente relevante, derivado de una conducta aprobada por el ordenamiento, razón por la cual, el autor no puede ser hecho responsable penalmente, por su realización o, incluso, por la lesión del bien jurídico, toda vez que no lleva a cabo una conducta típica. La vida moderna implica aceptar riesgos necesarios para poder mantener los actuales niveles de desarrollo, razón por la que se permiten actividades como el tráfico rodado y la actividad industrial, dentro de ciertos márgenes y se las estimula, por ser la utilidad social mayor que los costos asociados. El DP es un ordenamiento *fragmentario* y la *ultima ratio*, su función preventiva no implica proteger de modo absoluto los bienes penalmente tutelados. No son típicos los supuestos de causalidad imprevisible ni la motivación por profesiones peligrosas, aun cuando ello se realice con malas intenciones. El riesgo permitido depende de la utilidad social preponderante de la conducta; las posibilidades técnicas de controlar el peligro inherente a la actividad y los costos que la evitación de los riesgos conllevaría. La frontera del riesgo permitido está en la valoración global *ex ante* entre la utilidad social de la actividad, la entidad de los bienes jurídicos amenazados y el grado de probabilidad de lesión. La comparación de intereses debe realizarse en base a un juicio objetivo, realizado en el momento de ejecución de la conducta, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes conocidas *ex ante*, que permitan determinar la probabilidad de lesión y los bienes jurídicos amenazados.

12. Conforme al criterio de exclusión del tipo de *adecuación social* el legislador no puede prohibir “comportamientos adecuados socialmente”, los bienes jurídicos penales no se protegen de modo absoluto sino en relación con las obligaciones sociales, según las necesidades del conjunto de la vida social, las cuales pretenden delimitar aquellos supuestos en que se protege el bien jurídico respecto de aquellos en los que no se hace. Incluye actividades legitimadas social e históricamente, pese a los riesgos que comportan y aun cuando pueda ser discutible su utilidad social, en beneficio de la libertad general de actuación.

13. En Chile parte de la doctrina sostiene que las lesiones que se causan al adversario en el desarrollo de los deportes violentos por naturaleza (boxeo, lucha, etc.) resultan justificadas por el ejercicio legítimo de un derecho o de una profesión. No es acertado este criterio. Lo que sucede es que no cabe imputar la conducta cuando, pese a suponer un riesgo no despreciable, el mismo carece, por su utilidad social, de relevancia típica jurídico penal. Así, en las actividades deportivas que implican contactos físicos o incluso golpes intencionales que literalmente caben en el delito de lesiones, la exclusión de la tipicidad penal procede de la irrelevancia penal de la lesividad del hecho, por ser *adecuada socialmente*, atendido el contexto en que se produce.

14. El *principio de confianza* consiste en que el participante que cumple con las reglas del tráfico puede confiar en que los demás se comporten de manera reglamentaria, siempre que no se desprenda otra cosa de las circunstancias del caso concreto. Se aplica cuando concurren distintas conductas peligrosas en una misma situación y en supuestos de división del trabajo, ya que sería imposible dicha forma de organización si cada uno tuviese que controlar todo comportamiento de quienes cooperan con él, con lo cual nadie cumpliría con dedicación sus propias obligaciones y el resultado sería peor que el que se produce si se reconoce el principio de confianza, como sucede en ámbitos como la medicina, los accidentes laborales o en el marco de la responsabilidad por el producto. Sirve como criterio de selección de las conductas peligrosas de terceros o de la víctima que deberán ser abarcadas por el deber objetivo de cuidado. Sólo podrán considerarse, entre éstas, las que *ex ante* fuesen cognoscibles para el autor. El principio de confianza es una forma de aparición del riesgo permitido, que actúa delimitando los riesgos propios de la actividad peligrosa, procedentes de terceros, que el sujeto no tiene el deber de controlar.

15. Se proponen como *restricciones al principio de confianza*: a) sólo puede confiar quien se ha comportado correctamente, b) el principio de defensa, c) no se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero, d) sólo se puede confiar si no existe un deber de evitar o compensar la conducta incorrecta del tercero.

16. El *consentimiento de la víctima* respecto de la conducta peligrosa puede excluir la tipicidad de la conducta en casos de utilidad social, pudiendo verse como consecuencia directa de la existencia de consentimiento y tratarse, por tanto, dentro del ámbito del riesgo permitido o tratarse independientemente como una construcción dogmática distinta. En el primer caso, la inclusión del consentimiento en el riesgo permitido conduce a una ampliación del ámbito de éste o a entender que el consentimiento amplía el ámbito de lo “socialmente adecuado” como consecuencia del consentimiento de la víctima y de todos los participantes en la actividad de que se trate. Conforme a nuestra concepción de injusto y en tanto se conozcan todos los factores de riesgo concurrentes en el caso concreto, el consentimiento debe recaer en la conducta peligrosa, sin que sea necesario que se refiera al resultado, ya que quien está de acuerdo con el peligro de una acción debe aceptar también las consecuencias directas.

17. El art. 155 del CPes confiere al *consentimiento* del lesionado un valor meramente atenuante de pena para los *delitos* de lesiones en que haya mediado el consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido del ofendido, desaprovechando la oportunidad para resolver con coherencia el problema, optando por una solución intermedia entre la irrelevancia del consentimiento y la atipicidad de las lesiones consentidas, no acorde con la disponibilidad de la salud individual, tendencia mayoritaria, que debería conducir a eximir de responsabilidad penal. No obstante ello, la atenuación penal es señal de que la Ley penal desvalora en menor medida aquellas lesiones que han sido consentidas por el sujeto pasivo y, por tanto, reconoce un ámbito de disponibilidad de la salud por parte de su titular, puesto que, habiendo dispuesto de la misma, la pena que recibe el autor es menor, en virtud del menor injusto.

18. Pese a lo dispuesto en el art. 155, son atípicas en el delito de lesiones, en virtud del *consentimiento* del afectado: a) las autolesiones, porque el delito de lesiones implica el lesionar a “otro”. b) La participación en una autolesión ajena, ya que acorde con el principio de accesoriedad media, no se puede sancionar la participación en un hecho atípico y en el delito de lesiones no existe norma que castigue el auxilio a la autolesión, c) el mero consentimiento de la víctima en ser lesionada, d) las faltas de lesiones, ya que

el art. 155, sólo se refiere a los delitos de lesiones y, por lo tanto, concede plena disponibilidad en las lesiones constitutivas de falta.

19. El *consentimiento* en la legislación española para ser eficaz requiere: a) que el titular tenga capacidad para otorgar tal consentimiento, b) debe ser libre, c) debe ser espontáneo. El art. 156, otorga eficacia eximente al consentimiento en casos de trasplantes de órganos, cirugía transexual y esterilización. Sin embargo, es discutible otorgar efecto eximente a supuestos que en realidad no son típicos. Las intervenciones quirúrgicas no poseen la consideración de *lesiones* al basarse en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, se excluye la validez del consentimiento obtenido viciadamente ya sea mediante miedo insuperable o error. Cualquier intervención quirúrgica requiere del consentimiento informado del paciente, por lo que es inválido el consentimiento en supuestos en los que se haya obtenido mediante precio o recompensa y de tráfico de órganos, situaciones contrarias a la dignidad humana, en que la persona se ve impulsada a vender sus órganos para poder hacer frente a una precariedad económica.

20. En la *esterilización de incapaces* (párrafo segundo del art. 156), habrá que recurrir al “mayor interés del incapaz”, a fin de evitar que una prohibición dirigida a protegerlo pueda tener efectos negativos sobre él, impidiéndole ejercicio de la sexualidad. La expresión “persona incapacitada”, exige la declaración formal de incapacitación. La posibilidad de autorizar la esterilización de incapaces constituye un factor singular respecto a lo previsto en relación con los menores de edad, que se justifica por el carácter persistente de la deficiencia y que permite resolver el problema de los menores de edad incapacitados, cuando se prevea razonablemente que la causa que la provoca persistirá después de la mayoría de edad. Faltando el carácter transitorio de la incapacidad de consentir en que se funda la prohibición absoluta establecida respecto a los menores y otorgando la prevalencia a la norma permisiva frente a la prohibitiva, debe concluirse la posibilidad de autorizar la esterilización de los menores de edad incapacitados en quienes concurren las condiciones antedichas de gravedad e irreversibilidad.

21. En Chile la tendencia de la doctrina es negar efecto justificante al *consentimiento*, lo cual refleja la mirada de un Estado paternalista, que supone la inmadurez de sus ciudadanos para decidir acerca de qué conductas pueden o no ser consentidas. Pese a no compartir, en general, la opinión de la doctrina nacional en este aspecto, creo que existen situaciones que por su importancia deben regularse especialmente y que, por lo tanto, no pueden consentirse. Ello ocurre por ejemplo, en el caso de los “tratamientos” de belleza o en las *intervenciones con finalidad estética* realizadas fuera de la *lex artis*, por personal no entrenado, siguiendo procedimientos fuera de los indicados, o abiertamente fuera de toda apariencia médica.

22. El APCPCH, pese a contemplar una atenuación de la pena del homicidio a ruego, en materia de lesiones no contempla ni siquiera dicha atenuación, cuando la lesión se ha llevado a cabo con el pleno consentimiento del ofendido. Conforme con el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad que emana de la dignidad humana, el consentimiento debería tener en material penal pleno efecto eximente, salvo aquellas situaciones que vayan en detrimento de la dignidad humana.

23. En los delitos que exigen un resultado separado, como las lesiones, además de la relación de causalidad, es necesario que la conducta genere un riesgo típicamente relevante y una relación de riesgos, que permita afirmar que el resultado puede verse como la realización del riesgo inherente a la conducta llevada a cabo por el sujeto

activo. No concurre la imputación objetiva de un resultado cuando, pese a haber sido causado por una conducta que creó un riesgo típicamente relevante, no supone la realización de este riesgo, sino de otro factor, es decir, no es su consecuencia específica.

24. Conforme al criterio de *conducta alternativa adecuada a Derecho*, se afirma que no es imputable el resultado producido por el comportamiento contrario a deber que, con una probabilidad cercana a la seguridad, también habría acaecido en el supuesto de haberse desarrollado una conducta adecuada al Derecho. Por lo tanto, habría que negar la relación de antijuridicidad cuando a pesar de que el resultado típico ha sido causado por el comportamiento del autor, aquél hubiera sobrevenido de igual modo con una conducta adecuada a Derecho.

25. Sin embargo, la constatación *ex post* de que el resultado se hubiera producido aun con una conducta adecuada a Derecho no afecta a la peligrosidad de la conducta, sino al nexo entre ésta y el resultado. Que la realización igual del resultado sea segura, probable o posible, es un problema posterior. El examen sobre la infracción de la norma de cuidado debe realizarse *ex ante*, deduciéndola de la posibilidad o imposibilidad de evitar el resultado. En los delitos de actividad dolosos la pregunta sobre la conducta alternativa adecuada a Derecho no suscita interés, toda vez que requieren para su concurrencia de la creación de un riesgo típicamente relevante. Si se entiende que la imputación se limita a la relación de riesgo y que el resultado no forma parte del injusto típico, la imputación objetiva *strictu sensu* será aplicable por igual al tipo doloso y al imprudente.

26. Si la causación de un resultado *ex ante* aparece como inevitable excluye la relevancia penal del riesgo creado por el autor. La relevancia penal del riesgo creado por la conducta, o no controlado por la acción indicada en la omisión, según la evitabilidad o no del resultado, depende del momento en que se advierte la inevitabilidad del resultado: a) Si *ex ante* se advierte que el resultado se va a producir, o no se va a poder evitar, se realice o no la conducta adecuada a Derecho, el peligro que se crea es irrelevante penalmente. La inevitabilidad *ex ante* del resultado afecta al injusto eliminando, al desvalor del acto, tanto en los tipos omisivos como en los comisivos; y b) Si sólo *ex post* se conoce que el resultado, en el caso concreto, tampoco se hubiera evitado con una conducta, ello no afecta a la relevancia penal de la conducta realizada, se mantiene el injusto típico creado. Sólo si conforme a los criterios del incremento del riesgo y de la finalidad de protección de la norma se afirma la existencia de relación de riesgo, la inevitabilidad *ex post* del resultado puede excluir el desvalor de éste como elemento del tipo penal y la impunidad del sujeto en los casos de comportamiento alternativo adecuado a Derecho. La inevitabilidad es una especie de condición negativa de punibilidad, que más que afectar a la relación de riesgo, lo hace respecto al desvalor del resultado.

27. El *criterio del incremento del riesgo* se relaciona con la cuestión de si se debe imputar un resultado cuando mediante una conducta alternativa conforme a Derecho el mismo hubiera sido evitado, no con seguridad, sino sólo probable o posiblemente. Según Roxin todo incremento de ese riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor. Sin embargo ello va en contra del principio *in dubio pro reo* y convierte los tipos de lesión en *tipos de peligro*. Con el incremento del riesgo, lo único que se prueba es la existencia del primer juicio de imputación consistente en la *creación de un riesgo típicamente relevante*, como apariencia *ex ante* y como efectivo riesgo comprobado *ex post*, pero no se prueba que el resultado sea imputable a ese riesgo. El comportamiento alternativo adecuado a Derecho excluye la imputación del resultado, sólo si es seguro, con una probabilidad rayana en la seguridad, que esta conducta hipotética hubiera causado igualmente el resultado. La utilización de la teoría del incremento del riesgo,

con carácter exclusivo, para probar la imputación del resultado, para probar con certeza la existencia o no de la relación de riesgo, exige la aplicación complementaria del fin de protección de la norma.

28. En los casos de *intervención dolosa de terceros*, para poder imputar responsabilidad penal al infractor de una norma de cuidado, que luego es aprovechada por un tercero, por ejemplo para lesionar a su enemigo, deben considerarse todas las circunstancias presentes *ex ante* en el hecho. Por lo tanto, debe ser previsible *ex ante* que esa infracción de la norma de cuidado constituiría un riesgo típicamente relevante respecto de la vida o de la salud de las personas. Si la infracción de la norma sólo fue un riesgo coadyuvante del hecho doloso del tercero, la conducta del infractor debería ser calificada como participación imprudente en un hecho doloso, siempre que esta calificación se admita y siempre que el infractor conociese la posibilidad de la intervención dolosa del tercero. De no admitirse esta modalidad de participación, habría que probar la creación de un riesgo típicamente relevante de homicidio o de lesiones, a través de la infracción de la norma de cuidado. Para que hubiese infracción de la norma de cuidado, es necesario que fuese cognoscible el riesgo de muerte de lesión que implicaba la conducta del infractor. Luego, conforme al criterio del incremento del riesgo *ex post*, habría que probar que es el riesgo creado por el infractor y no el del tercero el que se ha realizado en el resultado lesivo.

29. Si luego de una conducta imprudente con resultado lesivo, interviene un tercero de manera también imprudente, desencadenándose un resultado lesivo de mayor entidad, tanto el autor como el tercero han generado *ex ante*, riesgos típicamente relevantes. Una vez determinados los riesgos anteriores, habrá que determinar *ex post*, cuál de los dos riesgos fue el que se materializó en el resultado lesivo, conforme al criterio de incremento del riesgo (*relación de riesgos*). Luego habrá que realizar dos clases de juicios *ex post*. Un primer juicio se efectuará una vez realizada la conducta, determinando la clase y gravedad del riesgo generado por la conducta del autor, en este caso un riesgo de menor entidad, que se materializó en el primer resultado lesivo, pero que no hace previsible el riesgo que en definitiva se realizó luego de la actuación del tercero. Luego, un segundo juicio *ex post*, referido a la *relación de riesgo* respecto del segundo resultado lesivo más grave, considerará los resultados obtenidos del primer juicio sobre la clase y gravedad del riesgo. El resultado de este segundo juicio permite afirmar que el riesgo del resultado más grave no corresponde a la clase de riesgo obtenido en el primer juicio *ex post*, es decir, un riesgo propio de un delito de menor entidad.

30. En los *casos de daños sobrevenidos con posterioridad*, en los cuales el autor provoca con su conducta típicamente relevante un riesgo que se materializa en un resultado lesivo, por ejemplo para la salud individual, pero sin embargo, deviene con posterioridad por factores externos -como causas naturales, constitución del enfermo no cognoscible etc.- un segundo resultado más grave, por ejemplo la muerte, que el que era posible prever, a partir del primer juicio *ex post*. En estos casos ha de excluirse la imputación porque el riesgo que se ha realizado en el resultado es distinto del creado por el autor, siempre que en el segundo juicio *ex post*, *strictu sensu*, se advierta que no es éste el riesgo que se ha realizado en el resultado más grave, sino otro indiferente para imputar responsabilidad penal.

31. Tampoco cabe imputar responsabilidad penal en *casos en que se produce un segundo daño o una agravación del primero no imputable al autor*. Si un sujeto sufre un accidente fortuito y luego toma las medidas de seguridad para evitar otras posibles consecuencias, no se le puede imputar ese último resultado. Respecto de la imputación

del último resultado ha de ser indiferente que el primer accidente sea doloso, imprudente o fortuito, toda diferenciación según la calificación del primer accidente o del segundo es una aplicación de criterios versaristas. Lo mismo sucede en aquellos casos en los que la víctima de una lesión se niega a recibir el auxilio que aún era posible con plena conciencia del riesgo.

32. Se excluye la imputación en casos de *autopuesta en peligro en el cumplimiento de un deber*, ya que también aquí se puede hablar de una *autopuesta en peligro*, aun cuando ésta no se fundamente, en este caso, en el libre consentimiento del sujeto, sino en el deber que éste tiene de actuar. Cuál sea la causa última de la autopuesta en peligro -siempre que no sea por engaño- es indiferente de cara al primer autor.

33. En los casos de *autopuesta en peligro dolosa*, si bien el autor crea con su conducta un riesgo típicamente relevante, en cual incluso puede materializarse en un resultado lesivo para otras personas, por lo cual deberá responder penalmente, deberá excluirse la imputación penal respecto de quienes se pongan a sí mismo en peligro dolosamente y por propia decisión, todas vez que dichas consecuencias no son abarcadas por el fin de protección de la norma.

34. Los casos de *provocación imprudente de suicidio* deben resolverse conforme a los criterios de autoría y participación, distinguiendo si el suicidio es libre o no. Si el suicida es libre para tomar su decisión, sería autor, tiene el dominio del hecho y el segundo es un partícipe en un hecho impune. Si el suicidio no libre, el sujeto que ha creado el riesgo es autor mediato, tiene el dominio del hecho, y el resultado le será imputable, siempre que se pruebe la relación de riesgo.

35. El criterio del *fin de protección de la norma*, debe complementarse con el criterio del incremento del riesgo, para conseguir una fundamentación correcta de la relación de riesgo. Frente a los supuestos de conductas alternativas adecuadas a Derecho, la preeminencia del criterio del incremento del riesgo es indiscutible con independencia de la eficacia adicional que también pueda brindar el criterio del fin de protección de la norma y, en particular en esos casos, el de la evitabilidad *ex post* del resultado. En la prueba de la relación de riesgo de los casos de conductas concurrentes de terceros o de la víctima tiene mayor relevancia el criterio del fin de protección de la norma. La función inmediata del criterio del fin del protección de la norma es determinar la finalidad concreta y típica del deber de cuidado lesionado y la clase de daños que éste debe de impedir o evitar. Introduce la perspectiva *ex ante* en el juicio sobre la relación de riesgo, eminentemente *ex post*. Para determinarlo hay que indagar en los motivos que llevaron a determinar el deber de cuidado y no otro.

Capítulo VI

F. Tipos de imperfecta realización

SUMARIO: 1. Introducción.— 2. Problemas de la tentativa en el delito de lesiones.— 2.1. La transmisión dolosa de enfermedades contagiosas.— 2.2. Procedencia de la tentativa en el delito de lesiones.— 2.2.1. Opciones dogmáticas.— 2.2.2. Posición personal.— 3. Requisitos de la tentativa.— 3.1. La parte objetiva del tipo de la tentativa.— 3.1.1. El comienzo de ejecución.— 3.1.2. Ejecución parcial o total.— 3.2. La parte subjetiva del tipo de la tentativa.— 3.3. La ausencia de desistimiento voluntario. — 4. Conclusiones. —

1. Introducción

El art. 15 del CP prescribe que son punibles el delito consumado y la tentativa de delito. Conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 del CP “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”. La noción general de la tentativa es correlativa al concepto de *iter criminis*, en el cual el delito se presenta como un proceso que se desarrolla a través de fases cronológicas la una de la otra²⁰⁰¹.

El tipo básico de lesiones, en general, y los tipos cualificados, en particular, no plantean problemas especiales en grado de consumación siempre que se determine perfectamente el tipo subjetivo que concurre en cada caso concreto. La generalidad de la doctrina aboga por la ausencia de problemas jurídicos en la consumación tanto del tipo básico como de los cualificados, requiriéndose que la producción de la lesión reúna las características del tipo ya que estamos ante delitos de resultado material. Respecto de la tentativa, en España -salvo algunas discusiones que analizaremos en este acápite- se considera que no hay obstáculo para estimarla en cualquiera de sus dos modalidades (acabada e inacabada), sin perjuicio de los concursos correspondientes en el caso de simultaneidad de otros resultados que menoscaben e, igualmente, son admisibles los actos preparatorios. Si bien hay que distinguir acto preparatorio de tentativa, se entiende por actos de tentativa aquéllos próximos a un estadio casi cercano al resultado final desde el que manifiestan su significado criminoso.

Los problemas que en particular presenta la tentativa en el delito de lesiones dicen relación principalmente con la transmisión de enfermedades contagiosas como el VIH/SIDA y con la procedencia o improcedencia de la tentativa en el delito de lesiones, ya sea desde el punto de vista práctico o dogmático. A estas problemáticas dedicaremos las siguientes líneas.

²⁰⁰¹ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 337.

2. Problemas de la tentativa en el delito de lesiones

2.1. La transmisión dolosa de enfermedades contagiosas

Como tuvimos ocasión de mencionar a propósito de las enfermedades como resultado del delito de lesiones, la transmisión dolosa de enfermedades contagiosas, concretamente del VIH/SIDA, presenta problemas particulares en cuanto a la calificación jurídica de la conducta típica. Así, señalábamos que parte de la doctrina sostenía que el contagio doloso del VIH/SIDA, era constitutivo del delito de homicidio en grado de tentativa. Decíamos que dicha opinión debía ser descartada por cuanto, entre otras razones, hoy en día dados los avances de la medicina, se trata de una enfermedad crónica y no mortal. Además, no es posible sostener la concurrencia de la imputación objetiva del resultado lesivo, toda vez que el virus opera debilitando el sistema inmunológico del individuo en un proceso relativamente largo que depende de innumerables factores tales como el estado de salud de la víctima, los cuidados y el tratamiento que ella lleve a cabo, su alimentación, etc., falleciendo en definitiva la persona, no de Sida, sino de las llamadas enfermedades oportunistas, razón por la cual parece discutible sostener que el desenlace fatal es la materialización del riesgo creado por el sujeto activo. Además, la conducta no parece encajar en el tipo penal de homicidio el cual sanciona al que mate a otro y no al que le acorte la vida a otro como pareciera ser el caso en cuestión.

Luego, planteábamos que otro sector de la doctrina sostenía la posición de sancionar el contagio doloso del Sida a título del delito de lesiones del tipo básico del art. 147 del CPes, sin embargo, dadas las características de la enfermedad, pareciera encuadrarse mejor en el delito de lesiones tipificado en el art. 149 del CPes. Luego, tratándose de un delito de resultado, nos encontraremos ante la disyuntiva de tener que acreditar el vínculo de causalidad entre la conducta y el resultado lesivo consistente en la enfermedad somática grave, lo cual tiene evidentes problemas probatorios. Por lo tanto, si es posible acreditar -además del resto de los requisitos objetivos y subjetivos del tipo- el vínculo causal no habría problema para sancionar por el delito de lesiones del art. 149 del CPes en grado consumado. Si, por el contrario, no es posible acreditar el vínculo causal entre la conducta dolosa y el resultado lesivo, habría que sancionar al sujeto activo por la misma figura penal, pero en grado de tentativa acabada, toda vez que en la especie concurriría concurren los requisitos que en definitiva dicen relación con el desvalor del acto, esto es, un riesgo doloso típicamente relevante.

2.2. Procedencia de la tentativa en el delito de lesiones

Diez Ripollés sostiene que dogmática y legalmente es posible, pero al fundamentar la tipicidad en la concurrencia del resultado material de lesión se deja sin contenido real la tentativa²⁰⁰². Por su parte, Corcoy Bidasolo, afirma que en la práctica las lesiones continúan siendo delitos *cualificados por el resultado*, puesto que la decisión sobre si estamos frente a una falta o un delito de lesiones intentado se decide en base al peritaje médico-forense²⁰⁰³. Esta realidad se advierte al examinar la jurisprudencia sobre lesiones en la que únicamente se discute sobre la posibilidad de calificar la lesión definida en el peritaje como tratamiento médico o quirúrgico, inutilidad o deformidad, miembro principal o no.

²⁰⁰² CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., p. 137.

²⁰⁰³ CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., p. 137.

Como se aprecia, ambas opiniones conciben la posibilidad de que proceda la tentativa en el delito de lesiones, sin embargo, hacen ver que la importancia que se asigna a la acreditación del resultado, trae como consecuencia la escasa aplicación de la tentativa por los tribunales de justicia.

Estas opiniones deben, por lo tanto, distinguirse de aquellas que dogmáticamente sostienen la improcedencia de la tentativa en el delito de lesiones. En efecto, uno de los más significativos problemas, que se producía en el CPes antes de 1995 y que fue traspasado en parte²⁰⁰⁴, a la actual legislación penal, dice relación con el caso de que, habiéndose realizado una de las conductas descritas en el art. 148 (antiguo art. 421), por ejemplo alguna de las previstas, en su número primero, el resultado de la conducta lesiva sea el contemplado en el tipo de la falta del art. 617.1 (antiguo art. 582).

Ejemplo: A acomete a B con un cuchillo de grandes dimensiones. Este, sin embargo, logra eludir parcialmente las cuchilladas, resultando afectado tan sólo por heridas muy leves, que simplemente requieren una primera asistencia facultativa.

El problema consiste en que el art. 148 (antiguo art. 421) *parece* excluir de su ámbito de aplicación todos aquellos supuestos en que, pese a haberse realizado una de las conductas previstas en él, se produzca un resultado distinto de los establecidos en el art. 147 (antiguo art. 420). Pues, en efecto, parece referir todo su régimen sancionatorio a “*Las lesiones del artículo anterior...*”²⁰⁰⁵.

Antes que todo deberíamos tener presente que conforme al principio de igualdad se debe castigar de modo igual lo igual y de modo desigual lo desigual. De esta manera, cabe cuestionarse si ¿puede sancionarse a quien produce un resultado lesivo leve, constitutivo de falta, con las penas agravadas que impone el art. 148 (antiguo art. 421), por ejemplo, por el hecho de haber empleado medios peligrosos? Ello podría ser discutible en un sistema en el que el proceso de realización del riesgo típico en el resultado lesivo tiene una relevancia punitiva directa. Por otro lado, ¿es justo que quien realiza las conductas proscritas en el art. 148 (antiguo art. 421.1) sea reducida su sanción a la pena prevista en el art. 617.1 (antiguo art. 582) en función de la levedad, tal vez aleatoria, del resultado? Ello parece cuestionable en un sistema en el que las formas de imperfecta realización, y no solo los delitos consumados, son punibles²⁰⁰⁶.

²⁰⁰⁴ El art. 582 del antiguo CPes, párrafo primero disponía que: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que no precisare tratamiento médico o quirúrgico o solo exigiere la primera asistencia facultativa, será castigado..., *salvo que se trate de alguna de las lesiones del art. 421*”. Esta última expresión sumada a la remisión que el art. 421 (que contenía el tipo agravado de lesiones) hacía al art. 420 del CPes (que regulaba el tipo básico del delito de lesiones), traía como consecuencia la disparidad de criterios respecto del título de castiga a considerar cuando el sujeto activo había llevado a cabo la conducta típica con los medios o en las circunstancias señaladas en el art. 421, pero el resultado solo era de aquellos señalados en el art. 582, esto es, un resultado de falta de lesiones. El actual art. 617.1, en cambio, no hace ninguna remisión al art. 148 del CPes, sin embargo, tratándose de un delito de resultado y de lesión, no cabe, a mi juicio, excluir del tipo penal del art. 148 los grados de realización imperfecta del tipo penal.

²⁰⁰⁵ El problema se agudizaba bajo el imperio de la ley anterior, toda vez que el texto del art. 582 parecía excluir de su ámbito de aplicación aquellos casos en los que, pese a haberse producido un resultado de los que le eran propios, este era consecuencia de una de las conductas contempladas en el art. 421. En efecto, en su texto se señalaba expresamente que sancionaba las lesiones cuyo resultado requería, como máximo, una primera asistencia, “...*salvo que se trate de alguna de las lesiones del art. 421*”.

²⁰⁰⁶ Al respecto ver, respecto del sistema punitivo anterior a 1995, SILVA Y MELERO, “Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta”, *AP*, 1995, p. 157.

2.2.1. Opciones dogmáticas

En la legislación actual podría presentarse, además de la postura que sostendremos en esta investigación, dos opciones adicionales: 1) la primera consiste en sostener que sea cual sea el resultado lesivo finalmente producido, si los supuestos previstos en el art. 148 (antiguo 421), se aplicará éste en todo caso; 2) La segunda opción consiste en afirmar que procede aplicar el art. 617.1 en todos los casos en que el resultado sea constitutivo de falta, fuere cual fuere la conducta o el medio utilizado para provocar el resultado lesivo²⁰⁰⁷.

En la primera opción²⁰⁰⁸ político criminalmente es posible sostener que la sanción por la vía del art. 148.1, incluso de las lesiones que resultan ser de escasísima gravedad, tiene por objeto incidir preventivamente sobre las conductas violentas, objeto de atención autónoma respecto del resultado lesivo, lo cual puede tener su explicación en la necesidad de combatir con mayor eficacia el problema criminológico de la violencia^{2009/2010}. Además, se suele sostener que la voluntad del legislador al establecer la norma fue la de castigar por el art. 148, fuere cual fuere el resultado lesivo²⁰¹¹.

Sin embargo, esta argumentación no permite distinguir entre dos conductas que, siendo aparentemente iguales *ex ante* (por ejemplo, una agresión con medios peligrosos), tienen una virtualidad lesiva absolutamente distinta consistente, en uno de los casos, en un resultado de lesión que requiere un tratamiento médico además de una primera asistencia facultativa, por lo tanto, tal argumentación no se condice con el *principio de lesividad*. Si la producción del resultado lesivo tiene relevancia punitiva en todo el sistema, no se entiende por qué no habría de tenerla para los efectos del art. 148 (antiguo art. 421), a menos que se considere que este tipo penal contiene un *delito de peligro*²⁰¹², sin embargo ello no parece haber sido defendido de modo general, toda vez que el propio art. 148 empieza aludiendo a las “lesiones del artículo anterior”, y describiendo, por tanto, un delito de lesión. En cuanto al argumento que alude a la voluntad del legislador, ya tuvimos ocasión de manifestarnos sobre el valor que ésta tiene en materia penal al referirnos a la imputación objetiva de resultado en este mismo capítulo, razón por la cual me remito a lo ya señalado, sin embargo, me parece necesario aclarar, que el hecho de sostener la posibilidad de apreciar la tentativa en esta clase de

²⁰⁰⁷ En el antiguo CPes, permitía una tercera opción dogmática, consistente en sostener que la no procedencia de la sanción penal en conductas del art. 421.1 que dieran lugar a los resultados del art. 582, en base a un supuesto respeto al principio de legalidad.

²⁰⁰⁸ Quintero, Tamarit, Bajo, Muñoz Conde, Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta, Guallart de Viala, Zugaldía y Berdugo si bien las argumentaciones de unos y otros no coinciden necesariamente.

²⁰⁰⁹ Este argumento era defendido por Quintero, Tamarit, Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta, respecto del antiguo art. 421.1 (SILVA Y MELERO, “Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta”, op. cit., pp. 158-159.).

²⁰¹⁰ Zugaldía adhería a la opinión de aplicar en estos casos el antiguo art. 421.1, atendiendo a criterios de estricta legalidad, entendiendo como ineludible la remisión al art. 421 establecida por el 582, aunque siempre desde un punto de vista sumamente crítico con dicha regulación y proponía una interpretación restrictiva del término “arma” del antiguo art. 421, o bien la declaración de inconstitucionalidad del N° 1 del mismo por entender que conculcaba el principio de legalidad penal. Sin embargo, ello implicaría una restricción del término “arma” del art. 421.1 que debería tener repercusión en otras figuras delictivas, tales como el delito de robo con intimidación (SILVA Y MELERO, “Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta”, op. cit., pp. 159-160).

²⁰¹¹ SILVA Y MELERO, “Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta”, op. cit., p. 160.

²⁰¹² Sin embargo, Tamarit reconducía esta figura a la estructura de los delitos de peligro hipotético y Guallart a los delitos de peligro concreto (SILVA Y MELERO, “Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta”, op. cit., p. 160).

delitos, no trae aparejada la necesidad de abogar por igualar la penalidad de la tentativa a la consumación, cuestión que, de hecho, no comparto.

La segunda opción consiste en postular en todo caso el castigo por la falta del art. 617.1 (antiguo art. 582), ya que dada la remisión del art. 148 (antiguo art. 421) al art. 147 (antiguo art. 420), la penalidad del art. 148 no sería aplicable en ningún caso a las lesiones cuyo resultado fuere el del art. 617.1 y una solución materialmente justa del problema vulneraría las exigencias del principio de legalidad²⁰¹³.

Dicha postura me parece bastante criticable, toda vez que vuelve a centrar el centro de análisis en el desvalor de resultado, dejando sin consideración alguna el desvalor del acto reflejado, en este caso, en las circunstancias en las cuales se llevó a cabo la conducta típica, respecto de las cuales, el propio legislador, consideró que tenía un mayor grado de injusto o de culpabilidad, al señalarlas expresamente en el art. 148 del CPes, como figuras agravadas.

2.2.2. Posición personal

El tenor literal del art. 148 no se opone a aplicar una pena distinta a la del art. 617.1 en casos en que sea la conducta del art. 148 la que produzca los resultados del art. 617.1. Es decir, cuando concurre un resultado de lesiones de los señalados en el art. 617.1, pero también las circunstancias señaladas en el art. 148, el juez debe relacionar esta última disposición con los arts. 62 y 70, todos del CPes, considerando la conducta como constitutiva del art. 148, en grado de tentativa acabada o inacabada²⁰¹⁴.

No corresponde a mi juicio estimar, que en la especie existe un concurso ideal de delitos, entre una falta de lesiones consumada (617.1) y un delito agravado de lesiones en grado de tentativa acabada (148)²⁰¹⁵, toda vez que se trata de un mismo bien jurídico afectado por la conducta típica constitutiva del delito de lesiones, razón por la cual nos encontramos, más bien ante un problema interpretativo de dos leyes aparentemente aplicables al caso en cuestión (arts. 148 y 617.1), que debe ser solucionado en este caso, conforme al principio de consunción, siendo el desvalor del delito de lesiones agravadas, el que consume al desvalor de la falta de lesiones, debiendo aplicarse, en consecuencia, únicamente el primer precepto.

También deben sancionarse como tentativa de lesiones agravadas del art. 148, aquellas conductas que pese a llevarse a cabo en las circunstancias referidas en tal disposición, no consiguen resultado lesivo alguno, por ejemplo, a consecuencia de la impericia del sujeto activo.

Procedería, por lo tanto, apreciar tentativa acabada o inacabada, según sea el caso, del art. 148, por ejemplo, en cuando con dolo, al menos eventual, de producir una

²⁰¹³ Queralt, Fernández Rodríguez, Del Rosal Blasco y Boix sostenían esta posición respecto de los antiguos arts. 420, 421 y 585 (SILVA Y MELERO, “Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta”, op. cit., p. 160-161).

²⁰¹⁴ En el mismo sentido, García y García afirma que en el estudio de la tentativa en los tipos agravados y cualificados de lesiones se apreciará el art. 148.1º en grado de tentativa cuando la realización de la acción peligrosa sólo se ha iniciado o, concluida, no produce el resultado de peligro típico; ahora bien, el peligro inherente al intento, mencionado en el art. 62 del CP, no debe plantear problemas de delimitación respecto del peligro para la vida o salud del lesionado previsto en el art. 148.1, pese a la extensión del tipo al peligro para la salud, optando por la pena inferior en grado (GARCÍA Y GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 238).

²⁰¹⁵ Como sostienen Silva y Melero en “Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta”, op. cit., pp. 162-163.

lesión, se emplearan dolosamente los medios peligrosos aludidos en el tipo, en términos idóneos *ex ante* para causar daños graves, aunque luego tales daños trascendentes, ni siquiera lleguen a producirse.

Por lo demás, hay que tener presente que, como el homicidio, el delito de lesiones es un *delito de resultado y de lesión*, toda vez que para su consumación requiere, además de la conducta lesiva, la concurrencia de un resultado separado constituido por la lesión o menoscabo para la salud individual consistente en la provocación o aumento de un estado de enfermedad²⁰¹⁶. El tipo requiere que el bien jurídico de la salud individual sea efectivamente lesionado para que el delito se encuentre consumado. Tratándose de un delito de resultado y de lesión, como los tipos de lesiones, caben las formas imperfectas de ejecución, esto es la tentativa acabada o inacabada e incluso los actos preparatorios de la conspiración, proposición y provocación conforme a lo dispuesto en el art. 151 del CPes. Al respecto, hay que tomar en consideración que los requisitos de primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico son necesarios para la consumación del delito de lesiones, sin embargo, no parece lógico estimar, por ejemplo, la simple concurrencia de una falta de lesiones cuando el sujeto quería cortar el brazo al sujeto pasivo y acaba causándole sólo rasguños. En estos casos, la intención deberá deducirse de las circunstancias del hecho, con criterios similares a los utilizados para diferenciar entre el *animus laedendi* y el *animus necandi* (instrumento utilizado, número, entidad y dirección de los golpes, etc.)²⁰¹⁷.

Sin embargo, en la práctica a veces los Jueces califican como falta de lesiones, en base al resultado, lo que en realidad fue una tentativa de delito de lesiones o incluso de homicidio²⁰¹⁸.

A continuación, revisaremos cuales son los requisitos de la tentativa para que sea sancionable a título de lesiones

3. Requisitos de la tentativa

El tipo de tentativa consta de los siguientes elementos: a) en la parte *objetiva*, una ejecución parcial o total no seguida de consumación; b) en la parte *subjetiva* la voluntad de consumación; c) la ausencia de desistimiento voluntario²⁰¹⁹.

²⁰¹⁶ SUÁREZ MIRA, *Manual de DP*, op. cit., p. 86.

²⁰¹⁷ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 148; CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, p. 146; ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 176; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 65; TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 61-62 y en TAMARIT Sumalla, “De las lesiones”, op. cit., p. 110; FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 68; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 250; CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., pp. 130-131 y RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.), *CP comentado*, op. cit., p. 335.

²⁰¹⁸ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 109.

²⁰¹⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 346.

3.1. La parte objetiva del tipo de la tentativa

3.1.1. El comienzo de ejecución

El comienzo de ejecución requiere traspasar la frontera de los actos preparatorios (si los hay) hacia los actos ejecutivos, tal distinción se determina conforme a la *teoría objetivo-material*, entendiendo por actos ejecutivos aquellos que se hallan de tal forma unidos a acción típica, que según la concepción natural aparecen *como parte suya*²⁰²⁰. En la determinación del campo previo al comienzo de ejecución debe tomarse en consideración el *plan del autor*, valorándolo desde un prisma *objetivo* (punto de vista objetivo-subjetivo), en base a los criterios de la *puesta en peligro inmediata y la inmediatez temporal*, en donde el primero afirma que el comienzo de la tentativa se produce cuando hay una inmediata puesta en peligro del bien jurídico y el segundo, cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de la conducta típica, si el tipo describe una sola conducta o, en los tipos que describen varios actos, cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a uno de los descritos en el tipo²⁰²¹. El criterio de la puesta en peligro inmediata se utiliza como complementario para casos dudosos²⁰²². El art. 16.1 CP no expresa la necesidad de tomar en consideración el plan del autor, pero el adverbio *directamente* puede interpretarse como exigencia de conexión directa entre el acto y la realización típica, de suerte que aquél aparezca como parte de ésta y tal exigencia de conexión directa puede precisarse en el sentido de la teoría de la inmediatez temporal, como necesidad de que *no falte ninguna fase intermedia* entre el acto y la realización de la conducta típica (cuando ésta se ejecute con un solo acto) o de alguno de los actos que la integran (cuando la conducta típica suponga varios actos)²⁰²³. La acción debe analizarse en sus distintos *momentos dotados de unidad de significado* puesto que desde el solo punto de vista naturalístico no existe solución de continuidad en el desarrollo de un hecho y cada uno de estos momentos podrá pertenecer a la fase de preparación, de tentativa o de consumación, según el lugar que ocupen en el *plan de ejecución del autor*²⁰²⁴.

3.1.2. Ejecución parcial o total

El problema consistente en determinar si son actos ejecutivos sólo los que corresponden *al sujeto*, o si una ejecución completa precisa la concurrencia de todos los actos *objetivamente* necesarios para la producción del delito, con independencia de quién deba realizarlos, además, importa averiguar si es la opinión del sujeto o un *punto de vista objetivo* el que debe servir para decidir cuándo la ejecución llega a su fin, la primera cuestión se suscita cuando la realización del hecho supone no sólo la actuación del sujeto, sino también la de otra u otras personas utilizadas como instrumentos, lo cual se relaciona con la figura de la *autoría mediata* (cuya ocurrencia en el delito de lesiones se ha puesto en tela de juicio como veremos en el acápite siguiente) que concurre cuando el delito se realiza a través de otra u otras personas como instrumentos, en donde se sostiene que la ejecución del hecho empieza en el momento en que actúa el sujeto que utiliza a los otros, tanto la actuación del sujeto de la tentativa como la de sus

²⁰²⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 346-351.

²⁰²¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 346-351.

²⁰²² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 346-351.

²⁰²³ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 346-351.

²⁰²⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 346-351.

instrumentos deben influir en la gravedad de la tentativa, pero sólo la actuación del sujeto del intento puede afectar al *desvalor de acción* de la tentativa, sin embargo, los actos de los instrumentos condicionan la eficacia de ésta y, por tanto, su *desvalor de resultado*²⁰²⁵.

El grado de eficacia de la tentativa depende de si conduce o no a la consumación y de si consigue que se produzcan los eslabones intermedios previstos, entre los cuales cuenta la actuación de los instrumentos²⁰²⁶. Del mismo modo, que la falta de consumación aminora el desvalor del resultado aunque no afecte a la conducta del autor, la falta de actuación de un instrumento (o su fracaso) también hace disminuir el grado de consecución del plan previsto, ya que el intento *resulta* menos exitoso si ni siquiera consigue que actúe el instrumento, cuando la ley alude al grado de ejecución alcanzado como criterio para graduar la pena que merece la tentativa, lo hace en la medida en que dicho grado de ejecución afecte a la gravedad de la tentativa, la que depende tanto de la actuación del sujeto (desvalor de acción) como de su eficacia posterior (desvalor de resultado), para decidir el mayor o menor grado de ejecución alcanzado hay que tener en cuenta los actos realizados por el sujeto de la tentativa y los que correspondan a otras personas utilizadas como instrumentos (concepto objetivo, no personal, de ejecución), ya que la definición de tentativa se refiere a todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado²⁰²⁷.

En cuanto a la decisión de cuando han de estimarse realizados todos los actos de ejecución, tanto si se cree suficiente para la completa ejecución que el autor realice todo lo que estaba de su parte, como si se exigen todos los actos objetivamente necesarios a la consumación, puede adoptarse un punto de vista objetivo o subjetivo para *decidir* cuándo se acaba la parte de realización que corresponde al sujeto o cuándo se alcanza la total ejecución, respectivamente y en tal sentido, debe utilizarse un criterio coherente con el fundamento de la punición de las formas de imperfecta ejecución y con el que éste impone también en orden a la distinción de actos preparatorios y ejecutivos²⁰²⁸. Debe acogerse un punto de vista *objetivo*, pero a la vista del *plan del autor*: ¿cuándo estimaría realizados todos los actos de ejecución el espectador imparcial habida cuenta del plan que sigue el autor?²⁰²⁹

3.2. La parte subjetiva del tipo de la tentativa

Subjetivamente la tentativa requiere que el sujeto conozca que los actos que objetivamente realiza crean un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico de la salud individual, siendo en todo caso posible admitir las hipótesis de dolo eventual como lo habíamos sostenido.

3.3. La ausencia de desistimiento voluntario

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 16.1 CP, la tentativa requiere que la falta de consumación tenga lugar *por causas independientes de la voluntad del autor*. Además, el N° 2 del mismo art. prescribe que: “Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien

²⁰²⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 352.

²⁰²⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 352.

²⁰²⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 352.

²⁰²⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 353.

²⁰²⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 353.

desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”. El N° 3 del mismo art., se refiere al desistimiento voluntario de algún interviniente en el delito en caso de codelincuencia.

En el Derecho español el concepto legal de tentativa siempre ha requerido para su concurrencia la ausencia de desistimiento voluntario como elemento negativo del tipo de la tentativa²⁰³⁰. En España, el desistimiento voluntario se fundamenta en razones político-criminales, que ven en la impunidad del desistimiento un “puente de plata” al enemigo que huye (Feuerbach), o que fundan la impunidad en la desaparición de la necesidad de la pena en orden a la prevención²⁰³¹. El castigo de la tentativa no sólo presupone la prohibición de la conducta por su peligrosidad *ex ante*, sino también la necesidad de pena a la vista del hecho resultante *ex post*²⁰³². El desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad *ex ante* ni, por tanto, la prohibición de la conducta (también *ex ante*), pero sí pone de manifiesto un hecho resultante *ex post* que no hace necesaria la pena, lo que resulta es un intento que se ha demostrado (*ex post*) incapaz de determinar la consumación por una insuficiente capacidad de realización del delito inherente al motor interno de la acción, esto es, a la voluntad del agente, ello no puede impedir que antes del desistimiento se hubiera producido un hecho antijurídico que no cabe ya *borrar*, más si se concibe el tipo como tipo de injusto *penal* (y no sólo como tipo de injusto), cabe entender que el desistimiento voluntario excluye el tipo (penal) de la tentativa sin que niegue el injusto anterior, sino sólo su relevancia penal, por falta de necesidad de pena²⁰³³.

Según lo dispuesto en el art. 16 CP, para que conduzca a la impunidad, el desistimiento ha de ser *voluntario*. Dicha norma concede la impunidad a todo desistimiento voluntario. El desistimiento voluntario debe entenderse en el sentido estricto de desistimiento voluntario del *plan del sujeto*²⁰³⁴. Una restricción de dicho texto, sólo podrá admitirse si se fundamenta en una *interpretación* restrictiva de los términos legales *voluntariamente, desistiendo de la ejecución e impidiendo la producción del resultado*²⁰³⁵. Mientras en la tentativa inacabada basta para la concurrencia del desistimiento con suspender la ejecución (en los delitos de comisión activa, basta con dejar de realizar los actos ejecutivos que faltan), en la tentativa acabada es preciso un desistimiento activo consistente en hacer algo que impida que la ejecución ya completa produzca el resultado²⁰³⁶.

El art. 16.3 del CP no se refiere expresamente a los actos preparatorios punibles, pero resulta perfectamente aplicable a la conspiración, la proposición y la provocación, en la medida en que estas figuras suponen la intervención de varias personas en el hecho²⁰³⁷.

²⁰³⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 359.

²⁰³¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 359-360.

²⁰³² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 360.

²⁰³³ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 357-358.

²⁰³⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 362.

²⁰³⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 362.

²⁰³⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 362.

²⁰³⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 363.

4. Conclusión

Siendo el delito de lesiones un *delito de resultado y de lesión*, cuando concurre un resultado de lesiones de los señalados en el art. 617.1, pero también las circunstancias señaladas en el art. 148, el juez debe relacionar esta última disposición con los arts. 62 y 70, considerando la conducta como constitutiva del art. 148, en grado de tentativa acabada o inacabada. También deben sancionarse como tentativa de lesiones agravadas del art. 148, aquellas conductas que pese a llevarse a cabo en las circunstancias referidas en tal disposición, no consiguen resultado lesivo alguno, por ejemplo, a consecuencia de la impericia del sujeto activo.

Capítulo VI

G. Tipos de autoría y participación

SUMARIO: 1. Introducción.— 2. Concepto de autor.— 3. Distinción entre autor y partícipes en los delitos imprudentes.— 4. Delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano.— 5. Conclusión.

1. Introducción

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 27 del CPes, “Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices”. Luego, según lo señalado en el art. 28 del mismo cuerpo legal: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento” y se consideran autores: “a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo y b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Por último, conforme a lo prevenido en el art. 29: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el art. anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”. Por lo tanto, el autor material, la coautoría y la autoría mediata, se encuentran reguladas expresamente en el art. 28 del CPes, el cual extiende el concepto de autor, tanto al inductor como al cooperador necesario, en tanto, que el art. 29 regula la participación del cómplice.

El tipo básico de lesiones, en general, y los tipos cualificados, en particular, no plantean a mi juicio, problemas especiales en materia de autoría y participación. Sin embargo, se ha discutido si en la especie nos encontramos ante un delito de propia mano o si en realidad el delito de lesiones es un delito de dominio. El tema es relevante en materia de autoría y participación toda vez que la *autoría mediata* es imposible en los delitos de propia mano²⁰³⁸.

2. Concepto de autor

En la actualidad el concepto de autor se determina por la doctrina mayoritaria conforme a la teoría objetivo-subjetiva del *dominio del hecho*²⁰³⁹, con la cual si bien el dominio del hecho supone un control final, por ende subjetivo, no requiere sólo la finalidad sino también una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho²⁰⁴⁰. Así, Maurach y Zipf resumen el sentido de esta teoría diciendo que es autor quien tiene el dominio del hecho, es decir, quien tiene dolosamente en sus manos, el curso del suceder típico²⁰⁴¹. Jescheck y Weigend sostienen que la teoría del dominio del

²⁰³⁸ MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, Buenos Aires, 1995, T. II, p. 343.

²⁰³⁹ El concepto de dominio del hecho y las características de este concepto, aparecen en la ciencia a fines del siglo XIX, con Hegler, y su contenido material puede rastrearse hasta los comienzos de las teorías de la participación, pero sin el sentido que se le atribuye hoy en día. Su avance hasta convertirse en la concepción hoy casi dominante se remonta a la teoría finalista de Welzel y, por ende, con un marcado tinte subjetivo centrado en la tesis de que en los *delitos dolosos* es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, del mismo modo que ve lo decisivo de la acción en el control final hecho (ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 85-89; MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. II, p. 316 y MIR PUIG, *DP, PG*, p. 374). Desde 1963, se ha impuesto gracias a la obra de Roxin “Autoría y dominio del hecho”.

²⁰⁴⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 374.

²⁰⁴¹ MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. II, pp. 314-318.

hecho tiene las siguientes consecuencias²⁰⁴²: 1º siempre es autor quien ejecuta por su propia mano los elementos del tipo; 2º es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento o *autoría mediata*; 3º es autor el coautor, quien realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global o *dominio funcional del hecho* aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva. La teoría del dominio del hecho permite combinar el punto de partida del concepto restrictivo de autor con una cierta flexibilidad que da cabida en la autoría no sólo al ejecutor material, sino también a la autoría mediata y a casos de coautoría sin un acto típico en sentido estricto²⁰⁴³.

Mir Puig critica la teoría del dominio del hecho y afirma que sigue anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de *imputación* que caracteriza a la calificación de autor, ya que el control material del hecho es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor. Para Mir Puig, para la imputación lo decisivo es que pueda afirmarse que el *delito pertenece* al sujeto como *suyo*. En los delitos de acción ello presupone, como mínimo, que el sujeto ha *co-causado* el hecho típico en condiciones que permiten afirmar la *imputación objetiva y subjetiva* del resultado: presupone la relación de causalidad y la relación de riesgo entre la conducta del sujeto y el hecho típico, además del dolo o la imprudencia. Pero ello no basta, pues también puede afirmarse lo mismo de los sujetos que intervienen en el hecho como partícipes, induciendo al autor o cooperando con él. En opinión de Mir Puig, sólo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la *pertenencia*, exclusiva o compartida, del delito; de entre aquellos causantes, el delito pertenecerá como autor a aquél o aquéllos que; reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo (esto es importante en los *delitos especiales*), aparezcan *como protagonistas* del mismo, como *sujetos* principales de su realización. La ejecución material del hecho o su control efectivo pueden ser un criterio que permita afirmar dicho protagonismo (autoría directa o autoría mediata con dominio efectivo del hecho), pero ello no siempre será así. El sujeto principal del hecho a veces es un co-causante que no controla efectivamente el hecho ejecutado materialmente por otro sujeto, pero que es el único al que puede imputarse el delito (autoría mediata aprovechando la ignorancia del ejecutor material o sirviéndose de alguien que no reúne las condiciones personales requeridas para ser autor), o se limita a ejecutar sólo una parte de la ejecución o incluso a aportar una contribución no típica en sentido literal, pero sí fundamental en la realización del plan (coautoría). Por lo tanto para Mir Puig, la autoría supone que el delito es imputable al sujeto como *suyo*, supone una relación de pertenencia. Esta pertenencia corresponde en primer lugar al ejecutor material individual al que puede imputarse el delito: cuando es el único causante al que es imputable el tipo (no hay inductores ni ningún otro causante del hecho), porque no existe posibilidad de atribuirle a otro aquella pertenencia y cuando concurren otros causantes no ejecutores que desempeñan un papel previo menos próximo y decisivo (así, un inductor), porque dependen de que el primero ejecute o no un delito que queda en sus manos a título propio. Es seguro que la pertenencia de la causación típica también corresponde, en segundo lugar, al autor mediato que utiliza a un instrumento bajo su total control. El llamado “hombre de atrás” es aquí el único causante del delito al que puede imputársele como propio, puesto que el instrumento, pese a hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia del

²⁰⁴² JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 898.

²⁰⁴³ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 701-704 y MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 374.

mismo. En tercer lugar, la pertenencia del hecho se comparte por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito (coautoría)²⁰⁴⁴.

3. Distinción entre autor y partícipes en los delitos imprudentes

Para la doctrina alemana la distinción entre autoría y participación sólo puede presentarse en los delitos dolosos, ya que en ellos, la autoría supone la conducción final (dolosa) del acontecimiento típico por el autor, lo cual es una precondition del dominio del hecho. En materia de imprudencia rige Alemania la teoría unitaria de autor²⁰⁴⁵, lo cual es sumamente criticado en España, en donde la doctrina y la jurisprudencia, admiten la distinción entre autores y partícipes, también en los delitos imprudentes²⁰⁴⁶.

Así, Mir Puig, sostiene que en los delitos imprudentes debe aceptarse el mismo concepto restrictivo de autor que se admite en los delitos dolosos, y también la distinción entre autores en sentido estricto y partícipes²⁰⁴⁷. En el CP 1995 la imprudencia sólo se castiga cuando se halla prevista expresamente por la ley (art. 12) y los arts. 28 y 29 no se refieren expresamente a la realización por imprudencia de las conductas de participación que describen por sí solos, pues, los arts. 28 y 29 CP no permitirían castigar la participación en delitos imprudentes, pero tampoco estos preceptos aluden a los autores (en sentido estricto) de los delitos imprudentes y, sin embargo, éstos son punibles cuando en la PE se prevén tipos imprudentes y también es la redacción de los tipos imprudentes en la PE la que permite afirmar la punibilidad de la inducción y de la cooperación necesaria imprudentes²⁰⁴⁸. Con frecuencia el CP 1995 requiere para los tipos imprudentes que el sujeto *cometa* el delito o hecho descrito en el tipo doloso (arts. 158, 331, 544, 532), o que lo *realice* (arts. 159, 301, 567.467), lo *provoque* (arts. 347,358) o *dé lugar* al mismo (art. 601) y ello ha de significar que el cometer, realizar, etc., han de referirse solamente a *la parte objetiva* del tipo, puesto que sería imposible cometer el tipo *doloso* completo (incluyendo su parte subjetiva) por imprudencia, comete, realiza, etc., la parte objetiva del tipo doloso los autores previstos en el art. 28, cuyas conductas pueden realizarse, sin dolo²⁰⁴⁹. *La redacción de los tipos imprudentes permite entender que las conductas previstas en el art. 28 no exigen necesariamente el dolo*, lo que vale para los autores en sentido estricto del párrafo 1º de dicho art., también puede valer para los inductores y los cooperadores necesarios²⁰⁵⁰. Cuando en los tipos imprudentes se exige *cometer, realizar, etc.*, el delito descrito en el tipo doloso, sólo está requiriendo que se cometa o realice su parte objetiva y por tanto, también habrá que *considerar* que lo hacen quienes induzcan o cooperen necesariamente a la realización de la parte objetiva del tipo, aunque lo hagan sin dolo, por imprudencia²⁰⁵¹. El mismo planteamiento es extensivo a los tipos imprudentes que no requieren” el hecho objetivo del tipo doloso, sino algo similar o alguna expresión distinta que no puede sino interpretarse como equivalente²⁰⁵². No es posible, en cambio,

²⁰⁴⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 373-374.

²⁰⁴⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., pp. 206 y 596 y ss.; JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 704-705; STRATENWERTH, *DP, PG*, op. cit., pp. 522-529 y MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. II, pp. 416-417.

²⁰⁴⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 378; MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, op. cit., pp. 442-443 y COBO Y VIVES, *DP, PG*, op. cit., pp. 684-685.

²⁰⁴⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 378.

²⁰⁴⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 379.

²⁰⁴⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 380.

²⁰⁵⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 380.

²⁰⁵¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 380.

²⁰⁵² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 380.

considerar punible al cómplice de un delito imprudente, pues no se considera autor por la ley no puede considerarse que comete el delito doloso ni, por tanto, tampoco el delito imprudente correspondiente²⁰⁵³.

4. Delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano

La cuestión de quien es autor se resuelve con arreglo a la teoría del dominio del hecho en los *delitos de dominio*²⁰⁵⁴. En cambio, hay que determinarla de acuerdo a otros criterios en los *delitos de infracción de un deber* y en los *delitos de propia mano*²⁰⁵⁵.

Los *delitos de dominio* son aquellos constituidos por una actividad que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, sin que ello implique un quebrantamiento de un deber jurídico extrapenal²⁰⁵⁶. Así sucede en el caso de la mayoría de los hechos punibles, por ejemplo, en el delito de homicidio, violación, robo, hurto, estafa, secuestro, etc. Constituyen la regla general²⁰⁵⁷. Los *delitos de infracción de un deber* son los que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico mediante el quebrantamiento de un deber extra penal²⁰⁵⁸. Así sucede por ejemplo en los delitos especiales propios como los delitos funcionarios, pero también en el delito de bigamia, falso testimonio, etc.,²⁰⁵⁹ Los *delitos de propia mano* son aquellos que sólo pueden ser realizados mediante una intervención corporal del autor en la ejecución del hecho típico y en los cuales, por lo tanto, sólo fundamenta la autoría llevar a cabo personalmente la acción típica²⁰⁶⁰ (intervención de propia mano). A causa de ello, no admiten autoría mediata, y ni siquiera la autoría directa mediante instrumentalización de un tercero no doloso o en que se lo emplea como un puro objeto²⁰⁶¹. El ejemplo que se cita frecuentemente es el incesto del art. 375 del CPch²⁰⁶². Únicamente existe incesto si se da el acceso carnal entre dos de los parientes mencionados por la disposición, En cambio, si alguien engaña a dos hermanos para que, sin reconocerse, tengan una relación sexual (caso académico de “la regenta del burdel de Hamburgo”, ideado por Liszt) el incesto debe excluirse del todo, el hombre de atrás no es autor mediato y, como los ejecutores físicos obran sin dolo, tampoco puede castigárselo como partícipe²⁰⁶³. Roxin propone atribuir a esa categoría dos grupos de hechos punibles: a) los delitos de autor jurídico-penal o delitos de estado y b) los delitos vinculados a determinados comportamientos, sin lesión de bien jurídico²⁰⁶⁴. Los *delitos de autor jurídico-penal o delitos de estado* son aquellos mediante los cuales el legislador castiga, no un comportamiento del sujeto, sino una actitud personal, una condición suya, un tipo de personalidad asocial o un modo de vida que muchas veces no depende de su voluntad²⁰⁶⁵, por lo tanto resulta necesaria una concreta lesión de un bien jurídico, ni una acción individual describible con

²⁰⁵³ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 376-377.

²⁰⁵⁴ CURY, DP, PG, op. cit., op. cit., 593

²⁰⁵⁵ CURY, DP, PG, op. cit., op. cit., 593 y ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., pp. 434-435.

²⁰⁵⁶ CURY, DP, PG, op. cit., 593.

²⁰⁵⁷ CURY, DP, PG, op. cit., 593.

²⁰⁵⁸ CURY, DP, PG, op. cit., 593.

²⁰⁵⁹ CURY, DP, PG, op. cit., op. cit., 593.

²⁰⁶⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., p. 435.

²⁰⁶¹ CURY, DP, PG, op. cit., op. cit., 593.

²⁰⁶² CURY, DP, PG, op. cit., op. cit., 593.

²⁰⁶³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., p. 447.

²⁰⁶⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., p. 447.

²⁰⁶⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., p. 447.

exactitud²⁰⁶⁶. Sólo cabe dominar un hecho concreto, más no una actitud personal duradera como la que se manifiesta en el vagabundeo, el alcoholismo y la vagancia. Bien es verdad que se puede inducir a otros, mediante influencia y malos ejemplos, a tales estilos de vida, pero ahí no se da *dominio del hecho*, porque falta tanto el *hecho individual* como el dominio que excluya la responsabilidad del ejecutor directo²⁰⁶⁷. Por el contrario, desde el momento en que se emplean coacción o engaño, le falta al agente esa asocialidad que requiere el tipo, mientras que el sujeto de detrás sí que obra reprobablemente, pero no muestra la actitud personal que sería la única que podría hacerlo autor de estos tipos²⁰⁶⁸. Asimismo, obviamente, está excluida en tales tipos la división del trabajo funcional²⁰⁶⁹. A lo sumo podrían vagabundear u holgazanear dos personas, pero entonces se trataría de dos autores simples y no de coautoría²⁰⁷⁰. Se trata de manifestaciones de un *DP de autor*, ciertamente reprobables, como por ejemplo los derogados tipos penales de vagancia y mendicidad y sólo resta en Chile, la figura de la promoción o facilitación habitual de la prostitución de menores de edad, del art. 361 del CPCh, mediante la cual no se castiga el ataque al bien jurídico, sino una actitud de vida que sólo puede ser adoptada personalmente por el promotor o favorecedor, y cuya provocación por otro, sirviéndose de engaño o coacción, es prácticamente inimaginable²⁰⁷¹. Los *delitos vinculados a determinados comportamientos, sin lesión de bien jurídico* son, en rigor, hechos punibles sin víctima, mediante los cuales se castigan conductas que contradicen las convicciones morales del grupo social predominante, pero no lesionan o ponen en peligro un bien jurídico²⁰⁷². Puesto que lo que se reprueba es la inmoralidad intrínseca de la conducta, sólo pueden ser cometidos directa, dolosa y libremente, esto es, a conciencia de que el que se ejecuta es el hecho éticamente reprochable, y con el objeto deliberado de obtener la satisfacción censurable²⁰⁷³. Un comportamiento de esa clase, que se realiza ignorando su naturaleza y, por ende su inmoralidad o únicamente forzado por una coacción, pierde lo que constituye la esencia de su reprobabilidad y, en consecuencia, un hombre de atrás no puede provocarlo sirviéndose del ejecutor como de un instrumento, pues lo que éste hiciera en tales circunstancias no satisfaría las exigencias del tipo y sólo podrían dar origen -si acaso- a un hecho punible distinto²⁰⁷⁴. También los supuestos de este grupo de casos han ido desapareciendo, pudiendo señalarse como ejemplo el derogado tipo penal de sodomía consentida²⁰⁷⁵.

²⁰⁶⁶ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., pp. 448-449.

²⁰⁶⁷ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., p. 449.

²⁰⁶⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., p. 449.

²⁰⁶⁹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., p. 449.

²⁰⁷⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., p. 447.

²⁰⁷¹ CURY, *DP, PG*, op. cit., capítulo XI “El concurso de personas en el delito”.

²⁰⁷² En tal sentido, Roxin afirma que: “Más bien nos referimos, al hablar de *bien jurídico*, a estados valiosos, perfilables, materializados en la realidad y por eso susceptibles de menoscabo mediante actuar externo, como la vida, la salud, la propiedad, la libertad de formación de voluntad, el adecuado funcionamiento de los órganos estatales y similares. Conceptos como los de las buenas costumbres, el bien común, la conciencia del pueblo, el ordenamiento ético y la dignidad genérica de la persona no constituyen estados perceptibles y aprehensibles, ni bienes jurídicos en el sentido aquí aludido. La lesión de bien jurídico auténtica falta ante todo en algunos delitos sexuales o contra las buenas costumbres. Si dos varones adultos practican entre sí actos lúbricos, nadie ni nada resulta menoscabado o dañado, salvo las buenas costumbres” (ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., pp. 449-450).

²⁰⁷³ CURY, *DP, PG*, op. cit., capítulo XI “El concurso de personas en el delito”.

²⁰⁷⁴ CURY, *DP, PG*, op. cit., capítulo XI “El concurso de personas en el delito”.

²⁰⁷⁵ CURY, *DP, PG*, op. cit., capítulo XI “El concurso de personas en el delito”.

5. Conclusión

1. El delito de lesiones es un *delito de dominio*, toda vez, que la conducta típica que lesiona el bien jurídico penal de la salud individual, no requiere de manera alguna un quebrantamiento de un deber jurídico extrapenal. Su conceptualización nada tiene que ver con los delitos de propia mano, concepto del cual podrían concluirse ciertas restricciones en materia de autoría y participación²⁰⁷⁶. Siendo el delito de lesiones un delito de dominio, no hay razón alguna para excluir la categoría jurídico-penal de la *autoría mediata* y así lo viene reconociendo parte importante de la doctrina española²⁰⁷⁷.

2. Cabe también apreciar la *coautoría* en el delito de lesiones y ello ha sido ratificado por el TS que ha aplicado el criterio del concierto para afirmar la coautoría en el delito de lesiones, aun cuando algunos intervinientes sólo causaran un resultado lesivo constitutivo únicamente de falta²⁰⁷⁸.

²⁰⁷⁶ La autoría mediata, en cuanto autoría que es, exige en el sujeto la concurrencia de las condiciones requeridas por el tipo para ser autor. De ahí que los *delitos especiales* -los que sólo pueden cometer determinados sujetos- no puedan ser cometidos en autoría mediata por quien no reúna la cualificación necesaria. En cambio, sí cabe en tales delitos la autoría mediata por parte de un sujeto calificado que utiliza a otro no cualificado como instrumento. En los *delitos de propia mano* -que requieren una realización personal- no cabe en ningún caso la autoría mediata: aquí no es posible la realización del hecho mediante un instrumento. Se discute, por último, si cabe la autoría mediata en los delitos de conducta determinada, inclinándose por la negativa un sector de la doctrina española (MIR PUIG, *DP, PG*, p. 386).

²⁰⁷⁷ GONZÁLEZ RUS, "Las lesiones", op. cit., p. 148; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 66; CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, "Lesiones", op. cit., p. 139 y LUZÓN PEÑA, *problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el DP español*, op. cit., pp. 16-17.

²⁰⁷⁸ STS N° 1341/2002, de 17 de abril.

Capítulo VII

El tipo subjetivo en el delito de lesiones

SUMARIO: 1. Introducción.— 2. El principio de culpabilidad.— 3. Estructura del tipo subjetivo.— 3.1. Conducta dolosa.— 3.1.1. Concepto y esencia del dolo.— 3.1.2. Críticas al concepto tradicional de dolo.— 3.1.3. Concepciones actuales de Dolo.— 3.1.4. Momento en que debe concurrir el conocimiento requerido por el dolo.— 3.1.5. Objeto de conocimiento del dolo.— 3.1.6. Modo de conocimiento del dolo.— 3.1.7. Las formas del dolo y su superación.— 3.1.8. El dolo en el delito de lesiones.— 3.2. Conducta imprudente.— 3.2.1. Naturaleza y ubicación sistemática de la imprudencia.— 3.2.2. Incriminación.— 3.2.3. Clasificación de la imprudencia.— 3.2.4. Estructura del tipo imprudente.— 3.2.4.1. Injusto imprudente. Tipo objetivo. Infracción del deber objetivo de cuidado.— 3.2.4.1.1. La infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción) .— 3.2.4.1.2. Naturaleza de la norma de cuidado.— 3.2.4.1.3. Distinción entre deber de cuidado interno y deber de cuidado externo.— 3.2.4.1.4. Presupuesto de imputación.— 3.2.4.1.4.1. Criterio o baremo para determinar la infracción al deber de cuidado.— 3.2.4.1.4.2. Crítica al criterio del hombre medio.— 3.2.4.1.4.3. Poderes inferiores.— 3.2.4.1.4.4. Poderes superiores.— 3.2.4.1.4.5. Presupuesto del deber objetivo de cuidado: La peligrosidad.— 3.2.4.1.4.5.1. Concepto de peligro.— 3.2.4.2. Injusto imprudente. Tipo subjetivo. Infracción del deber subjetivo de cuidado.— 3.2.4.2.1. Primer criterio de delimitación: Cognoscibilidad.— 3.2.4.2.1.2. Previsibilidad individual y conocimiento.— 3.2.4.2.1.3. Cognoscibilidad: Deber subjetivo de cuidado.— 3.2.4.2.2. Segundo criterio de delimitación: Evitabilidad.— 3.2.4.2.2.1. Distinción entre dolo e imprudencia.— 3.2.4.2.2.2. Error sobre la capacidad de evitación.— 3.2.4.3. Imputación objetiva.— 3.2.4.4. La imprudencia en el delito de lesiones.— 3.2.4.4.1. Esquema general de la imprudencia en el delito de lesiones en el CPes.— 3.2.4.4.2. Imprudencia grave.— 3.2.4.4.2.1. Imprudencia profesional.— 3.2.4.4.3. Imprudencia leve.— 3.2.4.4.4. Delimitación entre la imprudencia grave y leve.— 3.2.4.4.5. Conductas imprudentes atípicas.— 3.2.4.5. Preterintencionalidad y delitos cualificados por el resultado.— 4. Combinaciones de dolo e imprudencia en general.— 4.1. Combinaciones de dolo e imprudencia en el delito de lesiones.— 5. Dolo de lesionar y dolo homicida.— 6. El tipo subjetivo en el CPch.— 6.1. La estructura general de las lesiones.— 6.2. Distinción entre el delito de lesiones simplemente graves y menos graves sólo considera desvalor de resultado.— 7. Panorama en el APCPCH.— 8. Panorama en el Derecho comparado. Conclusiones.

1. Introducción

Al igual que cualquier tipo penal, el delito de lesiones debe satisfacer los requisitos que emanan del tipo subjetivo. Es decir, para que exista responsabilidad penal, no basta que el hecho sea atribuible objetivamente a su autor, sino que además es necesario que concurra la imputación subjetiva a título de dolo, de imprudencia o bien, de dolo e imprudencia en el mismo hecho.

Aun cuando el CPes de 1995 mantuvo, en líneas generales, la regulación del delito de lesiones establecida en la Ley 3/21 de junio de 1989, que mejoró substancialmente la redacción de los tipos penales con la finalidad de hacerla más acorde con el principio de culpabilidad, no es posible desconocer que el sistema sigue otorgando un valor preferente al resultado lesivo en desmedro de las consideraciones

que apuntan al desvalor de acto. Como vimos en el capítulo anterior, en el acápite sobre la tentativa en el delito de lesiones, ello genera una serie de problemas a la hora de considerar la posibilidad apreciar la tentativa de lesiones del art. 148.1, cuando pese a la gravedad de los medios utilizados para llevar a cabo la conducta típica, el resultado sólo corresponde al de una falta de lesiones, pero ello no es todo, toda vez que el acento sobre el resultado dificulta, por ejemplo, la aplicación del concurso entre un delito doloso y otro imprudente cuando ambos concurren en el mismo hecho.

A estos problemas dedicaremos las siguientes líneas. Para ello partiremos por referirnos brevemente al principio de culpabilidad a fin de establecer los límites que implica a la hora de establecer la responsabilidad penal, en un Estado social y democrático de Derecho.

2. El principio de culpabilidad

El término culpabilidad es utilizado en múltiples sentidos y niveles, tales como una acepción opuesta a la inocencia²⁰⁷⁹, como garantía constitucional²⁰⁸⁰, como una categoría del delito (culpabilidad o imputación personal) que fundamenta o excluye la pena²⁰⁸¹, como elemento a graduar en la determinación de la pena²⁰⁸², como responsabilidad por el hecho y la consiguiente exclusión del DP de autor²⁰⁸³, como *principio de culpabilidad en sentido estricto*²⁰⁸⁴ etc., en este acápite la utilizaremos únicamente para referirnos a la necesidad de imputación subjetiva del hecho a su autor,

²⁰⁷⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 123 y ss.

²⁰⁸⁰ Así, acorde con el aforismo *no hay pena sin culpabilidad* se trata a la culpabilidad como fundamento y límite de la potestad punitiva del Estado, de la justificación interna de la intervención estatal que la pena conlleva, y de la legitimidad misma del DP de culpabilidad (COUSO SALAS, *Fundamentos del DP de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 46).

²⁰⁸¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 126.

²⁰⁸² Corresponde a la garantía de la determinación de la pena según la medida de la culpabilidad (COUSO SALAS, *Fundamentos del DP de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, op. cit., p. 46), acorde con la cual, *la pena ha de ser proporcional al grado de responsabilidad subjetiva*, a la gravedad del desvalor subjetivo de la acción; por lo cual, como regla general, la comisión imprudente de un hecho no se puede penar igual, sino menos que la comisión dolosa (LUZÓN PEÑA, *Curso del DP, PG*, op. cit., p. 535).

²⁰⁸³ El *DP del hecho*, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser como sucede en un *DP de autor* que adhiere a la teoría de los *tipos de autor*, en los cuales en lugar de castigar el homicidio, el hurto, las falsedades, etc. (tipos de conductas), se castiga al *homicida*, al *ladrón*, al *falsificador*, etc. (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 134).

²⁰⁸⁴ Luzón Peña prefiere utilizar el término responsabilidad subjetiva o responsabilidad por el desvalor subjetivo de la acción y critica a la doctrina tradicional por englobar este principio bajo la rúbrica amplia del *principio de culpabilidad*, dándole un doble significado: 1.º) exigencia de culpabilidad del sujeto por el hecho (imputabilidad, conciencia —potencial al menos— de la antijuridicidad, exigibilidad individual, ausencia de causas de exculpación) con adecuación al grado, pleno o disminuido, de culpabilidad; y 2º) exigencia de responsabilidad subjetiva (desvalor de la acción: dolo o imprudencia) y adecuación a su gravedad. Sin embargo, sostiene que esta denominación era lógica cuando se trataba el dolo y la imprudencia como formas o grados de la culpabilidad, y sigue siendo coherente para la doctrina hoy minoritaria que aún mantiene esa concepción. Pero si se considera con la doctrina mayoritaria que dolo e imprudencia no pertenecen a la culpabilidad, sino a la parte subjetiva del injusto típico y que constituyen grados diversos del desvalor subjetivo de la acción, como es lo correcto, entonces no es coherente designar a la exigencia de dolo o imprudencia (y de proporción de la pena según concorra uno u otra) *principio de culpabilidad*, sino principio de responsabilidad subjetiva (por contraposición a la objetiva); denominación que además tiene la ventaja de la neutralidad, ya que sirve tanto para quienes piensan que esto es un problema de injusto como para quienes lo siguen considerando problema de culpabilidad (LUZÓN PEÑA, *Curso del DP, PG*, op. cit., pp. 535-536).

ya sea a título de dolo, de imprudencia o de dolo e imprudencia en un mismo hecho, es decir, como *presupuesto* de la responsabilidad penal. Por lo tanto, al referirnos al principio de culpabilidad, estaremos aludiendo a sus consecuencias como presupuesto de la pena consistentes en la necesidad de que el responsable tenga las condiciones espirituales para cumplir con el Derecho (arts. 19 y 20. 1, 2, 3 del CPes); a la necesidad de reconocer el *error sobre los hechos* y, al menos, sobre la antijuridicidad (art. 14 del CPes)²⁰⁸⁵ y, sobre todo a la *prohibición de la responsabilidad por el mero resultado o inadmisibilidad de la responsabilidad objetiva*, acorde con la cual no es posible castigar por resultados no imputables objetivamente a una conducta dolosa o imprudente del autor del hecho²⁰⁸⁶. Por lo tanto, en consonancia con el principio de culpabilidad, es insuficiente la mera producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal²⁰⁸⁷. Así, no debería prosperar la *responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado*, según la cual basta la causación de una lesión para que sea posible la responsabilidad penal, aunque el autor no hubiese podido prever dicha lesión, ni la misma se debiera a imprudencia²⁰⁸⁸. Del mismo modo, tampoco deberían existir *delitos cualificados por el resultado* que son aquellos en que la pena conminada por la comisión dolosa de una conducta se exaspera si, a causa de ella, se producen resultados más graves, aunque no hayan sido previstos por el agente e, incluso, cuando ni siquiera fueron previsibles²⁰⁸⁹. En estos casos, por producirse un resultado más grave, el hechor debe sufrir una pena mayor, aunque no sea el culpable de ese resultado, lo que supone imponer una responsabilidad penal que no requiere dolo ni imprudencia²⁰⁹⁰. El principio de culpabilidad, ha sido vulnerado con frecuencia en muchos Códigos por contener, como ocurría anteriormente en el CPes, vestigios de la idea del *versari in re illicita*, formulada por canonistas y juristas medievales según la cual, si la actuación inicial es ilícita, se responde de todas sus consecuencias aunque sean imprevisibles o fortuitas; en efecto, la formulación completa del principio del *versari* era: *versari (o qui versatur) in re illicita, respondeat etiam pro casu*, o sea, tratándose de una materia, de una actuación ilícita, se responderá incluso del caso fortuito (esto es, se responderá de sus consecuencias, incluso de las imprevisibles o producidas por caso fortuito)²⁰⁹¹. Por lo tanto, hoy el que ejecuta una conducta antijurídica, no debería responder, a título de dolo, por todas las consecuencias que deriven de ella, aun cuando sean imprevisibles y no dominables por el agente²⁰⁹². Además, desde un punto de vista penológico, la pena del delito doloso debe ser mayor que la del delito imprudente y si ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto actuó con el cuidado que le era exigible, no cabe imponer pena alguna²⁰⁹³.

²⁰⁸⁵ BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., p. 170.

²⁰⁸⁶ CORCOY BIDASOLO, "Fallo: A. Cabello, Salvador. Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?", Documento inédito, p. 3 y BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., p. 170 y LUZÓN PEÑA, Curso del DP, PG, op. cit., p. 535.

²⁰⁸⁷ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., pp. 125-126.

²⁰⁸⁸ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., pp. 125-126. Por lo tanto, no se puede castigar por un resultado que no esté abarcado por el dolo o la imprudencia del sujeto (CORCOY BIDASOLO, "Fallo: A. Cabello, Salvador. Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?", op. cit., p. 4)

²⁰⁸⁹ CURY URZÚA, DP, PG, op. cit., p. 347.

²⁰⁹⁰ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., pp. 125-126.

²⁰⁹¹ LUZÓN PEÑA, Curso del DP, PG, op. cit., p. 536 y MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 135.

²⁰⁹² CURY URZÚA, DP, PG, op. cit., pp. 342-343.

²⁰⁹³ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., pp. 125-126.

3. Estructura del tipo subjetivo

Con las expresiones dolo e imprudencia, es denominada la *imputación subjetiva* de la conducta objetivamente típica²⁰⁹⁴.

El tipo subjetivo en el delito de lesiones admite tanto comisión dolosa como imprudente. En cuanto a la comisión imprudente, el delito de lesiones permite albergar en su seno, tanto conductas constitutivas de imprudencia consciente como inconsciente. Por último, cabe la posibilidad de apreciar la concurrencia en un mismo hecho, de dolo e imprudencia.

Al tratar el dolo y la imprudencia como elementos del tipo, nos estamos adhiriendo, evidentemente a la noción de *dolo natural* por oposición al concepto de *dolo valorado* o *dolus malus* proveniente de la teoría psicológica de la culpabilidad y que incluye en su seno a la conciencia de la antijuridicidad²⁰⁹⁵.

²⁰⁹⁴ ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del CP alemán*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 22.

²⁰⁹⁵ La teoría psicológica de la culpabilidad, planteada por Von Liszt, propia de la escuela positivista, sostenía que la culpabilidad es un vínculo subjetivo de carácter psicológico entre la acción, el resultado y el sujeto que la realiza, por lo tanto, todo lo subjetivo del delito se analiza en la culpabilidad. Así, para Von Liszt, la culpabilidad en sentido estricto es la relación subjetiva entre el acto y el autor (VON LIZT, *Tratado de DP*, Buenos Aires, 2007, p. 388). La acción queda reducida a un proceso causal originado en un impulso voluntario y la *imputabilidad* es un presupuesto y no un elemento de la culpabilidad, y está fuera de ella (BELING, *Esquema de DP. La doctrina del delito tipo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, pp. 31-32). La culpabilidad se encuentra comprendida por el *dolo* y la *culpa*, los cuales son especies o grados de culpabilidad. El dolo exige el elemento representativo, comprendido por el conocimiento de las circunstancias de hecho típicamente relevantes y por la conciencia de la antijuridicidad de la acción (*dolo valorado* o *dolus malus*) y el elemento Volitivo (*dolo directo*, de las consecuencias necesarias y eventual). En la culpa inconsciente se dirige una menor reprobación al sujeto que ha procedido sin cuidado, de manera que con una atención adecuada hubiese podido evitar el error, en la culpa consciente, en cambio, la reprobación se dirige al sujeto que con una atención adecuada, habría conocido la seriedad de la situación (BELING, *Esquema de DP. La doctrina del delito tipo*, op. cit., pp. 91-93). Frank criticó esta teoría porque no permite graduar la culpabilidad, ya que, el dolo y la culpa son elementos que no admiten matices, concurren o no concurren, en cambio la culpabilidad puede graduarse, por lo tanto falta el elemento de *exigibilidad de una conducta adecuada a Derecho*. Además, los incapaces y quienes actúan en miedo insuperable pueden querer y conocer, en estos casos falta la culpabilidad pese a existir nexo psicológico entre el resultado y su autor (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 529 y ss.). El vínculo psicológico entre el autor y su hecho o entre la voluntad de su autor y el resultado, es inexistente en la *imprudencia inconsciente* (DONNA, “Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa”, incluido en GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2002, pp. 13-14). La imprudencia no consiste en algo psicológico, sino en algo normativo consistente en la infracción de la norma de cuidado (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 524). Así, la escuela neokantiana con los aportes de Goldschmidt, Freudenthal y principalmente de Frank optó por la *teoría normativa de la culpabilidad*. Reinhard Frank concibió la culpabilidad como un juicio de *reprochabilidad de carácter normativo*, acorde con el cual, para que pueda imputarse a un sujeto culpabilidad por la realización de la conducta prohibida, es necesario que este haya actuado dolosa o culpablemente y que las circunstancias concomitantes que rodean al hecho hayan sido normales. Sostiene Frank que la culpabilidad es un *juicio de reproche* dirigido al autor del hecho ilícito, porque habiendo estado en situación de conformar su conducta a los mandatos del derecho (*podía y le era exigible*) prefirió obrar en contra del derecho. Por lo tanto, para Frank, la culpabilidad *es la reprochabilidad de una conducta típica y antijurídica según libertad, fin y significado conocido o conocible* (FRANK, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2004, pp. 19-37). Goldschmidt se pregunta cuál es el carácter de la norma que sirve de base al juicio de culpabilidad y sostiene que al lado de cada *norma jurídica* que exige un comportamiento exterior conforme a derecho, y dice relación, por su carácter objetivo y general, con el injusto, hay una *norma de deber* que se dirige al individuo y le exige que “internamente” esté en condiciones de dar cumplimiento a las exigencias que le impone el orden jurídico (GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, op. cit., pp. 75-91). Esta segunda norma concierne, según Goldschmidt, a la *culpabilidad*. El fundamento normativo de la culpabilidad residiría en

la violación de esta norma de deber. De esta forma, la culpabilidad llevaría ínsito un ingrediente normativo, constituido por la norma de deber que impone la obligación de motivarse en la dirección que manda la norma jurídica. No obstante ello, la violación de la norma de deber no conduce, sin embargo, al *reproche de culpabilidad*, si del individuo no podía exigirse su cumplimiento (POLITOFF, *DP, PG*, Santiago, 2001, pp. 322-323). La culpabilidad es un juicio de reproche que se formula al autor de una conducta, por no haber motivado su voluntad ante la representación de la norma de *deber*, siempre y cuando concurra la exigibilidad, es decir, el deber de motivación ante la representación del deber, presupone un *poder* hacerlo. Una motivación anormal o la falta de libertad del sujeto conducen a la no exigibilidad y, por ende, a la exculpación. Así cobra individualidad como causa de inculpabilidad la no exigibilidad de otra conducta, la cual es una de las herramientas básicas del normativismo (NOVOA MONREAL, *Curso de DP chileno*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 212-213). Las ideas de Goldschmidt tuvieron importancia para llegar a concluir que la actuación en un estado de necesidad exculpante, previsto en el CP alemán de la época, no afectaba en absoluto el juicio de antijuridicidad y que el sujeto que actúa dolosamente, en un estado de necesidad, puede, aun así, invocar la exclusión de la culpabilidad (MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. I. p. 521). Por su parte, Freudenthal sostuvo que para el hombre común el DP se ha vuelto inaccesible. Afirma que la opinión pública considera insoportable la condena del inocente; sin embargo, los penalistas no se detienen a ver si los conceptos de dolo y culpa concuerdan con las concepciones de la opinión pública. Agrega que en más de una ocasión se declara culpable al que, en lenguaje del lego, “*nada podía hacer en lo sucedido, y ha obrado como cualquiera habría hecho en su lugar*”, no obstante, el recelo o el respeto por la especialidad es tan grande que nadie osa cuestionar sus categorías, lo cual ahonda el abismo entre el pueblo y el Derecho (FREUDENTHAL, *Culpabilidad y reproche en el DP*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2003, pp. 63-64). Señala que el legislador define el dolo como el conocimiento y la voluntad de los elementos del delito; sin embargo, el sujeto pudo haber realizado el supuesto de hecho referido en la norma consciente y voluntariamente, sin que se hubiese podido esperar de él, según las circunstancias, algo distinto que ese hecho, siendo el sujeto culpable para el jurista e inocente para el pueblo. Refiere que la jurisprudencia morigera esta situación en la determinación de la pena, pero ello no es suficiente. Dice que si bien el estado de necesidad exculpante permite una absolución para un reducido número de casos, tampoco hay aquí una solución adecuada. Por ello, sostiene que la solución sólo puede estar en la formulación del concepto de la culpabilidad, entendida como la reprochabilidad de la conducta antijurídica que se dirige al sujeto que habiéndose representado el resultado ha debido y podido obrar de otra manera, por cuanto el derecho reclama la subordinación de las decisiones de los sujetos a las regulaciones valorativas por él establecidas, siempre y cuando ello fuere posible, ya que la imposibilidad excluye la reprochabilidad jurídica. Postula que la *exigibilidad* de una conducta conforme a derecho debe entenderse como un elemento ético común al dolo y a la culpa, que constituye una exigencia jurídica para afirmar la existencia de la culpabilidad (POLITOFF, *DP, PG*, op. cit., p. 324). Así, deberá negarse el reproche y con ello la culpabilidad cuando, en consideración a las circunstancias que rodearon al hecho, no es posible exigir al autor una conducta distinta, adecuada a la norma (Se alude aquí a la teoría normativa *compleja*, por cuanto todavía incluye en su seno al dolo y la culpa. Dicha teoría evoluciona hacia la teoría normativa *pura* con Welzel, quien traslada el dolo (como dolo natural) y la culpa al tipo subjetivo. La separación del dolo y la imprudencia como elementos del ilícito, por un lado, y la conciencia del ilícito como elemento de la culpabilidad, por el otro, con la consecuencia de que se debe distinguir entre las representaciones equivocadas relevantes para el dolo, como *error de tipo* y las representaciones equivocadas relevantes sólo para la culpabilidad, como *error de prohibición*, es sin lugar a dudas, el aporte más importante de la teoría del ilícito personal (ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del CP alemán*, op. cit., p. 24). Respecto de la culpabilidad, en la actualidad mientras para un sector de la doctrina, entre los cuales se encuentra a Jescheck y Hirsch, el fundamento de la culpabilidad sigue estando en la *libertad del hombre*, para el otro sector, liderado, principalmente por Roxin y Jakobs, el fundamento filosófico de la culpabilidad está en la *prevención general* (SCHÜNEMANN, “Sobre el estado actual de la teoría de la culpabilidad”, en *Obras*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, T. I, pp. 437-464). Así, Roxin habla de “*responsabilidad*” y al respecto señala que en esta categoría se trata de determinar si el sujeto que realizó una acción típicamente antijurídica *merece* la aplicación de una sanción penal. Los presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal son, para Roxin, entre otros, la *culpabilidad*, entendida como capacidad para comprender el injusto de su actuar y de actuar conforme a esa comprensión, es decir, la imputabilidad (ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 822-823), la *posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad* y la *normalidad de la situación en la que se actúa* o exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho (ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 791). La responsabilidad depende de dos factores que deben añadirse al injusto y que son: la *culpabilidad* del sujeto y la *necesidad preventiva* (prevención general y especial) de la sanción penal, que hay que deducir de la ley. Para Roxin, a diferencia de Welzel,

3.1. Conducta dolosa

El dolo es sin lugar a dudas un tema que ha suscitado gran atención en la dogmática penal, la cual ha discutido latamente acerca de su conceptualización, esencia y, sobre todo, respecto de su delimitación con la imprudencia.

3.1.1. Concepto y esencia del dolo

Tradicionalmente el dolo ha sido definido como *conocer y querer* los elementos objetivos que pertenecen al tipo legal²⁰⁹⁶.

Atendiendo a la importancia que se asigna al elemento volitivo u objetivo del dolo, dos han sido las teorías principales que han discutido acerca de cuál es la esencia del dolo.

Para la *teoría de la voluntad o del consentimiento*, la esencia del dolo es la voluntad de realización del hecho²⁰⁹⁷ y, por lo tanto, lo que distingue al dolo eventual de la culpa consciente es que el autor *apruebe* la posibilidad del resultado, según la fórmula hipotética siguiente: si el autor hubiera podido anticiparse a los acontecimientos y hubiera sabido que su conducta había de producir el resultado típico, ¿la habría realizado igual? Si la respuesta es afirmativa, existe dolo eventual y hay culpa consciente si el autor sólo lleva a cabo su actividad abrazándose a la posibilidad de que no se produzca el delito, y diciéndose: “si yo supiese que ha de tener lugar el resultado delictivo, dejaría enseguida de actuar”, sin embargo, la *aprobación* que exige la teoría del consentimiento distingue el dolo eventual de la culpa consciente en base a una *actitud interna* del autor consecuencia inadmisibles en un DP democrático, que no castiga la esfera íntima del autor, sino sólo sus actos externos y además, esta teoría afirma el dolo eventual en supuestos de escaso peligro objetivo, si el autor no se oponía interiormente al resultado y obliga a estimar culpa consciente en actividades extremadamente peligrosas, si el autor, pese a ser consciente de su gran peligrosidad, desease que no produjese el resultado, lo cual es contradictorio con la función de protección de bienes jurídicos que corresponde al DP, de otro lado la fórmula hipotética propuesta es distinta del hecho que debe juzgarse por lo que es incorrecto compararla con las de inseguridad típica en que se cuestiona el dolo eventual y, por último, ante la duda de si se producirá un delito que no desea u otro resultado que le interesa, el sujeto puede estar dispuesto a probar suerte aun *aceptando* sin reservas que pueda producirse el delito, aun cuando éste incluso pueda perjudicar sus planes²⁰⁹⁸.

Para la *teoría de la representación* la esencia del dolo radica en la no motivación del autor ante la representación de la realización del tipo²⁰⁹⁹. Lo decisivo es el *grado de*

no interesa determinar si el sujeto podía actuar de otro modo, sino si es o no necesaria la pena. Para Jakobs, al igual que para Roxin (ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 799-800), es irrelevante el problema de la libertad (Sobre el problema de la libertad como fundamento de la culpabilidad, ver ENGISCH, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del DP*, Editorial Edeval, Valparaíso, 2006). La responsabilidad se establece con independencia de si el sujeto al momento de cometer el hecho estaba o no dotado de libertad, por cuanto se trata de un presupuesto que no es posible demostrar en el caso concreto. Lo importante es determinar si hay una alternativa de organización que sea preferible en general. El sujeto es libre no en el sentido del libre albedrío, sino en cuanto a la falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización (JAKOBS, *DP, PG*, op. cit., pp. 584 y ss.).

²⁰⁹⁶ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 314.

²⁰⁹⁷ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., pp. 315-316.

²⁰⁹⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 264.

²⁰⁹⁹ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 316.

probabilidad del resultado advertido por el autor, de manera que afirma la presencia de dolo eventual cuando el autor percibió una gran probabilidad de que se produjese el resultado, y de culpa consciente cuando la posibilidad de éste reconocida por el autor era muy lejana, de modo que lo importante es que el autor actuó pese a *conocer* el peligro inherente a la acción²¹⁰⁰. Se critica esta teoría porque resulta difícil decidir si concurre dolo eventual o culpa consciente cuando la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña y se objeta que para afirmar la presencia de dolo no basta con el *conocimiento* de la peligrosidad de una acción, sino que es preciso probar la concurrencia de una verdadera *voluntad*²¹⁰¹.

3.1.2. Críticas al concepto tradicional de dolo

Pese a que la definición tradicional de dolo requiere además de la representación o el conocimiento de la realización del tipo (elemento cognitivo), también un elemento volitivo (la voluntad), ello ha sido puesto en duda por un importante sector de la doctrina actual²¹⁰². En efecto, incluso partidarios de mantener en el concepto de dolo tanto el querer como el conocer han señalado que la voluntad que aspira a la consecución del resultado sólo es parte integrante de la forma más frecuente de dolo: la intención o dolo de primer grado, ya que en el dolo de segundo grado o de las consecuencias necesarias y en el dolo eventual el autor no pretende alcanzar el resultado sino que, simplemente, sabe que el mismo está vinculado de forma necesaria o posible con la acción desarrollada *voluntariamente*²¹⁰³.

Por otro lado, el dolo es un título de imputación y, por lo tanto, debe probarse, sin embargo, no pueden probarse las intenciones, ya que lo que el sujeto quiera o no es algo que pertenece a su fuero interno, a su intimidad psíquica, cuestión que no puede ser

²¹⁰⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 264.

²¹⁰¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 265.

²¹⁰² Así Puppe sostiene que la teoría de la voluntad no ha justificado su tesis inicial de que el dolo es querer; no lo ha hecho normativamente, ni ha definido su contenido ni lo ha mantenido en forma consecuente. Se basa en el significado del lenguaje cotidiano de la palabra *dolo*, pero defiende un concepto de dolo más amplio, que se aleja mucho de aquel. Todas las expresiones con las cuales se debería describir este concepto más amplio de querer -aceptar en la voluntad, consentir, asumir aprobarlo- son usadas de modo ambiguo, es decir, por un lado, en un sentido descriptivo-psicológico, por otro, en uno de imputación normativa. Son usadas en un sentido normativo, para construir el concepto de dolo en el sentido más amplio, y legitimar esa descripción como sustituto de la voluntad. En su aplicación al caso concreto, ellas aparecen en un sentido descriptivo-psicológico. A la postre, de la contraposición entre ilícito querido y no querido, en la que se basaría la diferencia valorativa entre dolo e imprudencia consciente, no queda nada que no sea la diferencia entre un confiar sólo vagamente en que no se realice el tipo y un confiar en ello de modo serio. Esta distinción entre lo serio y lo sólo vago, si es que tiene sentido, es demasiado insignificante como para fundamentar la diferencia valorativa entre dolo e imprudencia. Finalmente, la teoría de la voluntad también fracasa en el cometido de denotar alguna relación real que debería existir entre el sustituto de la voluntad -es decir, el confiar sólo vagamente o no confiar en absoluto en que no se realice el tipo y el hecho mismo. Los intentos al respecto, como la 1ª fórmula de Frank, la voluntad de evitación, se han revelado como inidóneos. Al respecto, se ha puesto de manifiesto que el dolo tiene que ser compatible con una voluntad decidida, en el sentido descriptivo del lenguaje cotidiano, cuyo contenido sea que el resultado no se produzca. Por tanto, el no confiar o el confiar sólo vagamente en que no se produzca el resultado, no es más que un estado espiritual del autor concomitante al hecho, sin influencia en el. Un *elemento volitivo* así definido carece de importancia para la imputación del resultado. La consecuencia práctica es la total falta de calculabilidad y la manipulabilidad de la decisión entre dolo e imprudencia, en la cual pueden influir puntos de vista político-criminales discrecionales (PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, op. cit., pp. 70-72).

²¹⁰³ Por esta razón, Jescheck, partidario de mantener ambos elementos del dolo, renuncia a dar un concepto general del mismo (JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 314-315).

objeto de valoración^{2104/2105}. Además, la *voluntad* que llevó al sujeto a actuar puede no guardar ninguna relación con la realización típica y así, por ejemplo, el sujeto puede cometer una violación *con la voluntad* de perjudicar el buen nombre del padre de la víctima al que odia, un individuo puede asaltar un banco *con la voluntad* de salir en los periódicos, etc.; sin entrar ya en finalidades más ocultas del subconsciente que podría descubrirse en el examen de la psiquis del sujeto y que, probablemente, ni siquiera él conoce²¹⁰⁶. De otro lado, la prueba de un proceso psíquico, debería fundamentarse en los indicios que muestran los hechos externos, sin embargo, para probar la existencia del elemento volitivo, sobre todo en los casos de dolo eventual, la jurisprudencia se guía en su decisión sobre la existencia o no de dolo por criterios totalmente ajenos a éste presumiéndolo en determinadas personas que por sus antecedentes, por su personalidad o por realizar una actividad no aceptada socialmente, se parte de que “querían” o “aceptaban” cualquier resultado lesivo (criterio de oportunidad extensivo) y, por el contrario, se niega el dolo respecto de aquéllas personas que realizan una actividad normal y generalmente aceptada por su utilidad social (médicos, jueces, notarios, abogados respecto de los cuales se aplica un criterio de oportunidad restrictivos), en estos casos se presume que “en ningún caso querían” y, por lo tanto, se excluye la punición dolosa por la presunción de imprudencia, tales presunciones se condicen con un DP de autor, pero que no son válidas en un DP del acto²¹⁰⁷. Tal problemática resulta insoluble para las teorías que exigen la concurrencia de elementos de índole volitiva y considerando que toda vez que un concepto que no resulte aplicable no es válido dentro de una disciplina eminentemente práctica como la dogmática penal, trae como

²¹⁰⁴ CORCOY BIDASOLO, “Fallo: A. Cabello, Salvador. Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?”, op. cit., p. 4.

²¹⁰⁵ Hruschka señala que si aceptamos que el dolo o, cuando menos, sus componentes singulares, deben incluirse en la categoría de los *hechos*, deberemos admitir también que tanto el dolo como sus componentes se presentan ante el juez encargado de valorar las pruebas y de formar con ellas su convicción con una serie de llamativas peculiaridades que los distinguen de los hechos *externos*. Así sucede con el *elemento volitivo*, que es tratado por la actual doctrina procesalista alemana como un componente del dolo que ostenta *el mismo rango* que el denominado elemento cognitivo. Hruschka afirma que con semejante equiparación se pasa por alto que entre estos dos elementos existe una relación de dependencia según la cual, siempre que un autor lleva a cabo una determinada conducta bajo unas determinadas circunstancias, conociendo el carácter de la acción y las circunstancias, quiere también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión. De acuerdo con la relación de implicación según la cual, siempre que alguien lleva a cabo una conducta determinada bajo determinadas circunstancias conociendo las características tanto de la conducta como de las circunstancias, quiere a la vez realizar la conducta con dichas circunstancias, cuando alguien ha realizado un hecho siendo consciente de tal realización y de sus circunstancias relevantes, pero sostiene que no quiso realizarlo, incurre en un *venire contra factum proprium* y, por lo tanto, en una auto-contradicción pragmática. Hruschka agrega que cuando un juez está convencido de que el acusado ha cometido el hecho y de que al cometerlo era consciente de tal hecho y de sus circunstancias relevantes, queda también plenamente demostrado que quiso cometer el hecho en cuestión y por ello no es casual que una teoría sustantiva más reciente, bastante extendida, elimine el elemento volitivo de la definición del dolo y lo defina recurriendo sólo al elemento cognitivo. Con ello no se está negando que el dolo contenga un elemento volitivo, sino sólo la igualdad de rango sugerida por la fórmula usual de dolo como conocer y querer la realización del tipo con su inalterada conjunción de estos dos elementos (HRUSCHKA, “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y DP. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 146-148).

²¹⁰⁶ CORCOY BIDASOLO, “Fallo: A. Cabello, Salvador. Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?”, op. cit., p. 7.

²¹⁰⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 267-269. En el mismo sentido, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 2004, pp. 172-174.

consecuencia la necesidad de prescindir de elementos volitivos, al menos con el contenido que le dan las teorías del consentimiento²¹⁰⁸.

3.1.3. Concepciones actuales de Dolo

Las críticas respecto del elemento volitivo del dolo, han traído como consecuencia un notorio alejamiento de la teoría del consentimiento, percibiéndose en la actualidad una tendencia a reducir al máximo o, en parte de la doctrina, incluso excluir el elemento volitivo del dolo y así, por ejemplo, Gimbernat, propone un dolo reducido a la representación del sujeto, con la llamada *teoría de la probabilidad*²¹⁰⁹. Luzón Peña, con su *teoría restringida del consentimiento o aceptación*, sugiere mantener la teoría de la voluntad, pero sosteniendo que la aceptación no se excluye por una confianza irracional en la no producción del hecho²¹¹⁰. Mir Puig, afirmando que el dolo eventual requiere un *querer* o *aceptar*, sostiene que dicha forma de querer concurre *necesariamente* siempre que se impulsa o mantiene voluntariamente la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto²¹¹¹. La aceptación de la concreta probabilidad de que se realice el peligro es necesaria para el dolo eventual, pero sólo si no se exige la aceptación del *resultado* delictivo, sino sólo de la *conducta* capaz de producirlo²¹¹². El dolo se exige como elemento de la conducta peligrosa *ex ante*, que no incluye el resultado y supone el conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido²¹¹³. Frisch, sostiene que para admitir el actuar doloso, se requiere la aprehensión del peligro típicamente desaprobado por parte del autor; lo que significa que éste debe haber captado en su comportamiento todo aquello que sustenta el juicio de desaprobación típico, habiendo debido captar la conducta en su idiosincrasia normativamente relevante²¹¹⁴. La captación de este sustrato que soporta el juicio normativo del ordenamiento jurídico resulta imprescindible, y también suficiente²¹¹⁵. Materialmente, esto significa que el autor tiene que haber apreciado no sólo que su comportamiento entrañaba la posibilidad de desencadenar consecuencias típicas; sino que debe añadirse la captación de aquellos datos imprescindibles para calificar la conducta como creación de riesgo desaprobada: esto es, que determinado objeto de bien jurídico ha sido expuesto, mediante la conducta, a un curso causal incontrolable; que se trata de riesgos a los que uno suele ajustarse en el sentido de evitarlos, y no sólo de riesgos que uno asume como riesgos generales de la vida²¹¹⁶. Bacigalupo, en cambio, prescinde de elementos volitivos en su concepto de dolo, afirmando que éste se caracteriza por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido²¹¹⁷. Quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, obra con dolo, pues sabe lo que hace, pero si ignora la creación de este peligro concreto de realización del tipo

²¹⁰⁸ RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 199.

²¹⁰⁹ Citado por BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., pp. 318-319.

²¹¹⁰ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP*, op. cit., p. 426.

²¹¹¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 266.

²¹¹² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 266.

²¹¹³ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 265.

²¹¹⁴ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., p. 621.

²¹¹⁵ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., p. 621.

²¹¹⁶ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., p. 622.

²¹¹⁷ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., pp. 316-317.

objetivo o tiene un error sobre el mismo obrará imprudentemente²¹¹⁸. Obra con dolo quien sabe lo que hace, es decir, quien actúa conociendo el peligro concreto que genera su acción²¹¹⁹. El dolo, por lo tanto, sólo depende del conocimiento del autor de la peligrosidad concreta de la realización del tipo²¹²⁰. También concibe el dolo exento de elementos volitivos Silva Sánchez, al sostener que en lo relativo al contenido del dolo, debe optarse por un contenido cognoscitivo, ya que la voluntariedad no es elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes, siendo lo específico del dolo frente a la imprudencia, que el sujeto que actúa dolosamente *conoce* el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado^{2121/2122}.

En esta investigación, seguiremos la tesis referida por Corcoy Bidasolo para quien, de acuerdo con una concepción objetiva del injusto, como injusto del hecho, la prohibición se fundamenta en la peligrosidad *ex ante* de la conducta para el bien jurídico protegido, conocida por el autor, es decir, el desvalor de acto se fundamenta en la creación de un riesgo típicamente relevante conocido por el agente y, por lo tanto, es irrelevante la intención del autor que le mueve a actuar²¹²³. La misma conclusión se obtiene desde una teoría imperativa de las normas, acorde con la cual, las normas penales deben entenderse como imperativos de prohibición o de mandato, establecidos con la finalidad de motivar al ciudadano en orden a que se abstenga de llevar a cabo conductas externas idóneas para lesionar bienes penalmente tutelados²¹²⁴. La *voluntad* del dolo se puede comprender en el sentido de *comportamiento voluntario*, como presupuesto general de toda clase de tipos, cuya exigencia implica la conciencia del autor de sus propios actos, que conlleva la ausencia de comportamiento en los casos en que no concurre, como son los supuestos de fuerza irresistible, inconsciencia y actos reflejos y que se relaciona con los conocimientos que el sujeto tenga sobre la relevancia del riesgo propio de su conducta, así, en el *delito doloso*, el contenido de la voluntad del autor, consiste en la existencia de un comportamiento voluntario unido al conocimiento de la relevancia típica de su conducta²¹²⁵. El sujeto reconoce que el riesgo ínsito en su conducta constituye la probabilidad de lesionar un bien jurídico, razón por la cual, en el delito doloso es mayor la contradicción de la norma y el desvalor del injusto en comparación al delito imprudente, dado el distinto nivel de conocimiento existente en uno y otro caso, en el *delito imprudente* en cambio, el sujeto o bien no conoce la idoneidad de su conducta para producir el resultado típico (imprudencia inconsciente)

²¹¹⁸ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 317.

²¹¹⁹ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 317.

²¹²⁰ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., pp. 320.

²¹²¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al DP contemporáneo*, op. cit., p. 401.

²¹²² Sostienen también conceptos de dolo carentes de elementos volitivos o con este elemento reducido a la mínima expresión para que concurra la acción en tanto acción voluntaria, RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 353; KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo”, en KINDHÄUSER, POLAINO - ORTS Y CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en DP*, Editorial Jurídica Grijley EIRL, Lima, 2009, pp. 173 y ss.; JAKOBS, *DP, PG*, op. cit., pp. 312-316; STRUENSEE, “Consideraciones sobre el dolo eventual”, en *InDret*, Barcelona, 2009, pp. 10-12, documento disponible en internet, página www.indret.com; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del CP alemán*, op. cit., pp. 41 y ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de acción*, op. cit., pp. 207-210; MAGARIÑOS, *El límite entre el dolo y la imprudencia*, Buenos Aires, 2010, pp. 18 y ss.; entre otros.

²¹²³ MIR PUIG, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, *ADPCP*, 1988, p. 663.

²¹²⁴ CORCOY BIDASOLO, “Fallo: A. Cabello, Salvador. Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?”, op. cit., p. 4.

²¹²⁵ CORCOY BIDASOLO, “Fallo: A. Cabello, Salvador. Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?”, op. cit., p. 8.

pudiendo y debiendo conocerla o bien, conociéndola, yerra sobre la virtualidad concreta de la peligrosidad inherente a su conducta o sobre su capacidad de evitación (imprudencia consciente)²¹²⁶.

3.1.4. Momento en que debe concurrir el conocimiento requerido por el dolo

La determinación de la existencia de dolo ha de considerarse *ex ante*, en el momento en que se desarrolla la conducta del sujeto, siendo irrelevante un dolo antecedente o subsiguiente, el dolo es conocimiento *ex ante* por el autor del efectivo riesgo concurrente en su conducta²¹²⁷. El elemento cognitivo del dolo requiere por lo tanto, un conocimiento actual es decir presente²¹²⁸.

La creación de un riesgo típicamente relevante, examinado *ex ante* y comprendido por el aspecto subjetivo: dolo o infracción del deber subjetivo de cuidado, es el contenido del injusto típico doloso e imprudente, respectivamente²¹²⁹.

3.1.5. Objeto de conocimiento del dolo

El dolo debe de abarcar los elementos contenidos en la *situación objetiva descrita por el tipo de injusto*, consistente en la *creación de un riesgo típicamente relevante*, derivado de los hechos externos peligrosos, por lo tanto, el dolo abarca el conocimiento de los elementos típicos que constituyen el injusto, tanto *descriptivos* como *normativos* y tanto *esenciales* como *accidentales*²¹³⁰. El objeto del dolo es la *conducta*, no el resultado ni la relación de riesgo (o el curso causal), ya que éstos no pertenecen al injusto y además aún no han acaecido al momento de llevar a cabo el comportamiento²¹³¹. Sin embargo, el conocimiento del riesgo típico implica el conocimiento de su idoneidad para producir un determinado resultado, por consiguiente, si se conoce el riesgo pero no su idoneidad no hay dolo respecto del resultado, sin embargo ello no significa negarle importancia al resultado, ya que siendo, el objeto del

²¹²⁶ CORCOY BIDASOLO, “Fallo: A. Cabello, Salvador. Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?”, op. cit., pp. 8-9.

²¹²⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 256.

²¹²⁸ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., pp. 321.

²¹²⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 256.

²¹³⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 253.

²¹³¹ En tal sentido Silva Sánchez afirma que el *objeto* del dolo viene constituido por la conducta penalmente típica en tanto que ésta contiene un riesgo relevante de lesión de bienes jurídico-penales; ni el proceso causal, ni la relación de imputación (objetiva) del resultado en sentido estricto, ni el resultado, quedan dentro de su ámbito; sí, en cambio, todos los elementos de la conducta que hacen de ésta una conducta *ex ante* penalmente relevante. Asimismo, es objeto del dolo la situación de no justificación, que, unida a la conducta peligrosa (fundamento del injusto penal), conforma el comportamiento penalmente antijurídico (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al DP contemporáneo*, op. cit., p. 401). El injusto es injusto de la conducta. El carácter injusto de una conducta viene dado por la presencia en ella de riesgos para bienes jurídicos. El dolo, al deber referirse a los elementos típicos en tanto que constitutivos de lo injusto, debe abarcar tales riesgos para determinar la existencia de un injusto doloso. La punición por delito doloso consumado exige que se produzca un resultado y que este resultado represente precisamente la realización del riesgo abarcado por el dolo. Una conducta puede contener varios riesgos. De ser así, la responsabilidad por delito doloso consumado requiere que el dolo haya abarcado el riesgo que se ha realizado en el resultado y no otro. Expresado a la inversa, el resultado debe ser exacta realización del riesgo abarcado por el dolo y no de otro riesgo presente en la conducta del sujeto. Sólo así será el resultado prueba del injusto doloso existente en ella. La derivación de consecuencias prácticas de estas ideas exige la precisión de que son *riesgos distintos* dentro de una conducta (SILVA SÁNCHEZ, “Aberratio ictus e imputación objetiva”, en *ADPCP*, 1984, p. 370).

dolo el riesgo propio de la conducta y exigiendo el conocimiento de ese riesgo típicamente relevante, el sujeto ha previsto el resultado, de manera que el resultado previsible está implícito en el riesgo conocido por el autor, es decir, el conocimiento propio del hecho doloso comprende la *previsibilidad individual del resultado*²¹³². En la culpa consciente, junto a la previsibilidad del resultado por el agente, se ha de constatar la exclusión en su conciencia de la efectiva realización, así las cosas, el *dolo* es conocimiento *ex ante* por el autor del efectivo riesgo concurrente en su conducta y la *culpa consciente*, supone conocimiento del riesgo pero error sobre su efectividad²¹³³.

3.1.6. Modo de conocimiento del dolo

El modo de conocimiento de los elementos del tipo objetivo depende de su naturaleza. El conocimiento de los elementos descriptivos del tipo requiere que estos hayan sido percibidos por los sentidos del autor²¹³⁴. Los elementos normativos, en cambio, se comprenden en su significación y, por ende su concurrencia o no, depende de una valoración espiritual²¹³⁵. Los elementos normativos pueden ser jurídicos o culturales, los elementos normativos jurídicos, son aquellos que requieren de una valoración jurídica, sin embargo, este conocimiento no debe ser técnico-jurídico; de lo contrario, sólo los juristas podrían obrar con dolo²¹³⁶. Es suficiente la concurrencia de la fórmula ideada por Mezger, consistente en la “valoración paralela en la esfera del profano”, lo cual significa que basta que se conozca el significado que posee el elemento normativo al nivel del profano, es decir, del no especialista e, incluso, debe acudir al nivel social en que se halla el autor²¹³⁷. No es preciso, sin embargo, que el sujeto efectúe una calificación jurídica correcta de los hechos, si no que es necesaria su comprensión al nivel social al que pertenezca y, por lo tanto, el error de subsunción no excluye el dolo, aun cuando puede dar lugar a un error de prohibición²¹³⁸. Los elementos normativos sociales o culturales, son aquellos que aluden a una realidad determinada por una norma social o cultural y, por lo tanto, requieren de una valoración de esta especie, por parte del autor²¹³⁹. Del mismo modo, los elementos objetivos de las circunstancias agravantes, dado que integran el tipo objetivo (sean genéricas o específicas), deben ser conocidos por el autor²¹⁴⁰.

3.1.7. Las formas de dolo y su superación

Tradicionalmente se reconocen tres formas de dolo: dolo directo de primer grado; dolo directo de segundo grado y dolo eventual. En el *dolo directo de primer grado o intención* el autor *persigue* la realización del delito siéndole indiferente saber seguro o estimar sólo como posible que se va a producir el delito y que ello sea el único fin que mueve su actuación: el delito puede *perseguirse* sólo como medio para otros

²¹³² CORCOY BIDASOLO, “Fallo: A. Cabello, Salvador. Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?”, op. cit., p. 10.

²¹³³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 253.

²¹³⁴ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 321.

²¹³⁵ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 306.

²¹³⁶ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 321.

²¹³⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 260.

²¹³⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 260.

²¹³⁹ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 306; MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 232 y BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 321.

²¹⁴⁰ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 323.

finés, y seguirá habiendo dolo directo de primer grado²¹⁴¹. Es la única forma de dolo que requiere un complemento volitivo o una relación volitiva del autor con las consecuencias de su acción²¹⁴² y por ello, se dice que sería posible entender que la intención, es un elemento agravatorio del injusto, que convierte al dolo directo de primer grado en un *dolo cualificado* y no un elemento esencial del concepto de dolo, mientras que, el dolo eventual, pasaría a constituir la modalidad básica de dolo, puesto que contiene todos los elementos esenciales de éste²¹⁴³. En el *dolo directo de segundo grado o de las consecuencias necesarias* el autor no busca la realización del tipo pero sabe y advierte como *seguro* (o *casi seguro*) que su actuación dará lugar al delito²¹⁴⁴. El autor no persigue la comisión del delito, pero se le representa como consecuencia necesaria²¹⁴⁵. En tanto conocida la consecuencia accesoria como necesaria, es suficiente para considerar que ha sido dolosamente producida²¹⁴⁶. En el dolo eventual el resultado se le aparece al autor como posible²¹⁴⁷. El problema es diferenciar al dolo eventual de la imprudencia inconsciente como vimos en los acápites anteriores, toda vez que en la imprudencia consciente el autor también se representa el delito como posible y tampoco desea el resultado²¹⁴⁸.

Sin embargo, atendiendo esta clasificación del dolo a criterios volitivos, Bacigalupo estima que la teoría de las formas del dolo puede considerarse superada una vez que se ha eliminado el *elemento volitivo* del dolo, ya que en la medida en la que todas las *formas de dolo* tienen el denominador común del conocimiento del peligro concreto ya no tendría razón de ser más que una única forma de dolo²¹⁴⁹. Desde la perspectiva de este concepto de dolo resulta sumamente simple la distinción entre dolo culpa²¹⁵⁰. A partir de la concepción del dolo eventual como conocimiento de que el resultado no es improbable, Bacigalupo sostiene que sólo cabe admitir como culpa la inconsciente, es decir aquella en la que el autor no tuvo ese conocimiento y agrega que la distinción entre dolo y culpa no se debe buscar en la antinomia *voluntario e involuntario* sino en el par de conceptos *conocimiento y desconocimiento*²¹⁵¹.

3.1.8. El dolo en el delito de lesiones

El CP de 1995 siguió en materia de lesiones la línea marcada por la Ley 3/21 de junio de 1989, la cual pretendió realizar un cambio importante en el tratamiento del delito de lesiones, al establecer una regulación más respetuosa del principio de culpabilidad, ya que, la legislación anterior a 1989 se basaba en un sistema extremadamente determinado por el resultado, sobre la base de un *dolo general* y las denominadas *tarifas de sangre*²¹⁵². Antes de la mencionada reforma hubo Proyectos

²¹⁴¹ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 261.

²¹⁴² BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., p. 323.

²¹⁴³ CORCOY BIDASOLO, "Fallo: A. Cabello, Salvador. Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?", op. cit., p. 10 y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al DP contemporáneo*, op. cit., pp. 401-402.

²¹⁴⁴ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 262.

²¹⁴⁵ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 262.

²¹⁴⁶ BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., pp. 323-324.

²¹⁴⁷ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 262.

²¹⁴⁸ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., pp. 262 y ss.

²¹⁴⁹ BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., p. 324.

²¹⁵⁰ BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., p. 324.

²¹⁵¹ BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., p. 324.

²¹⁵² GARCÍA Y GARCÍA-CERVIGÓN, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 207.

cuyos preceptos también inciden en el tema del dolo²¹⁵³. No obstante es la ley de 1989, la que tiene verdadera incidencia en el tipo subjetivo del delito de lesiones, implicando un intento por superar las dificultades en la problemática que dogmáticamente planteaba la imputación subjetiva en el delito de lesiones²¹⁵⁴. Sin embargo, no es posible desconocer que la actual regulación del delito de lesiones sigue centrando su atención en el desvalor de resultado, aun cuando es indudable que se ha mejorado la redacción de los tipos penales, por ejemplo, con la eliminación de la referencia a los días que las lesiones tardan en sanar y a los medios determinados de comisión, y se han incorporado disposiciones que consideran en mayor medida el desvalor de acto, tales como el art. 147.2 y el art. 148.1. Además, es indispensable que la regulación del delito de lesiones sea interpretada en concordancia con el principio de culpabilidad, contemplado expresamente en el art. 5 que prescribe: “*No hay pena sin dolo o imprudencia*”, y con el art. 10 del CPes, que refiere: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”. Por lo tanto, a partir de las disposiciones antes transcritas, debería prevalecer la prohibición de *responsabilidad objetiva por el resultado* y de los *delitos calificados por el resultado*²¹⁵⁵.

Tanto en el tipo básico (art. 147) como en los tipos cualificados de lesiones (arts. 148, 149 y 150) se tipifican conductas dolosas²¹⁵⁶, ya sea que se lleven a cabo con dolo directo o con dolo eventual^{2157/2158}. El tipo doloso en el delito de lesiones requiere que el

²¹⁵³ GARCÍA Y GARCÍA-CERVIGÓN, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 207.

²¹⁵⁴ GARCÍA Y GARCÍA-CERVIGÓN, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 207.

²¹⁵⁵ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., pp. 151-152; CORCOY BIDASOLO, “Fallo: A. Cabello, Salvador. Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?”, op. cit., p. 3 y BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 170.

²¹⁵⁶ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 122; FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 67; TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 110; CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., pp. 139 y ss. y SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 106; DIEZ RIPOLLÉS Y GRACIA MARTÍN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 377; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 215; SUAREZ MIRA (Coord.), “Las lesiones”, op. cit., p. 88; QUERALT JIMÉNEZ, *DP español, PE*, op. cit., pp. 111 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, p. 91 y CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO (Coord.), *CP comentado*, op. cit., pp. 282-283.

²¹⁵⁷ SUAREZ GONZÁLEZ, “De las lesiones”, op. cit., p. 431 y ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 215.

²¹⁵⁸ Es frecuente la comisión mediante dolo eventual. Así, la STS de 13 junio 1997 se ocupa de un supuesto de lesiones con dolo eventual, afirmando que: “La descripción del escenario y de la secuencia de los acontecimientos nos sitúan ante una acción imputable a título de dolo eventual. El acusado empuña el arma para reducir y convencer a la persona que pensaba detener para que no ofreciese resistencia y, creyéndose en peligro, dispara sin dirigir el arma hacia el pecho y a una distancia de la víctima que se fija en la sentencia en cincuenta centímetros. No sólo por su profesión de policía, sino también por el conocimiento natural que se tiene de las consecuencias del manejo de un arma de fuego, el acusado se representó sin duda que la acción de disparar entrañaba un grave peligro para producir no ya las lesiones sino también incluso la muerte a pesar de lo cual asume la eventualidad, altamente probable de que, al menos, se ocasionaran resultados lesivos”. Del mismo modo en STS de fecha 20 de septiembre de 2005, el TS acogió la tesis del dolo eventual al sostener que: “El conocimiento que tenía el acusado de que con su acción, un fuerte puñetazo en la zona de la mandíbula, creaba una situación de peligro concreto con alta posibilidad de que se produjera el resultado de la fractura ósea y consiguientes lesiones deformantes y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionaran, entrañaba una rectificación y aceptación del resultado aunque no fuese directamente querido” (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 106).

Aceptando el dolo eventual y la teoría de la voluntad se pronuncia la STS de 3 de octubre de 2001, al afirmar que: “Si conociendo tales circunstancias, el agente realiza la acción peligrosa, es indudable que también ha tenido voluntad de producir su resultado (STS de 30 de septiembre de 1991), y que el *animus laedendi* integrante del dolo genérico de lesiones contiene siempre (excepcionados algunos supuestos como los de los arts. 418 y 419 del CP) un elemento de eventualidad, referido a la mayor o menor entidad

autor realice una conducta voluntaria -entendida simplemente como presupuesto general de toda clase de tipos-, con el conocimiento *ex ante* de que su comportamiento es portador de un peligro idóneo para lesionar el bien jurídico de la salud individual de otra persona con una cierta intensidad.

Habiéndose concebido el delito de lesiones como un tipo penal de *medios abiertos*, el dolo debe abarcar el conocimiento *ex ante* de la idoneidad de la conducta típica comisiva u omisiva, para producir el resultado lesivo para el bien jurídico de la salud individual de otra persona. El sujeto activo percibe la entidad del peligro inherente a su conducta, a pesar de lo cual la realiza (*comisión activa*) o lleva a cabo una acción distinta de la ordenada por la norma imperativa (*comisión por omisión*).

Por tanto, en el delito de lesiones, el dolo comprende la conciencia de la concurrencia de los elementos objetivos descriptivos y normativos de la conducta típicamente relevante, idónea para provocar el resultado lesivo para el bien jurídico de la salud individual, pese a lo cual, el sujeto decide llevar a cabo dicho comportamiento. El *elemento intelectual* del dolo se concreta en primer término en el conocimiento de los

de la lesión que en definitiva se cause, pero no a la propia lesión, que se quiere y se busca causar con el acto agresivo y que se acepta, cualquiera que sea su gravedad, mientras ésta se encuentra dentro de los términos de la probabilidad del resultado concreto (STS de 20 de enero de 1993)".

Aceptando el dolo eventual y adhiriendo a la teoría del conocimiento se pronuncia la STS de 20 de septiembre de 2001, al sostener que: "Cuando el sujeto activo conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción que pone en riesgo específico la integridad corporal del otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo, pues sabe lo que hace y de dicho conocimiento o actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado que constituye consecuencia natural adecuada y altamente probable de la situación de riesgo, que colocó a la víctima; en nuestro caso, propinándole violentos golpes en el cuerpo y en particular en el abdomen".

Adhiriendo a la teoría de la representación pero con un criterio en excesivamente laxo, se manifiesta la STS de 5 de septiembre de 2001, al sostener que: "No es ocioso recordar la supresión realizada por el legislador de la expresión "de propósito" que figuraba en los arts. 418 y 419 del CP de 1973, sustituyéndola por la más genérica de "causare a otro", lo que ha hecho que la doctrina y la jurisprudencia coincidan en afirmar que el nuevo Código no exige en estos tipos delictivos un dolo directo o específico, siendo suficiente para su aplicación que el resultado esté abarcado por el dolo eventual. Además, constituye el delito de lesiones uno de los que más profusamente se comete mediando esta clase de dolo. Así, quien dirige voluntariamente un contundente y enérgico golpe contra la cara de otro, puede esperar que dañe seriamente un ojo, hasta el punto de perder la visión; le parta la ceja, y sea necesario aplicar puntos de sutura; o le cuartee uno o varios incisivos; o simplemente precise el ofendido primera asistencia facultativa. El riesgo o peligro ínsito en la acción realizada permite representarse tales resultados, por ser la conducta desplegada adecuada para producirlos. Lo característico de este tipo de dolo es la variabilidad de los resultados esperables. Consecuentemente, cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no puede controlar, debe responder de los resultados lógicos y propios del peligro creado, aunque no persiga tal resultado típico. El dolo eventual (STS de 23 de abril de 1992), por tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor".

Según STS N° 625/2003, de 28 de abril, "El elemento subjetivo del injusto en el delito de lesiones, constituido por el *animus laedendi* se satisface no sólo con el dolo directo o propósito decidido de causar un daño en la salud física o mental de la víctima, sino también con el dolo eventual que concurrirá cuando el agente ha previsto o podido prever el resultado lesivo de su acción como posible y probable y, sin embargo, realiza la acción que lo genera, sin que, por otra parte, sea necesaria una representación mental del concreto resultado dañoso producido, bastando la previsibilidad de ocasionar con la acción ejecutada daños físicos o lesiones psíquicas *in genere*". Según STS N° 1238/2003, de 3 de octubre, "El dolo consiste en el conocimiento del peligro concreto generado por la acción voluntaria del autor. De acuerdo con lo señalado en STS N° 1454/2002, de 13 de septiembre, "Se admite la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor" (RODRÍGUEZ RAMOS, *CP comentado*, op. cit., pp. 367-368).

elementos *objetivos descriptivos*. Así, al momento de iniciarse la conducta típica, el sujeto activo deberá saber que ante sí tiene un “otro”, es decir, una persona con vida humana independiente y no un maniquí²¹⁵⁹, también debe conocer, que por ejemplo, en sus manos tiene un *medio* idóneo para provocar una lesión en la salud física o mental del afectado. Luego, el agente deberá conocer *ex ante* que su conducta constituye un riesgo típicamente relevante y la *entidad* del peligro ínsito en su comportamiento, que haga prever una lesión de una cierta entidad, aun cuando sea más o menos incierta. Por lo tanto, en el delito de lesiones, a mi juicio, el dolo sólo exige el conocimiento por parte del sujeto activo del peligro inherente a su conducta típica²¹⁶⁰, más no el del resultado naturalístico²¹⁶¹, como requiere parte de la doctrina²¹⁶², toda vez que como éste aun no se ha producido no es posible determinarlo *ex ante* con exactitud, sino tan solo prever que la posible gravedad de la lesión sea más o menos proporcionada a la entidad del riesgo creado, lo cual ya es mucho pedir, ya que en la mayoría de los casos el resultado depende de múltiples factores, muchos de ellos independientes a la voluntad del sujeto activo y por tanto no imputables a su comportamiento. Por ello, es posible sostener que la posible gravedad del resultado es en cierta medida indeterminada y bastante azarosa en la mayoría de los casos. Tampoco creo que el dolo deba abarcar la cualidad del resultado descrita en el tipo penal, consistente en la necesidad de una primera asistencia facultativa, además de un tratamiento médico o quirúrgico para la sanidad de la lesión^{2163/2164}, ya que, ello sería lo mismo que requerir del sujeto activo, que en el sistema antiguo, previera *ex ante* la cantidad de días que la lesión tardaría en sanar. Ambas situaciones requieren la precisión de un cirujano, de un especialista en medicina, en el momento de golpear, herir o maltratar de obra, lo cual no sólo no es posible, sino que tampoco es real^{2165/2166}. Por ello el *elemento normativo del tipo*, de la

²¹⁵⁹ Caso en el cual podría concurrir un error de tipo vencible o invencible.

²¹⁶⁰ QUERALT JIMÉNEZ, *DP español, PE*, op. cit., p. 112-114.

²¹⁶¹ En el mismo sentido BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, p. 91.

²¹⁶² GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 147.

²¹⁶³ Como hacen CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 139; SUAREZ MIRA (Coord.), “Las lesiones”, op. cit., p. 88 y ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 215. También extienden el dolo al resultado lesivo en su acepción naturalística SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 106. Córdoba Roda y García Arán pese a exigir que el dolo abarque el menoscabo de la salud necesitado objetivamente de tratamiento médico o quirúrgico reconocen que no puede negarse que provoca determinados problemas en cuanto a la forma en que el dolo del autor la abarca, ya que el *tratamiento médico o quirúrgico* es un concepto cuya precisión absoluta requiere de determinados conocimientos médicos que normalmente no se dan en el autor, por lo que sostienen que debe bastar con que éste lo conozca con la valoración que se considera suficiente para los elementos típicos normativos, es decir, con la llamada valoración paralela en la esfera del profano, lo que significa que basta con que el autor pretenda una lesión que, por su gravedad, necesitará de una intervención profesional de carácter terapéutico (CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 103).

²¹⁶⁴ En tal sentido Bustos Ramírez sostenía que el tipo base no ofrece mayor problema, ya que se utiliza un criterio objetivo *ex post* (*condición objetiva de punibilidad*) para la determinación de la pena (*asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico*), y decía que ciertamente es difícil imaginar que alguien al lesionar se proponga que así suceda, lo cual de todos modos pone, a su juicio, en tela de juicio la construcción, pues evidentemente tal circunstancia *no ha de estar cubierta por el dolo* (de nuevo aparecería la responsabilidad objetiva pura). Por ello sostenía que hay que entender que no se eliminan las dificultades propias a las lesiones, esto es, que el resultado lesivo que va a requerir tal tratamiento no esté cubierto por la misma intensidad subjetiva. Agregaba que si hay imprudencia, tampoco habrá problema, pues se aplicará el delito culposo, en conformidad con el art. 152 o art. 621 (BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, p. 91).

²¹⁶⁵ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 166.

²¹⁶⁶ En tal sentido Jaén Vallejo afirma que: “ni los días de curación de la lesión (en el sistema anterior), ni la necesidad del tratamiento médico o quirúrgico al que se refiere el vigente Código penal,

necesidad de tratamiento médico, que apunta al resultado naturalístico, debe ser interpretado como la necesidad de que el resultado considerado desde una perspectiva *ex post*, sea de una cierta gravedad, en todo caso proporcional al peligro creado por la conducta típica, valorada *ex ante*, toda vez que es el riesgo inherente a la conducta y no el resultado, lo que el autor está en posición de conocer y de controlar al momento de llevarla a cabo. Por lo tanto, Para poder imputar subjetivamente responsabilidad penal al autor del hecho, la gravedad del resultado lesivo *ex post* debe ser proporcional a la entidad del peligro concreto *ex ante* generado por la conducta típica y que dicho peligro fuera conocido por el autor. Para determinar el riesgo, *ex ante*, de la conducta típicamente relevante, serán factores importantes a tener en cuenta, la mayor o menor sensibilidad de la zona del cuerpo de la víctima a la cual iba dirigida la agresión, así como los medios empleados en la misma, factores ambos que apuntan a la consideración del desvalor del acto.

Por último, al igual que en toda clase de tipos penales, el delito de lesiones requiere de un *comportamiento voluntario*, cuya exigencia implica la conciencia del autor de sus propios actos y la ausencia de comportamiento en los casos en que no concurre, como son los supuestos de fuerza irresistible, inconsciencia y actos reflejos y que se relaciona con los conocimientos que el sujeto tenga sobre la relevancia del riesgo propio de su conducta²¹⁶⁷.

La imputación a título de dolo del tipo básico o de los tipos cualificados sólo debiera ser posible en la medida en que el Tribunal llegue al convencimiento con las pruebas del juicio, de que realmente la conducta típicamente relevante, llevada a cabo *ex ante* con pleno conocimiento del autor, era portadora de un peligro idóneo y proporcional para producir el resultado previsto en cada tipo penal, de lo contrario, sólo podría existir imprudencia si se dan los requisitos para ello^{2168/2169}.

Con ello no estamos sosteniendo que en el delito de lesiones baste con un dolo *genérico* de lesionar y que luego la sanción deba graduarse conforme al resultado producido, como ocurría en el sistema establecido con anterioridad a la reforma de 1989, con lo cual la jurisprudencia resolvía los enojosos problemas probatorios²¹⁷⁰. Ni la formulación típica del art. 147.1, ni la existencia de los específicos tipos imprudentes de

constituyen un elemento del tipo penal, es decir no constituyen el resultado, sino un elemento objetivo para establecer la gravedad del resultado lesivo producido, luego para distinguir el delito de la falta de lesiones. Por tanto, la necesidad de que la lesión va a requerir para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico no tiene que quedar alcanzada por el dolo, lo que no significa que baste con el simple conocimiento de la acción. El autor, para que se pueda afirmar el dolo, al menos eventual, tiene que *saber el grado de peligro que está implícito en su acción* (JAÉN VALLEJO, *DP aplicado*, op. cit., pp. 186-187).

Así, la STS de 16 de noviembre de 1992, con cita de otras anteriores y en una línea que se mantiene hasta la actualidad (por ej. Sentencia de 18 de febrero de 2000), afirmó que la existencia del dolo depende básicamente del conocimiento del peligro concreto implícito en la acción realizada por el autor.

²¹⁶⁷ En contra de esta postura, otorgando un papel preponderante al elemento subjetivo del dolo en el delito de lesiones, se manifiesta la STS de 19 de febrero de 2001, al sostener que: “El ánimo o intención de lesionar, que constituye el elemento o base subjetiva del delito o falta de lesiones, normalmente hay que deducirlo mediante una prueba indirecta e indiciaria, a través del correspondiente juicio axiológico o de valor, partiendo del conjunto de circunstancias que” (GIMBERNAT (Dir.), *CP con concordancias y jurisprudencia*, op. cit., p. 381).

²¹⁶⁸ GARCÍA Y GARCÍA-CERVIGÓN, *Los delitos de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 208.

²¹⁶⁹ Los tipos cualificados exigen, en su aspecto subjetivo, el dolo ya que si contemplásemos la imprudencia estaríamos bajo el ámbito de aplicación del art. 152, lesiones imprudentes, y no ante los arts. 148, 149 y 150 (GARCÍA Y GARCÍA-CERVIGÓN, *Los delitos de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 208.)

²¹⁷⁰ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 147.

lesiones permiten afirmar que basta el *dolo genérico* de lesionar, incardinada en una estructura de delito determinado por el resultado, y atentatoria en cualquier caso al *principio de culpabilidad*^{2171/2172}. El dolo involucra en este precepto la necesidad de que el autor conozca *ex ante* no sólo que con su conducta crea un riesgo idóneo para lesionar la salud física o psíquica de la víctima, sino además que el peligro sea de una cierta entidad de manera que el autor pueda prever, aunque de manera un tanto indeterminada un resultado más o menos proporcional al riesgo generado²¹⁷³, por lo demás hay que recordar que el peligro concreto inherente a la conducta también es un resultado en sentido normativo. Ahora bien, si el resultado naturalístico sobrepasa el peligro previsto en abstracto por el autor, estaremos ante un error de evitación de su parte y, por lo tanto, ante un concurso ideal entre un delito doloso y uno imprudente, como veremos más adelante. La necesidad de percepción de la entidad del riesgo creado para el bien jurídico protegido, impide atribuir relevancia a cualidades adicionales y específicas de la lesión producida que pudieran considerarse ajenas a la entidad del peligro abarcado por el dolo, como incluir en el tipo básico resultados de menoscabo necesitado de tratamiento meramente imprudentes producidos por una acción agresiva dolosa poco peligrosa. En todo caso, hay que recordar que la necesidad de asistencia médica facultativa o de tratamiento médico son conceptos normativos que dan cuenta de una cierta gravedad del resultado, esto es, una cualidad del resultado de menoscabo y no un suceso que deba efectivamente tener lugar, razón por la cual no cabe sostener que existe un delito doloso por el solo hecho de que el tratamiento haya tenido lugar, planteamiento que implicaría sostener una especie de *responsabilidad objetiva* contraria a lo dispuesto en los arts. 5 y 10 del CPes. En cambio, perfectamente es posible vislumbrar un comportamiento doloso en donde el autor no advierta la real peligrosidad de su conducta que, aunque dolosa, es llevada a cabo con un cierto descuido, estimándola como escasamente peligrosa, pero que finalmente ésta se materialice en un menoscabo para la salud individual del afectado, necesitado de tratamiento médico para su curación. Así por ejemplo, sucedería en el caso de que el autor le dé una bofetada, sin otorgarle mayor relevancia al hecho de que en ese momento la víctima se encontraba en una posición de difícil equilibrio, lo que provoca que ésta tropiece y, como consecuencia de la caída, pierda un diente incisivo; la calificación correcta del hecho es una falta de lesiones dolosas, consistentes en el riesgo derivado de la bofetada, en concurso ideal con la causación por imprudencia del resultado lesivo más grave²¹⁷⁴.

Hay casos en los cuales la prueba del dolo en el delito de lesiones no presenta mayores dificultades así por ejemplo, si un sujeto afirma la mano de su víctima y con

²¹⁷¹ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 63; FELIP I SABORIT, op. cit., pp. 67-68 y SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 106.

²¹⁷² En tal sentido, Carbonell Mateu y González Cussac sostienen que resulta de todo punto inadmisibles la referencia que alguna jurisprudencia continúa realizando, al dolo genérico de lesionar, que parece contentarse con la mera asunción de que algún menoscabo pueda producirse, como refiere la STS 1101/2001, de fecha 8 de junio (CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 139 y ss.).

²¹⁷³ Si bien Córdoba Roda y García Arán, sostienen que el dolo del autor se extiende al resultado naturalísimamente considerado, afirman que el resultado efectivamente producido puede entenderse captado por el dolo, aunque sea en su forma eventual, si se encuentra dentro de los *términos de la probabilidad del resultado concreto* (SSTS de 20 de enero de 1993 y 3 de octubre de 2001) y en tal caso resultará aplicable el tipo básico de lesiones en su forma dolosa, mientras que si lo desborda y puede imputarse a título de imprudencia, lo pertinente es la aplicación de la regla del concurso ideal de delitos del art. 77 CP, entre el resultado buscado (que puede ser una falta del art. 617.1 o un resultado de menor entidad del art. 147.2) y el resultado imprudentemente producido (CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 104).

²¹⁷⁴ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 68.

fuerza hace caer un machete sobre el dedo meñique, no habrá dudas de que existía un dolo de mutilar al afectado (art. 150 CPes). Lo mismo sucederá en cuanto a la prueba del dolo, si un sujeto dirige una bofetada a la cara de otro que no lo está viendo y que, por lo tanto, la recibe sin moverse y por sorpresa, el primero puede contar con que a lo sumo el resultado podrá corresponder a un maltrato de obra (art. 617.2 CPes). Sin embargo, en la mayoría de los casos no es posible aventurar un resultado certero, toda vez que ante un golpe de puño direccionado hacia el rostro de la víctima, la entidad de la lesión que en concreto se provoque pasa a depender en cierta medida del azar, toda vez que entre otros muchos factores, el lugar exacto del rostro que recibe la agresión, depende no solo de la conducta del sujeto activo sino de los movimientos que realice la víctima y al respecto, hay que recordar que la cabeza es la parte más móvil del cuerpo humano. Claro está que podrá argumentarse que el caso propuesto el golpe va dirigido a una zona sensible del cuerpo como lo es la cabeza de la persona, en la cual están ubicados la mayoría de los sentidos y que por ende, el riesgo inherente a la conducta puede ser mayor.

Evidentemente existen factores de riesgo controlables *ex ante* que agravan o disminuyen el desvalor del acto y, que por lo tanto, son plenamente imputables al comportamiento del sujeto activo como: a) la mayor o menor peligrosidad del medio empleado toda vez que no es lo mismo agredir a la víctima con una manopla, con una piedra, con un arma -de la cual puede deducirse un dolo homicida dependiendo de la zona del cuerpo hacia la cual se dirija el disparo- o bien con las puras manos; b) la zona del cuerpo hacia la cual va dirigida la agresión, ya que evidentemente existen zonas del cuerpo más frágiles que otras. Así no será lo mismo que un fuerte puntapiés vaya dirigido hacia la cabeza de la víctima que a los glúteos de la misma; el riesgo no es el mismo si el golpe de puños va dirigido hacia el pleno rostro del afectado que si la conducta agresiva se dirige hacia el cuerpo de la víctima; c) la especial fragilidad o fortaleza de la víctima conocida por el autor del hecho. Así, por ejemplo, no es lo mismo agredir a un anciano, a un niño que a una persona que se encuentra en la plenitud de la vida; d) La posición de la víctima en el momento de recibir la agresión, conocida *ex ante* por el autor. Un simple empujón a una persona que se encuentra al borde de una fosa de cierta profundidad, conocida por el autor, constituye un evidente peligro *ex ante* conocido y de una entidad apreciable para desencadenar una lesión no menor imputable subjetivamente, a pesar de la indeterminación de los términos exactos en los cuales se concrete la lesión *ex post*; e) salvo casos de arrebató u obcecación que podrían estimarse en el ámbito de la culpabilidad, es el autor quien puede controlar la intensidad de ciertas formas de agresión, por ejemplo de un golpe de puño o de pie.

No obstante lo referido en el párrafo anterior, en la mayoría de los casos de delito de lesiones el resultado será bastante indeterminable, azaroso y poco previsible *ex ante*. La exigencia de mayor concreción a lo único que da lugar es a las vías de las presunciones de dolo, enderezadas, en ocasiones, con la inversión de la carga de la prueba. Así, por ejemplo, en STS N° 1678/2002, se afirma expresamente que: “es evidente que el recurrente actuó con dolo, dado que no existe ninguna razón para suponer que haya realizado una acción de la que ignoraba sus consecuencias”²¹⁷⁵. El problema de lo subjetivo en las lesiones, y más allá de declaraciones genéricas con las que difícilmente se puede estar en desacuerdo, va a persistir en la mayoría de los casos en tanto se integre un resultado -lo que por otra parte parece lo correcto- en la definición típica. Así por ejemplo, en la Jurisprudencia del TS en referencia a los arts. 147 y 150 CPes, casi todos los casos responden a un idéntico esquema consistente en que un sujeto

²¹⁷⁵ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 166.

golpea a otro con el puño, con las manos, en la cara²¹⁷⁶. Tanto el resultado lesivo para la salud individual de la víctima como la calificación jurídica del hecho son del todo dispares en la Jurisprudencia: meras contusiones calificadas como un simple maltrato de obra (art. 617.2 CPes); lesiones que sí lo precisan una primera asistencia facultativa calificadas como falta de lesiones (art. 617.1 CPes), lesiones requeridas de tratamiento médico calificadas como un delito de lesiones, ya sea encuadradas en el tipo básico o en el tipo atenuado de lesiones (art. 147.1 y 2 CPes), lesión consistente en la pérdida de piezas dentales, calificadas como una mutilación del art. 150 CPes o, incluso, lesión consistente en la pérdida de un miembro principal si el sujeto activo tuvo la, en ocasiones, “mala suerte” de impactar a su víctima en el ojo y provocarle el estallido del globo ocular (art. 149.1 CPes). En todas esas ocasiones el dolo del sujeto era idéntico: el golpear a la otra persona en el rostro; por supuesto que en la inmensa mayoría de los supuestos no se represento que iba a golpear al sujeto pasivo, exactamente, en el ojo, en la nariz o en la boca, y que como consecuencia de tal impacto este perdería los incisivos o resultaría con los “huesos propios” del apéndice nasal machacados (entre otros razones porque la dirección del golpe dependerá, en una situación de riña y entre otros cosas, de que el sujeto pasivo mueva la cabeza en una u otra dirección, contribuyendo de esa forma a una mayor gravedad de su lesión lo que en un laboratorio penal estático puede tener una solución académicamente impoluta, pero no en la cotidianeidad de los delitos de lesiones). Así las cosas, parece más que discutible hablar de la concurrencia de un dolo directo o, siquiera, de representación del resultado²¹⁷⁷, y si en el ámbito del conocimiento los problemas se amontonan, en el de la voluntad pueden llegar a ser insolubles. No, el dolo se tiene que construir únicamente en el plano intelectual y como dolo de peligro. Todo lo que exceda de ahí llevara una y otro vez a la presunción de dolo²¹⁷⁸.

3.2. Conducta imprudente

Actúa imprudentemente quien realiza el tipo de una ley penal a consecuencia de la *infracción de un deber de cuidado* y, contrariamente a su obligación, o no se da cuenta de ello o lo tiene por posible pero erradamente confía en que el resultado no tendrá lugar, en virtud de su capacidad de evitación²¹⁷⁹.

El *contenido del injusto del delito imprudente* es inferior al de un hecho *doloso* similar, pues aquí el autor no contraviene voluntariamente el mandato del ordenamiento jurídico sino que sólo ha actuado en contra del mismo distraídamente y, por este motivo, *dolo e imprudencia* se *excluyen* recíprocamente²¹⁸⁰.

3.2.1. Naturaleza y ubicación sistemática de la imprudencia

La *teoría causalista* adhería a la teoría psicológica de la culpabilidad y por lo tanto, sostenía que la culpa (imprudencia) era una forma de culpabilidad y la definía

²¹⁷⁶ Así por ejemplo, entre otras sentencias: SSTS N° 185/2008, de 30 de abril y 23 de octubre, N° 28/2008, de 15 de enero, N° 1195/2006, cuatro de diciembre, N° 1469/2004, de 15 de diciembre y N° 1221/2004, de 27 de octubre.

²¹⁷⁷ Incluso se señala que estas afirmaciones constituyen una fantasía, constituye una excusa dogmática para que “duerma bien” el teórico del DP... (ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 167).

²¹⁷⁸ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 167.

²¹⁷⁹ Incorpora en el concepto el elemento volitivo, JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 606.

²¹⁸⁰ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 606.

como una relación subjetiva entre la psiquis del autor con el hecho antijurídico producido, la culpa concurría en aquellos hechos negligentes que causan un mal o un peligro para un bien jurídicamente protegido, con lo cual se centraba el análisis en el desvalor de resultado²¹⁸¹.

Ya Engisch sostenía que la inobservancia del cuidado debido propia de los delitos imprudentes debe ser tratada como un elemento del tipo, por cuanto la norma de determinación que emana del tipo penal y que persigue la evitación de lesiones de bienes jurídicos motivando a los ciudadanos a no realizar conductas constitutivas de delitos, no puede prohibir la mera causación sino sólo una determinada conducta contraria al cuidado debido^{2182/2183}. Así, acorde con la tesis central de Engisch hoy aceptada por la mayoría de los autores alemanes, no puede ser antijurídica una acción ajustada a la norma de cuidado²¹⁸⁴.

El *finalismo*, con la teoría de la acción final, trasladó el análisis desde el desvalor del resultado hacia el desvalor de la conducta y con ello la imprudencia al tipo penal, siendo por lo tanto, la concepción personal del injusto, una contribución a la ubicación sistemática actual de la imprudencia en el tipo subjetivo²¹⁸⁵.

La *imputación objetiva* también asentó el análisis de la imprudencia en el tipo penal, pues si la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el sujeto que supera el riesgo permitido en el marco del fin de protección de la norma, el resultado se imputa en virtud de criterios que fundamentan una conducta imprudente²¹⁸⁶. El riesgo permitido marca un límite a partir de cuya superación comienza la imprudencia²¹⁸⁷. Lo que está amparado por el riesgo permitido no es imprudente, desapareciendo por lo tanto, el injusto²¹⁸⁸.

En la actualidad se sostiene que la *esencia* de la imprudencia es de *naturaleza normativa* y radica en la *infracción de la norma de cuidado*²¹⁸⁹. La lesión o infracción del cuidado objetivo, como contenido del desvalor de la acción, constituye el *núcleo* del injusto imprudente²¹⁹⁰.

3.2.2. Incriminación

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 del CP, no sólo son delitos o faltas los hechos dolosos, sino también las “acciones y omisiones *imprudentes* penadas por la ley”.

Sin embargo, el CPes de 1995 establece un *sistema de tipificación cerrada y excepcional de la imprudencia*, según el cual solamente se castigan los hechos dolosos, salvo los casos (pocos) en que expresamente se tipifica la comisión imprudente. Así lo establece el art. 12 del CP el cual conforme al principio de *numerus clausus*²¹⁹¹ señala

²¹⁸¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 12.

²¹⁸² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 55.

²¹⁸³ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 997.

²¹⁸⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 288.

²¹⁸⁵ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., pp. 997-998.

²¹⁸⁶ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 998.

²¹⁸⁷ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 998.

²¹⁸⁸ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 998.

²¹⁸⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 27.

²¹⁹⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 27-28.

²¹⁹¹ CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 296 y ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 40.

que: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”. Por la frecuencia de su estimación en la práctica, merecen destacarse los homicidios y las lesiones imprudentes (arts. 142, 152 y 621 del CPes)²¹⁹².

3.2.3. Clasificación de la imprudencia

Atendiendo a la *naturaleza de la norma infringida* los delitos imprudentes pueden ser: a) tipos imprudentes de *acción*, en los cuales se infringe una norma prohibitiva, o bien, b) tipos imprudentes de *omisión*, en los cuales se infringe una norma prescriptiva o preceptiva. La jurisprudencia admite la comisión por omisión imprudente de los resultados de lesiones²¹⁹³.

Esta distinción tiene asidero en el art. 10 del CPes.

Según el *grado de conocimiento del peligro inherente a la conducta imprudente* se distingue entre imprudencia consciente o con representación e imprudencia inconsciente o sin representación. La *imprudencia consciente o con representación*, dice relación con aquellos casos en los cuales pese a que el autor advierte o reconoce la peligrosidad, en abstracto, inherente a su conducta, actúa creyendo erróneamente, que puede *evitar* la producción del resultado y, por lo tanto, desconoce la efectiva virtualidad efectiva del riesgo creado (peligrosidad en concreto)²¹⁹⁴. El error puede

²¹⁹² MIR PUIG, DP, PG, op. cit., pp. 284-285.

²¹⁹³ Así la STS de 22 de enero de 1999, señala que “El comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada *acción*, que también podemos llamar *comisión*, y un no hacer lo debido, en principio considerado como conducta pasiva, denominada *omisión*. Los delitos de omisión ofrecen dos modalidades: los delitos propios o puros de omisión y los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión. La estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. La posición de garante del recurrente en los hechos enjuiciados aparece incuestionable en cuanto estaba encargado y asumió la asistencia en el embarazo y en el parto de D. a M. Tampoco ofrece cuestión que el acusado omitió varias acciones que le eran debidas; así, en primer lugar, prescindió de consultar con un urólogo u otro especialista respecto a las molestias de que se quejaba la embarazada y ello le llevó, por dos veces, a hacer un diagnóstico equivocado, atribuyendo a un inexistente cólico nefrítico lo que eran dolores lumbares propios de "trabajo de parto"; igualmente omitió el deber que le era inexcusable de reconocer ginecológicamente a la embarazada, especialmente ante los resultados que presentaban los análisis y la ecografía practicada; y en definitiva, omitió atender un parto en el momento en el que todos los síntomas lo hacían necesario. No había nada que restringiera o limitara su capacidad para realizar la acción que omitió y que le era exigible. El resultado producido en el niño, consistente en el padecimiento de una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, es concreción de la situación de peligro para la producción de ese resultado que supuso la omisión, por parte del recurrente, de los deberes de cuidado que le incumbían respecto a la asistencia ginecológica a la embarazada. Puede afirmarse, pues, la imputación objetiva de ese resultado [...]. Resultado que no se hubiese producido si el acusado se hubiese ajustado al deber de cuidado que le era exigible y hubiese realizado las consultas pertinentes, el inexcusable reconocimiento ginecológico y, en definitiva, atendido el parto en el momento oportuno. Respecto al tipo subjetivo de un delito de omisión imprudente, éste viene constituido por el desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar, desconocimiento que hubiese evitado el acusado si hubiera actuado diligentemente y conforme al deber de cuidado que le incumbía. En consecuencia, habrá que apreciar imprudencia respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no pudo tener conocimiento de la situación de hecho que generaba su deber de actuar” (GIMBERNAT (Dir.), *CP con concordancias y jurisprudencia*, op. cit., pp. 391-392 y CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 118).

²¹⁹⁴ Si la conociera estaríamos ante un caso de dolo.

provenir de la sobrevaloración del autor de sus posibilidades de control²¹⁹⁵. La falta de *dominabilidad* en el autor sobre su propia conducta puede fundamentar el error sobre la propia capacidad de evitación, el *error sobre la capacidad de evitación* es el elemento que permite calificar a estos hechos como imprudentes, sin embargo, este error no puede apreciarse cuando el autor no tiene control sobre las posibles consecuencias de su comportamiento, es decir, cuando una vez creado el riesgo y conociendo su efectiva virtualidad, deja de controlarlo, por lo que no puede tener una *confianza racional en la ausencia del resultado* y, de acuerdo con la teoría de la probabilidad, habiendo conocido *ex ante* el concreto riesgo que entraña la conducta, al no poder controlarlo, ésta debe ser considerada como *dolosa* y, por lo tanto, habiendo un riesgo típicamente relevante, no basta con la mera afirmación de haber confiado en la *capacidad de evitación*, sino hay un dato o elemento objetivo que la respalde²¹⁹⁶.

La importancia de *definir* la *imprudencia consciente*, consiste en diferenciarla del *dolo eventual*, lo cual trae consigo importantes consecuencias prácticas, por cuanto, la realización del tipo con *imprudencia consciente* es, en la mayoría de los casos, no punible, o lo es en mucha menor medida que la *dolosa*. En cambio, la diferenciación entre *imprudencia consciente* e *inconsciente* no posee gran relevancia, pues el legislador nunca vincula a ellas diferentes consecuencias jurídicas²¹⁹⁷, sin embargo, dependiendo del caso concreto es posible considerar dicha diferenciación, a la hora de graduar la pena en atención a la mayor o menor antijuridicidad material del hecho, en atención a lo dispuesto en el art. 66. 2 del CPes.

Al igual que en el dolo, la *imprudencia consciente* no solo puede aparecer referida a un resultado de lesión sino que también puede estarlo a un resultado de peligro: en este caso el autor estima posible la realización de un peligro pero confía en que este no tenga lugar²¹⁹⁸.

La *imprudencia inconsciente o sin representación*, en cambio, supone el desconocimiento, por el autor, de la efectiva peligrosidad de su conducta²¹⁹⁹. El agente ni siquiera se prevé la posibilidad de un eventual resultado lesivo, ya que no advierte el peligro inherente a su comportamiento²²⁰⁰.

En la *imprudencia inconsciente* el autor, a consecuencia de la infracción del deber de cuidado, no piensa en la posibilidad de poder realizar el tipo legal²²⁰¹.

En ambas clases de imprudencia el contenido de injusto reside en la ausencia de una atención obligada puesto que también la imprudencia consciente descansa sobre un desconocimiento contrario a deber que, si bien no está referido a la existencia del peligro, sí lo está al grado de éste, de la extensión del deber de cuidado o de las limitaciones de las propias capacidades²²⁰². Entre ambos tipos de imprudencia tampoco existe una relación gradual pues la conducta de quien ni siquiera percibe el riesgo existente puede resultar

²¹⁹⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 270.

²¹⁹⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 270-271 y MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 285.

²¹⁹⁷ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 997.

²¹⁹⁸ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 611.

²¹⁹⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 239.

²²⁰⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 285 y CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 239.

²²⁰¹ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 611.

²²⁰² JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 612.

desaprobada más intensamente que la negligencia de una imprudencia consciente en la que simplemente se sobre valoran las fuerzas²²⁰³.

Atendiendo a la clasificación contenida en el CPes, la imprudencia se clasifica en: imprudencia grave e imprudencia leve. Esta clasificación, se encuentra establecida en base a la *gravedad* de la infracción de la norma de cuidado, es el momento *normativo* a que atiende la clasificación legal.

La *imprudencia grave* es la única que puede dar lugar a *delitos* (no a *faltas*). Es el equivalente de anterior, la imprudencia temeraria, que fuera equiparada por el TS en ocasiones a la *culpa lata* del Derecho común y que era definida como “aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente”, o bien como “la ausencia u omisión de las más elementales medidas de cuidado o atención”²²⁰⁴, “la eliminación de la atención más absoluta, la ausencia de los cuidados más elementales que la vida de relación exige, conculcándose deberes fundamentales que exige la convivencia”, o el “dejar de adoptar las previsiones que exige la más rudimentaria y elemental cautela”²²⁰⁵ o la “falta de adopción de las precauciones más rudimentarias, la ausencia absoluta de cautela o el olvido total de las más elementales normas de previsión y cuidado, a consecuencia de lo cual se producen las lesiones de otra persona”²²⁰⁶. Sin embargo, el TS se contenta en muchos casos con la infracción de las normas que observaría *una persona media*²²⁰⁷. Para determinar la gravedad de la imprudencia, deben considerarse tanto la *peligrosidad* de la conducta como la *valoración* social del riesgo, para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si se refiere a un bien jurídico más importante), la valoración social del riesgo en cambio, depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser leve dentro de ellos²²⁰⁸.

Puede constituir *imprudencia grave* tanto la culpa consciente como la inconsciente, siendo a veces gravemente imprudente el emprender una conducta muy peligrosa sin haberse preocupado de advertir siquiera los riesgos que evidentemente supone²²⁰⁹.

La imprudencia leve (antes llamada *simple*) no puede dar lugar a *delitos*, sino sólo a las *faltas* contra las personas previstas en el art. 621 del CPes. Equiparada a la *culpa levis* (no a la *levissima*), supone la infracción de normas de cuidado no tan elementales como las vulneradas por la imprudencia grave, normas que respetaría no ya el ciudadano menos diligente, sino uno *cuidadoso*²²¹⁰, es decir, supone la “omisión de la atención normal o debida” o la “omisión de la diligencia media acostumbrada en la esfera en la que se desarrolle la actividad de que se trate”, o se corresponde con una menor previsibilidad del evento^{2211/2212}.

²²⁰³ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 612.

²²⁰⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 286.

²²⁰⁵ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 128.

²²⁰⁶ SUAREZ MIRA (Coord.), “Las lesiones”, op. cit., p. 95 y STS de 14 de febrero de 2001 (GIMBERNAT (Dir.), *CP con concordancias y jurisprudencia*, op. cit., p. 391).

²²⁰⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 286.

²²⁰⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 286-287.

²²⁰⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 287.

²²¹⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 287.

²²¹¹ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 128.

3.2.4. Estructura del tipo imprudente

Todo delito imprudente requiere tanto la infracción de un deber objetivo de cuidado como la infracción de un deber subjetivo de cuidado²²¹³.

La infracción del deber objetivo de cuidado supone la *infracción, mediante una acción u omisión, de la norma de cuidado* exigible en la actividad o sector del tráfico de que se trate (desvalor de la acción) que impone el deber de prever el peligro y de acomodar la conducta a tal previsión; y la *creación de un riesgo objetivo* para un bien jurídico penal (desvalor de resultado)²²¹⁴.

La infracción del deber subjetivo de cuidado, en tanto, requiere que el autor haya actuado *descuidadamente*, ya sea advirtiendo la peligrosidad inherente a su conducta, pero creyendo erróneamente, que puede *evitar* la producción del resultado lesivo²²¹⁵ (*imprudencia consciente*); o sin conocimiento del peligro ínsito en su comportamiento descuidado (*imprudencia inconsciente*)²²¹⁶.

El delito imprudente requiere, además, la causación de un resultado típico imputable objetivamente a la conducta peligrosa, sin el cual el hecho permanecerá impune (no caben las formas imperfectas de ejecución en el tipo imprudente)²²¹⁷.

3.2.4.1. Injusto imprudente. Tipo objetivo. Infracción del deber objetivo de cuidado

3.2.4.1.1. La infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción)

El art. 10 del CP prescribe: “Están exentos de responsabilidad criminal: 8º El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la *debida diligencia*, causa un mal por mero accidente.” De ahí que si se actúa con la *debida diligencia* al realizar un *acto lícito* no se responde aún cuando se produzca el resultado lesivo, por cuanto *no* es

²²¹² Así, el TS, en STS de 26 de marzo de 1999, sostuvo que: “La imprudencia por la que se le sanciona es la imprudencia leve, equivalente a la antigua imprudencia simple, y que supone la infracción de las normas de cuidado no tan elementales como las vulneradas por la grave imprudencia, sino normas que respetaría una persona cuidadosa, y no el menos diligente”.

Sin embargo, en SAP de Zaragoza de 17 de enero de 2002 se señala que: “La imprudencia leve tipificada en el art. 621.2 del CP constituye el último escalón de la negligencia criminal, que se diferencia de la culpa civil porque en aquella el grado de previsibilidad y de la violación de la norma de cuidado por parte del agente causante del daño es mayor que en esta última, que se podría definir como culpa levísima. Dicha interpretación de las diferencias entre la culpa penal y la civil se ha de llevar a cabo en directa relación con la reiterada Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que proclama la intervención mínima del Derecho penal para la resolución de conflictos humanos, porque en caso contrario se estarían criminalizando conductas que no son encuadrables en el ámbito del Derecho punitivo. Existiendo un daño reparable, el campo de la culpa civil es amplísimo y residual, como lo pone de manifiesto la propia redacción del art. 1.902 del Código Civil, al incluir la expresión “interviniendo culpa o negligencia”, expresión que se interpreta en el sentido de abarcar cualquier género de negligencia o imprudencia, por nimia o mínima que sea. Sin embargo, para configurar la imprudencia penal, aparte de los elementos comunes a ambas -acción u omisión voluntaria pero no dolosa, daño, nexo causal y falta de la previsión debida, factor psicológico o subjetivo y eje de la conducta imprudente, en cuanto propiciador de riesgos imprescindible la concurrencia de un factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado”.

²²¹³ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 287.

²²¹⁴ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 289.

²²¹⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 270.

²²¹⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 239.

²²¹⁷ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 127-128.

posible *imputar responsabilidad penal* en caso de *caso fortuito*. Sin embargo, si el sujeto actúa *descuidadamente* responde penalmente a título de *imprudencia*.

3.2.4.1.2. Naturaleza de la norma de cuidado

La norma de cuidado, como elemento integrante del tipo imprudente es una norma de determinación que persigue motivar a los ciudadanos para que se abstengan de realizar conductas típicamente relevantes a fin de evitar la lesión de un bien jurídico que *ex ante*, el autor tenía la posibilidad de prever y evitar²²¹⁸. En cada supuesto particular, el deber objetivo de cuidado comprende tanto los *deberes genéricos de cuidado* reglados como aquellos que emanan de la *común experiencia* que aparecen *ex ante* como adecuados para evitar la lesión del bien jurídico²²¹⁹. La norma de cuidado se conforma de acuerdo con el *cuidado general exigible* para evitar la realización de conductas que crean o incrementan riesgos de forma penalmente relevante o la no realización de una prestación positiva estimada *ex ante* como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico²²²⁰. El injusto del hecho imprudente se fundamenta en la *lesión de una norma de cuidado* y para el injusto imprudente lo relevante no es que el autor haya advertido el peligro -culpa consciente-, sino la posibilidad y el deber de advertir ese peligro y de ahí que el tipo básico imprudente es el de *imprudencia inconsciente*²²²¹. La norma de cuidado abarca todas las posibles conductas capaces de crear un riesgo no permitido de lesión de un bien jurídico y tiene carácter general frente a todos los sujetos y en cualquier circunstancia²²²². El riesgo será *típicamente relevante* cuando sea adecuado para causar la lesión de un bien jurídico determinado y fuese *posible* y *exigible* al sujeto su evitación, la calificación de un riesgo como típicamente relevante es fruto de un *juicio de imputación* a través del cual se atribuye a una conducta el carácter de realización de un tipo, afirmándose con ello, la infracción de la norma de cuidado, cuya prueba depende de las *circunstancias concurrentes* y de los *conocimientos* y *capacidades* del autor en el caso concreto, ya que los condicionamientos externos de la situación y los propios del sujeto son los que determinarán los deberes de cuidado que concurren en el supuesto determinado, toda vez que el autor ha de atender a todas las reglas generales de cuidado que se le exigen en razón del peligro que está creando su propia conducta, las que se derivan del peligro que suscitan los factores físicos concurrentes en el hecho -lluvia, noche, etc.- y aquellas que proceden del peligro creado por un tercero o por la propia víctima, siempre que todo ello sea conocido o cognoscible por él.

3.2.4.1.3. Distinción entre deber de cuidado interno y deber de cuidado externo

En la infracción de la norma de cuidado hay que distinguir entre el deber de cuidado interno y el deber de cuidado externo²²²³.

²²¹⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 55-123 y MIR PUIG, *Introducción a las bases del DP*, op. cit., pp. 106-107.

²²¹⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 123-124.

²²²⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 56.

²²²¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 56-67.

²²²² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 67.

²²²³ Así, en STS de 27 de febrero de 2001, el TS resolvió que: “La gravedad de una imprudencia depende, ante todo, de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado que ha dado lugar a la producción de un resultado objetivamente ilícito. El desvalor de la acción es directamente proporcional a la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. De la norma de cuidado que rige en cada caso se

El *deber de cuidado interno* o “deber de examen previo”, obliga a advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada como presupuesto de toda acción imprudente²²²⁴. El deber de advertir el peligro permite fundamentar el castigo de la imprudencia inconsciente, en la cual se castiga la infracción de la norma de cuidado que obliga a advertir el peligro²²²⁵. El sujeto que incursiona en una actividad riesgosa asume el deber de representarse los peligros que puedan derivar del ejercicio de esa actividad.

El cuidado interno puede equipararse al cuidado subjetivo que es una *regla de pensamiento* que exige una completa consideración de las circunstancias que en el momento de la realización de la conducta están a disposición del autor²²²⁶. Si se infringe el cuidado interno y se actúa en base a esta falsa representación de las circunstancias concurrentes, el sujeto no advertirá el efectivo peligro creado por su conducta y actuará, por consiguiente de forma imprudente²²²⁷. El cuidado subjetivo, interno, es una directriz normativa para la formación de una correcta representación de la situación objetiva y para la previsión de las consecuencias causales de las diversas formas de conducta posibles en la concreta situación²²²⁸.

El *deber de cuidado externo* consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente advertida²²²⁹. Por lo tanto, de la identificación del peligro se deriva el deber de desarrollar un comportamiento externo adecuado, con la finalidad de evitar la lesión de un bien jurídico²²³⁰. El sujeto que realiza la actividad riesgosa a conciencia de los peligros que ella implica, debe asumir los resguardos que le permitan controlar los riesgos que pudieran devenir²²³¹. Como presupone haber advertido la norma de cuidado, sólo puede imputarse subjetivamente en la imprudencia consciente²²³².

derivan dos deberes de cuidado que algún sector de la doctrina ha caracterizado como interno y externo. El deber de cuidado interno obliga a prever el peligro que con ciertas acciones y en determinadas situaciones se puede crear. El deber de cuidado externo obliga a comportarse de forma que el peligro advertido no se materialice en una lesión concreta. En la circulación vial, las normas de cuidado que debe respetar el conductor de un vehículo de motor no son puramente socioculturales sino que se encuentran positivizadas en un texto legal y en su desarrollo reglamentario: el Real Decreto Legislativo 339/1990, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, y el Real Decreto 13/1992, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del anterior Texto articulado. Los deberes de cuidado tanto interno como externo que deben ser observados por los conductores de vehículos, en las distintas incidencias que se les pueden presentar, son los que vienen impuestos en el articulado de la Ley y el Reglamento mencionados y la gravedad de las infracciones de dichos deberes es, asimismo la legal o reglamentaria establecida en función del riesgo para la circulación que el incumplimiento de los deberes comporta. Concretamente, las maniobras de adelantamiento se encuentran minuciosamente reguladas en los arts. 32 a 37 de la Ley citada y 82 a 89 del Reglamento, en cuyas normas se establecen deberes orientados a la prevención del riesgo y deberes orientados a evitar que el peligro creado se convierta en lesión. A la primera clase pertenece el de no adelantar —art. 84.1 del Reglamento— a varios vehículos sí no se tiene la total seguridad de que, al presentarse otro en sentido contrario, se podrá efectuar la desviación a la derecha sin irrogar perjuicio. A la segunda, el de reducir rápidamente la marcha —art. 85.2 del Reglamento— y regresar a la derecha cuando se adviertan circunstancias que pudieran hacer difícil la finalización del adelantamiento sin provoca riesgos”.

²²²⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 290.

²²²⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 290.

²²²⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 72.

²²²⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 72.

²²²⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 72.

²²²⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 290.

²²³⁰ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 624.

²²³¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 290.

²²³² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 290.

El cuidado externo puede ser equiparado al cuidado objetivo que nos indica la forma en que ha de comportarse el sujeto para que su conducta se caracterice como *correcta o adecuada*²²³³. El autor tendrá que realizar esta conducta de acuerdo con sus posibilidades, está obligado a cumplir el cuidado objetivo en la medida en que ello sea posible²²³⁴.

El deber de cuidado externo puede consistir en:

a) *Deber de omitir acciones peligrosas*. Consisten en tener que abstenerse de una conducta que es adecuada para la realización del tipo imprudente, ya que hay conductas cuya peligrosidad es tan elevada que no pueden ser emprendidas sin lesionar ya el deber de cuidado, por ejemplo por *falta de preparación técnica* para desarrollar una determinada actividad y así, por ejemplo, el conductor principiante no debe tomar curvas a velocidades altas²²³⁵. Pueden incluirse aquí los casos de *impericia profesional* que consiste en la *carencia* de los *conocimientos* que le son exigibles al sujeto por su *cualificación profesional*, lo cual implica la obligación de no realizar determinadas conductas *sin los conocimientos o cautelas* necesarios en el sector profesional correspondiente, en el caso del delito de lesiones, el CPes toma en consideración estos supuestos en el art. 152.3, para añadir la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo²²³⁶.

b) *Deber de preparación e información previa*. Consiste en la obligación de tomar medidas externas de preparación y de información antes de emprender ciertas conductas que pueden resultar peligrosas²²³⁷. Aquí se trata de que el autor se procura a tiempo los conocimientos, experiencias y capacidades sin los cuales la realización de la acción sería una irresponsabilidad a causa del riesgo vinculado con ella y que puede tratarse tanto de un examen rápido del caso concreto como también de una permanente formación especializada²²³⁸. Así, por ejemplo, el médico tiene la obligación de revisar la ficha clínica del paciente o de practicar determinados exámenes antes de operar en virtud del protocolo médico, o bien, tiene la obligación de realizar un programa de capacitación que le permita desarrollar adecuadamente la actividad riesgosa, dependiendo de la naturaleza de la actividad depende el periodo de aprendizaje al cual el sujeto debe cumplir²²³⁹. Cuando hay una reglamentación que regula la actividad riesgosa se facilita el enjuiciamiento del hecho, pero ello no siempre es posible ni aconsejable toda vez que podría caerse en un casuismo exacerbado y a la vez insuficiente²²⁴⁰. Generalmente los reglamentos regulan situaciones normales, sin

²²³³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 72.

²²³⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 72-73.

²²³⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 290.

²²³⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 290.

²²³⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 290.

²²³⁸ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 625.

²²³⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 290.

²²⁴⁰ Al respecto hay que distinguir entre *norma de cuidado, deber de cuidado y reglas generales de cuidado o reglas técnicas*. La *norma de cuidado* es una norma penal y, como tal, prevista en los tipos penales (CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 75). La norma de cuidado penal persigue evitar la producción de aquellas lesiones del bien jurídico que *ex ante* el sujeto tenía la posibilidad de prever. Por tanto, en cada caso concreto, el deber objetivo de cuidado abarcará todas aquellas reglas de cuidado, regladas o de común experiencia, que *ex ante* aparecen como adecuados para evitar la lesión del bien jurídico (CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 93). El *deber de cuidado*, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, no es, en sí mismo, una norma penal sino que sólo determina una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que ésta sea correcta. La infracción del deber objetivo de cuidado no fundamenta, por sí sola, la lesión de la norma de cuidado siendo, necesario que concurra además el deber subjetivo de cuidado junto a la posibilidad de atribución del carácter

embargo, suelen ocurrir casos atípicos, en los cuales lo prudente y aconsejable sea precisamente actuar de manera diferente a lo ordenado por el reglamento²²⁴¹.

c) *Deber de actuar prudentemente en situaciones de riesgo*. Pese a que la vida moderna impone la obligación de afrontar situaciones riesgosas (riesgo permitido), dichas actividades deben realizarse con la máxima atención para evitar que el peligro se convierta en lesión²²⁴². Por lo tanto, el deber de cuidado consiste aquí en emplear, con ocasión de la ejecución de la acción, todas las *medidas necesarias de precaución, control y supervisión* para eliminar así el riesgo vinculado a aquella o, al menos, para mantenerlo dentro de sus límites²²⁴³. La conducta peligrosa puede ser llevada a cabo por sí misma porque, a causa de su utilidad social en la vida de la sociedad moderna, no puede prescindirse de ella; así sucede con el empleo de medios veloces de transporte, la utilización de máquinas peligrosas en la industria, el uso de medicamentos tóxicos en la medicina, el uso de pistas de ski donde se permite el deslizamiento a alta velocidad²²⁴⁴.

3.2.4.1.4. Presupuesto de imputación

Establecido el *deber objetivo de cuidado*, ha de compararse con la conducta realizada por el autor, si la acción es coincidente con el cuidado jurídicamente debido no está prohibida, lo cual implica la realización por el juez de un juicio de valor sobre el carácter prohibido o permitido de la acción, este *primer juicio de imputación, o juicio de atribución*, constituye el *presupuesto de la imputación objetiva* y en él se comprueba la existencia o no de una realización típica y, por ello, es en sede de imputación donde se tratan los distintos criterios barajados por la doctrina y la jurisprudencia que pueden ser de utilidad en el examen de la normatividad de la acción: adecuación social, riesgo permitido, previsibilidad objetiva, etc.²²⁴⁵

El *deber objetivo de cuidado* se desprende de los *principios de experiencia* que vinculan determinados peligros a ciertas modalidades de conducta y a las medidas de seguridad que *ex ante* aparezcan más adecuadas para evitar dichos riesgos; éstas

típicamente relevante (CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 75). Tampoco es suficiente para el deber objetivo de cuidado la existencia de alguna *regla técnica*. En los distintos ámbitos del tráfico las reglas generales de cuidado se establecen para aquellos supuestos en que la experiencia general de la vida demuestra la gran probabilidad de que una acción de este tipo lesione efectivamente un bien jurídico. Son las llamadas reglas técnicas, normas de seguridad o reglas de conducta. También puede hablarse, en este sentido, de *reglas generales de cuidado*. El fundamento jurídico de éstas es muy diverso. Pueden tener su origen en leyes, reglamentos, principios jurisprudenciales o usos y costumbres del ámbito de la vida social de que se trate, que surgen por la vía del derecho consuetudinario. El contenido de las reglas de cuidado previstas legalmente, ya sea por ley, reglamento u ordenanza, es el que usualmente se conoce como *reglas técnicas*. En el caso de reglas técnicas no reglamentadas, la jurisprudencia exige que la *regla de experiencia* sea *condición tácitamente admitida y guardada* (CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 75-76). Estas *reglas generales de cuidado*, surgen no sólo como consecuencia del riesgo inherente a la conducta del autor sino que también pueden provenir del peligro que representan factores distintos concurrentes al hecho de carácter natural (noche, lluvia...) o provenientes del peligro creado por conductas de terceros o de la propia víctima. Ello siempre que todos estos datos sean conocidos o cognoscibles por el autor (CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 94-95).

²²⁴¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 82.

²²⁴² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 290.

²²⁴³ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 625.

²²⁴⁴ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 625.

²²⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 124.

últimas, en principio serán las *reglas técnicas* existentes en los diversos sectores de actividad²²⁴⁶.

El proceso para la determinación del *deber objetivo de cuidado* se divide en dos fases: a) búsqueda de las *reglas o medidas generales de cuidado -reglas técnicas-* que debería observar el autor y b) se ha de preguntar por cuál sería la *conducta necesaria en el tráfico* atendiendo a la capacidad del autor y a las circunstancias exteriores concurrentes²²⁴⁷.

El *contenido del deber objetivo de cuidado* se fundamenta en la *previsibilidad objetiva* de la lesión de bienes jurídicos, la cual es el criterio rector esencial en el momento de la *determinación del deber objetivo de cuidado*²²⁴⁸.

Las *reglas generales de cuidado* pueden provenir de un reglamento que establece determinados deberes de cuidado, o bien, de usos sociales existentes en ámbitos del tráfico absolutamente exentos de reglamentación, como ocurre en el caso de cuidado de niños, excursionismo, esquí, etc., la necesidad de realizar valoraciones judiciales en el examen de una conducta imprudente se acepta en base a la imposibilidad de determinar con carácter general el *deber objetivo de cuidado*, sin embargo, con ello no se conculca el principio de legalidad penal, ya que la norma de cuidado está prevista en los tipos de la parte especial del CP y es a ella a la que debe de ajustarse el juez en su valoración, por el contrario, se infringe el principio de legalidad penal, y el mandato de determinación, cuando la infracción de reglamentos fundamenta *per se* la atribución de la responsabilidad penal²²⁴⁹. Se ha de evitar que la infracción de la norma de cuidado - como núcleo del injusto imprudente- se convierta, en la práctica, en un mero ilícito civil o administrativo²²⁵⁰.

Las *reglas generales de cuidado* previstas en las *reglamentaciones administrativas* tienen finalidades muy diversas, pero para que la infracción de una regla de cuidado -*regla técnica*- pueda tener relevancia penal debe tener como finalidad evitar lesiones de bienes jurídicos protegidos por el DP²²⁵¹. Sólo puede formar parte del contenido del deber objetivo de cuidado aquellas reglas generales de cuidado que tengan dicha finalidad. Por lo tanto, el criterio del fin de protección de la norma se examinará en dos niveles: 1º) en la determinación del deber objetivo de cuidado y 2º) como criterio de imputación. El juez ha de guiarse por *criterios teleológicos* en el momento de la determinación del deber objetivo de cuidado, en el examen de los reglamentos o usos que pueden formar parte de su contenido²²⁵².

El *deber objetivo de cuidado* debe ajustarse a las diversas situaciones sociales, por lo que las conductas posibles se valorarán según la situación particular y la capacidad del autor; conducta adecuada es aquella que en ese tiempo y lugar se estima correcta socialmente, siendo el deber objetivo de cuidado es el baremo al que debe ajustarse la conducta realizada y que permite realizar un juicio de valor en el caso concreto sin que ello se contradiga con el carácter de la norma penal como norma de determinación y en todo caso, la inexactitud del concepto de imprudencia como

²²⁴⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 124.

²²⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 124-125.

²²⁴⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 125.

²²⁴⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 127.

²²⁵⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 127.

²²⁵¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 127.

²²⁵² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 128.

infracción de la norma de cuidado debe ponderarse con el principio *in dubio pro reo*, en el sentido, de que esta inexactitud nunca pueda perjudicar al autor²²⁵³.

La exigencia de determinación individual del deber objetivo de cuidado es consecuencia directa de la diversidad infinita de situaciones posibles en la vida social, de manera que una reglamentación que pretenda ajustarse en exceso al principio de legalidad puede dar lugar a un excesivo casuismo con inevitables lagunas legales lo cual puede provocar un tratamiento distinto de casos que revisten la misma relevancia penal, así la coexistencia de generalización junto a diferenciación exige que las leyes inexactas y las cláusulas generales tengan un mínimo contenido de Derecho positivo que se completará a través de una interpretación teleológica regida por los principios de la política-criminal y en todo caso, la *norma de cuidado* está prevista en el CP, igual que en el tipo doloso, y la necesidad de concretar en el supuesto que se juzga es y ha sido siempre la labor del juez²²⁵⁴.

La determinación del deber objetivo de cuidado por el juez en el supuesto particular no implica adoptar una concepción del tipo de injusto imprudente como *tipo abierto*, puesto que ello supone afirmar que la norma de cuidado tampoco está prevista en el CP, el juez valora *el cuidado necesario, en la situación concreta para el autor*, lo que no quiere decir que el juez complete el tipo con arreglo a un criterio general, sino que el juez determina el *deber objetivo de cuidado*, que no es una norma penal, sino que sirve para concretar una de las posibles modalidades de conducta y dentro de ellas la más adecuada en el caso concreto, que no infringen la norma de cuidado penal, las cuales están tipificadas y son los distintos tipos penales imprudentes: homicidio imprudente, lesiones imprudentes, daños imprudentes, etc.,²²⁵⁵ Lo que distingue al delito doloso del delito imprudente es el conocimiento que tiene el sujeto sobre el exacto significado de conducta y, en particular, sobre la eficacia exacta del riesgo por ellos creado²²⁵⁶.

3.2.4.1.4.1. Criterio o baremo para determinar la infracción al deber de cuidado

¿Qué estándar debe tener el juez al momento de determinar si se infringió o no un deber de cuidado?

La doctrina alemana distingue la *infracción del deber objetivamente exigible en el tráfico*, el cual analiza en la antijuridicidad y el *poder individual del autor de cumplir aquel deber* el que es reservado para ser analizado en la imputación personal (culpabilidad)²²⁵⁷. Se considera antijurídico el comportamiento que infringe el objetivo deber de cuidado que el ordenamiento jurídico impone, en una situación concreta, a los individuos concienzudos y razonables que pertenecen al círculo del autor, a los ojos de los cuales el resultado aparece como previsible, con independencia de sus facultades especiales y, por lo tanto, la *objetiva* norma de cuidado depende de lo exigible a un hombre diligente en la situación concreta del autor, a partir de un juicio *ex ante* que tome en cuenta los conocimientos especiales de la situación del autor al actuar, teniendo en consideración su nivel cultural, profesional, etc. y Así las cosas, el baremo consiste

²²⁵³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 129.

²²⁵⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 129.

²²⁵⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 130.

²²⁵⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 131.

²²⁵⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 292.

en estos términos, en la imagen ideal de *un hombre diligente en la misma posición del autor*²²⁵⁸.

Un primer límite al delito imprudente se encuentra en el criterio del *riesgo permitido* el cual excluye la tipicidad, ya que si el riesgo está permitido no hay tipo imprudente porque no puede haber imprudencia cuando no existe la vulneración de una norma que imponga un determinado deber de cuidado²²⁵⁹.

Sin embargo, este criterio se ha puesto en tela de juicio en Alemania, a raíz de los casos en que se ven involucrados *médicos cirujanos*, sosteniendo que tratándose de *profesionales altamente calificados* debe aplicarse un *criterio personal subjetivo*²²⁶⁰. Ej.: un sujeto requiere operarse y un médico le pide 20 mil euros por hacerle una operación tradicional, sin embargo, otro médico altamente calificado le pide 50 mil euros por operarlo, y el paciente acepta, no obstante, el día de la operación el médico experto andaba cansado porque trasnocho el día anterior, razón por la cual, le efectúa al paciente una operación tradicional y no la más moderna porque tiene mayor duración y él está cansado. El paciente muere. Pero de haberse realizado la intervención más moderna, para la cual el médico experto estaba capacitado, tal vez el paciente se habría salvado²²⁶¹.

La doctrina dominante alemana valora únicamente en la *culpabilidad* el *poder subjetivo* del autor de ajustarse a la norma de cuidado, cuando el poder depende solamente de características que no cabe imaginar en el hombre diligente normal²²⁶². Así si el poder personal del autor es inferior al del hombre medio, disminuye o se excluye su culpabilidad, pero si el poder del autor es superior al normal ello no podría redundar en su perjuicio, porque la culpabilidad presupone que se ha constatado ya la antijuridicidad en la cual sólo fue constatado que el sujeto llevó a cabo el cuidado exigible al hombre medio, por lo tanto si en el hecho el sujeto actuó con el cuidado objetivamente adecuado al poder del hombre medio y sin embargo el resultado igual acaeció, habría que eximirlo de responsabilidad aun cuando el sujeto en particular y personalmente hubiese podido actuar con mayor prudencia²²⁶³. Esta postura sostiene que cuando el legislador prohíbe una conducta imprudente lo hace considerando la naturaleza de la actividad y no el perfil del sujeto que la lleva a cabo, imponiéndose de esta manera el criterio objetivo general²²⁶⁴.

²²⁵⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 292.

²²⁵⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 292.

²²⁶⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 292.

²²⁶¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 292.

²²⁶² JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 608 y STRATENWERTH, *DP, PG*, op. cit., p. 515.

²²⁶³ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 292.

²²⁶⁴ En contra de esta opinión Stratenwerth, afirma que el parámetro del cuidado requerido en el ámbito de relación, tiene un alcance, para la tipicidad, por un lado, demasiado amplio; por otro, no tan amplio como debería ser. Tiene un alcance demasiado amplio, cuando se exige del autor que cumpla exigencias de cuidado que exceden sus capacidades para dominar los cursos del acontecer. Así, por ejemplo, un conductor, cuya capacidad de reacción está sensiblemente disminuida como consecuencia de una esclerosis cerebral progresiva, actúa de modo típicamente antijurídico si produce un accidente inevitable para él. Pero también para él tiene que regir lo que en el delito de omisión está fuera de discusión: a saber, que el autor tiene que ser capaz de comportarse en la forma jurídicamente mandada - porque el Derecho sólo puede exigir hacer lo que es posible-. Como consecuencia de esto, rige también actualmente que, por ejemplo, conducir a muy alta velocidad por la autopista puede estarle permitido al conductor experto, pero no al principiante (o a un señor de edad). En otras palabras, sin considerar la persona del obligado sólo puede y debe establecerse cuáles son los riesgos que está permitido crear y cuáles no. En esa medida, son normas *generales* las que conforman el punto de referencia del cuidado debido. Pero la cuestión de qué conducta se requiere para excluir el riesgo no permitido depende de las

Mir Puig sostiene que si se sigue el criterio del hombre diligente situado en la misma posición del autor, *debe tomarse en cuenta el poder especial del sujeto*, ya que si han de considerarse los conocimientos especiales del autor al actuar, ha de considerarse su experiencia personal y el fruto de un aprendizaje particularmente intenso, siempre y cuando el *sujeto maneje ese mayor poder a voluntad*²²⁶⁵. Por lo tanto, para la averiguación de si hubo infracción de una norma de cuidado deberá preguntarse qué hubiera hecho el hombre diligente en la misma situación del sujeto, es decir contando con el dato de su especial preparación²²⁶⁶. En aquellos casos en los cuales concurren *aptitudes excepcionales* en el autor pueden distinguirse dos supuestos: a) El autor conoce sus aptitudes especiales, pero deja de utilizarlas conscientemente, aunque sin intención de causar el resultado lesivo ni aceptando su posibilidad, de modo que el autor *infringe la norma de cuidado* que exige comportarse del modo más diligente posible y b) El autor especialmente dotado no estuvo, sin proponérselo, a la altura de sus aptitudes y no se comportó mejor que cualquier otro hombre, es decir, no demostró su especial habilidad, caso en el cual es difícil demostrar que hubo *infracción de la norma de cuidado*, sólo porque el día de los hechos el autor no se encontraba en sus normales condiciones excepcionales²²⁶⁷.

Por lo tanto, en aquellos casos en los cuales concurren *facultades personales sobresalientes*, lo decisivo es la posibilidad del sujeto de emplear las facultades voluntariamente y si pudiendo utilizarlas cuando fuera necesario el agente no lo hizo, el mismo no aplicó el cuidado debido desde el prisma de un observador objetivo, por lo que su conducta sería contraria a la norma de cuidado y, en su caso antijurídica²²⁶⁸. En cambio, si el sujeto no puede disponer del poder excepcional a voluntad, la norma de cuidado no puede motivarlo a utilizarlo²²⁶⁹.

En cambio una *capacidad inferior* del sujeto en comparación a una persona normal, no disminuye ni excluye la antijuridicidad pero sí la imputación personal (culpabilidad) del sujeto²²⁷⁰.

capacidades individuales. En caso extremo, como en el ejemplo inicial, se debe omitir completamente la actividad peligrosa. Por otro lado, no se entiende que en una operación riesgosa, un cirujano especialmente capacitado debiera estar obligado a emplear sólo aquellas técnicas y habilidades que configuran el estándar mínimo para cualquiera que quiera actuar como cirujano. En la omisión, si un guardavidas que es un excelente nadador, va en auxilio de un bañista que está a punto de morir ahogado sólo con la destreza de un nadador intermedio y por ello llega demasiado tarde, nadie dudaría de la responsabilidad. Pues en caso de *conocimientos* especiales se procede en forma individual también en el ámbito de la imprudencia; se hallan incluidos como *saber especial* en el juicio de adecuación. Para las *capacidades*, en las consecuencias, no puede regir nada distinto. No es que el especialmente capacitado deba aplicar una mayor medida de actitud de conciencia, de energía *moral*, sino emplear justamente sólo su poder instrumental. Al igual que en el delito de omisión, también en el delito imprudente la conducta *correcta*, jurídicamente inobjetable, de la que el autor se aparta cumpliendo el tipo, tiene que ser definida no sólo en vista de las normas generales, sino en vista de las posibilidades de acción del autor. Por lo tanto, en los delitos imprudentes de resultado integra la tipicidad, más allá de la causación del resultado, la infracción de un deber de cuidado que se debe medir (también) según las capacidades individuales del autor (STRATENWERTH, *DP, PG*, op. cit., pp. 504-505). También es crítico de la postura mayoritaria JAKOBS, *DP, PG*, op. cit., pp. 385-389.

²²⁶⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 292.

²²⁶⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 292.

²²⁶⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 293.

²²⁶⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 293.

²²⁶⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 293.

²²⁷⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 293.

3.2.4.1.4.2. Crítica al criterio del hombre medio

El criterio del hombre medio ha sido cuestionado por la *teoría de los poderes individuales*, la cual toma en cuenta aquellos aspectos que se exteriorizan en relación con la peligrosidad objetiva de la conducta, lo que supone también una objetivación del poder del autor elevándolo a la categoría de deber²²⁷¹. Esta teoría reprocha al criterio del hombre medio las dificultades prácticas de encontrar el baremo ficticio del *hombre medio*, toda vez que una persona normal con deberes normales además de no existir ni poder ser pensable, es una medida no concretizable en el caso concreto²²⁷². De otro lado, si fuera posible la creación de un hombre medio su utilización en el caso concreto supondría privilegiar a los inteligentes, reconocer las malas costumbres usuales del hombre medio y un trato especialmente duro para los no inteligentes, ya que les obliga a actuar según la pauta de ese *hombre medio*, lo cual atenta en contra del principio de igualdad y de justicia material, toda vez que implica tratar a los desiguales como iguales; exigir a todos el mismo nivel de cuidado obliga a que todos realicen el mismo grado de esfuerzo y aplicando este nuevo baremo común unos pueden más y otros menos²²⁷³.

Se pretende salvar estos obstáculos situando el cuidado en la categoría social del autor, transformando al *hombre medio*, en el *deportista medio*, el *médico medio*, etc., sin embargo, en muchas situaciones no es un problema de profesión, ya que dentro de ésta las diferencias entre unos y otros son enormes y, en todo caso, la creación de un criterio bajo consideraciones de un área del tráfico es siempre ficticio y, en cierta medida, arbitrario²²⁷⁴. Por ello se persigue buscar una mayor individualización creando sub-áreas del tráfico, en el sentido del *médico jefe-cirujano* y, de esta forma, se incorporan las capacidades superiores en la determinación del cuidado²²⁷⁵.

Como se aprecia, individualizar no implica subjetivizar y generalizando no siempre se objetiviza, ya que ello puede ser mucho más arbitrario, subjetivo y difícil de prueba la búsqueda de un hombre ficticio, es más seguro partir del individuo en concreto para objetivizar entresacando todo aquello que se exterioriza en la conducta y que es disponible a voluntad por el sujeto, el cuidado exigible sólo puede ser determinado bajo consideraciones de los poderes reales, ya que al hombre le es más accesible conocer cuál es el esfuerzo que de él exige la sociedad y la mayor capacidad o los especiales conocimientos del autor condicionan la existencia de la infracción del deber objetivo de cuidado²²⁷⁶. El TS en ocasiones ha seguido el criterio de la categoría social autor, junto al de la mayor o menor destreza dentro de dicho ámbito, o otras veces afirma la necesidad de valorar la condición personal y no sólo profesional del agente y con ello, los mayores conocimientos y poderes poseídos por el sujeto individual, los cuales aumentan indudablemente la previsibilidad y evitabilidad del resultado antijurídico y, por tanto, fundamentan la exigibilidad de una conducta más cuidadosa que la exigible a cualquier persona en circunstancias análogas y también tiene en cuenta, la concurrencia de dificultades físicas en el autor, como la falta de vista o de oído o psíquico-físicas, cansancio, sueño, etc.²²⁷⁷

²²⁷¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 111.

²²⁷² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 111-112.

²²⁷³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 112-113.

²²⁷⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 113.

²²⁷⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 112-113.

²²⁷⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 113.

²²⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 115-116.

3.2.4.1.4.3. Poderes inferiores

Si bien la teoría de los poderes individuales puede hacer suponer que privilegia al incapaz y desatento y obliga en mayor medida al cuidadoso, ello no es así, toda vez que en los casos en que un sujeto no tiene capacidad para realizar una determinada conducta peligrosa, la responsabilidad imprudente se fundamenta precisamente en la aceptación de la realización de la conducta concreta pese a que el sujeto conoce o debiera conocer su falta de capacidad para llevarla a cabo sin infringir la norma de cuidado, o bien, en la decisión de realizar dicha conducta riesgosa, aun cuando se está consciente de la falta de preparación previa requerida por la norma de cuidado y ello es así, porque los conocimientos y capacidades personales del autor pertenecen a las circunstancias del caso concreto y concurren en el preciso momento en que el autor del hecho se dispone a realizar la conducta peligrosa²²⁷⁸.

Tampoco es cierto que la teoría de los poderes individuales permita al sujeto con poderes inferiores crear más peligro, ya que la *menor capacidad* obligará al sujeto a no actuar en algunos y en otros a actuar con niveles de atención superiores a los requeridos respecto de un sujeto de capacidades normales²²⁷⁹.

3.2.4.1.4.4. Poderes superiores

La utilización del baremo del hombre medio para medir el cuidado debido, también es objeto de críticas en el caso de autores con capacidad por encima de lo normal, al implicar para estos sujetos una especie de privilegio, toda vez que se les exigiría lo mismo que al hombre medio, aun cuando sus capacidades son superiores a las del criterio utilizado, las consecuencias, político-criminales que de ello se derivan son inaceptables, ya que si el autor con capacidad por encima de la normal no la utiliza, pero cumple con el estándar del hombre medio, el hecho sería atípico y el autor quedaría libre de responsabilidad penal, porque al trasladar el análisis al injusto, el cual ha de descartarse conforme al criterio del hombre medio, no se puede tratar el problema en el ámbito de la culpabilidad²²⁸⁰.

Esta crítica intentó ser superada con la *estandarización de las especiales capacidades* para adecuar el baremo del hombre medio a las exigencias de especialización del espectador objetivo, así, la medida del cuidado se determinará de acuerdo con la habilidad de *un conductor de difícil transporte* o con la de *un cirujano especialmente capacitado que desarrolla un nuevo sistema operatorio con menor riesgo*, sin embargo, es difícil encontrar este baremo por su carácter ficticio y arbitrario y, en todo caso, pormenorizar la capacidad especial hasta el límite, es equiparable a *introducir el poder individual del autor* en la medida del cuidado²²⁸¹. Además, la estandarización de las capacidades especiales no es posible respecto de aptitudes sin función de imagen estándar, como los sentidos de la percepción (capacidad de ver o de oír) y por ello la doctrina mayoritaria incluye a los especiales poderes de los sentidos en la medida del cuidado, limitándose con ello la generalización de la medida de cuidado, lo que también ocurre con la introducción de los conocimientos especiales del autor en la prognosis jurídica objetiva posterior de la relación de adecuación -relación de riesgo-, aun cuando la individualización del juicio de adecuación *ex post*, junto a una

²²⁷⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 116-117.

²²⁷⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 117-118.

²²⁸⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 118.

²²⁸¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 119.

generalización del juicio *ex ante*, no es coherente sistemáticamente, de otro lado, resulta difícil delimitar los *conocimientos especiales* de las *capacidades especiales*: ¿Es conocimiento o es capacidad lo que adquiere el usuario habitual de una determinada calle o el taxista que realiza el servicio en ese lugar?²²⁸²

La teoría de los poderes individuales, en cambio, persigue evitar que en la medida del cuidado, unos sujetos tengan que realizar un esfuerzo mucho mayor que otros para no infringir el deber objetivo de cuidado, teniendo en cuenta, en el mismo momento *ex ante* y con el mismo significado -en la medida del cuidado- tanto los conocimientos especiales como las capacidades-estén o no estandarizadas-; con los únicos límites de que ambos sean *actuales* y de la *posibilidad de emplear voluntariamente las facultades personales por parte del sujeto*²²⁸³.

Así las cosas, podemos señalar que son mayores las ventajas que las desventajas que pueda representar el tener en cuenta los poderes individuales del autor en el injusto, tanto inferiores como superiores. Atender en el injusto a la capacidad individual del autor, no significa atentar en contra del principio de igualdad ni del principio de justicia material, sino todo lo contrario²²⁸⁴.

La medida del cuidado objetivo que se exige al autor debe determinarse *ex ante* y tendrá que tenerse en cuenta la capacidad del sujeto -comprendiendo tanto los conocimientos como las aptitudes-, siempre que éste pueda emplearla voluntariamente en el momento de realizar la conducta, junto a las circunstancias externas concurrentes conocidas o cognoscibles por el autor²²⁸⁵.

La bipartición del cuidado en objetivo y subjetivo viene determinada por la necesidad metodológica de distinguir entre tipo objetivo y subjetivo, pero sin olvidar que es innegable la íntima interrelación entre uno y otro, que implica que, aun cuando se examinen por separado, se condicionan totalmente entre sí y de alguna forma el cuidado subjetivo delimita el cuidado objetivo²²⁸⁶. En la determinación del cuidado objetivo sólo se tendrán en cuenta las capacidades -sean conocimientos especiales o aptitudes- y circunstancias concurrentes conocidas o cognoscibles por el autor, la cognoscibilidad del deber objetivo de cuidado es precisamente el contenido del cuidado subjetivo y ambos se miden individualmente atendiendo al autor individual singular²²⁸⁷.

3.2.4.1.4.5. Presupuesto del deber objetivo de cuidado: La peligrosidad

Para la existencia de infracción de un deber de cuidado, se precisa la constatación de un *riesgo típicamente relevante*, ello supone la presencia de determinado grado de *peligrosidad* y la ausencia de ciertas circunstancias que lo hagan tolerable tales como el criterio de la adecuación social, del riesgo permitido, de la insignificancia, etc.,²²⁸⁸

²²⁸² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 120.

²²⁸³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 120.

²²⁸⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 122.

²²⁸⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 122.

²²⁸⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 122.

²²⁸⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 123.

²²⁸⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 174.

3.2.4.1.4.5.1. Concepto de peligro

El peligro objetivo cognoscible por el autor es el fundamento del injusto, en cuanto constituye un riesgo típicamente relevante, sin embargo, hay que distinguir entre peligro como *situación* y peligro como *juicio*, el peligro como *situación* se concibe como causa de lesión, la imposibilidad de conocer con exactitud, *ex ante*, el peligro efectivamente existente de lesión conlleva la necesidad de adoptar un *concepto normativo de peligro*, válido para el DP, como *probabilidad de lesión de un bien jurídico*, la concepción del peligro como cálculo de probabilidad obliga a su vez a seguir un concepto de *probabilidad* apto para el DP, siendo para el juicio de peligro, lo más adecuado un *método de distribución estadística de probabilidades en grupos*, que permite asignar probabilidades a acontecimientos futuros en base a la frecuencia con que tales acontecimientos han tenido lugar en el pasado, la *probabilidad objetiva*, así obtenida, será el *límite máximo*, que deberá restringirse, en cada caso, por el de *probabilidad subjetiva*, entendida como la posibilidad de conocimiento por el sujeto del grado de probabilidad objetiva, el *grado de probabilidad penalmente relevante* se limitará, a su vez, según el *bien jurídico* a que afecte y según la amplitud del riesgo permitido en el sector de actividad de que se trate²²⁸⁹. El *concepto normativo de peligro* se obtiene a través de un juicio cuya base es el peligro objetivo *-peligrosidad objetiva-* limitado por la probabilidad subjetiva *-cognoscibilidad-* y el criterio del *riesgo permitido*, este planteamiento sirve para cumplir con la necesaria congruencia entre el tipo objetivo y subjetivo en los delitos imprudentes²²⁹⁰. Este peligro se ha de valorar *ex ante* por lo que se denominará *riesgo*, a diferencia del *peligro*, determinable únicamente *ex post*, en el que se constata que el objeto de la acción ha entrado en la esfera de la acción peligrosa²²⁹¹.

3.2.4.2. Injusto imprudente. Tipo subjetivo. Infracción del deber subjetivo de cuidado

El *deber subjetivo de cuidado*, concebido como *cognoscibilidad* del peligro objetivo concurrente, como consecuencia de la existencia del presupuesto objetivo del deber de cuidado implica una estrecha relación entre los aspectos objetivos y subjetivos del tipo, ya que para la existencia del tipo imprudente, además de la constatación de un peligro objetivo, es necesario que ese peligro sea cognoscible por el sujeto y, de esta forma, el deber subjetivo delimita el contenido del deber objetivo de cuidado, al mismo tiempo que no puede determinarse el deber subjetivo de cuidado sin atender al peligro objetivo concurrente, de modo que esta interrelación implica la necesidad de acudir a un concepto de *previsibilidad individual*²²⁹².

3.2.4.2.1. Primer criterio de delimitación: Cognoscibilidad

La *previsibilidad* como elemento del juicio de peligro pertenece al *presupuesto de imputación*, es decir, al *injusto típico* y la medida de la previsibilidad objetivo-subjetiva corresponde a una previsibilidad individual, siendo doble el fundamento de ello: el principio de determinación del tipo de injusto y la función de garantía, que ha de estar dirigida, en primer lugar, a respetar los derechos del individuo y el principio de

²²⁸⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 206.

²²⁹⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 206.

²²⁹¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 206.

²²⁹² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 273.

igualdad en su acepción material, que implica tratar a los desiguales como desiguales²²⁹³.

3.2.4.2.1.2. Previsibilidad individual y conocimiento

La *previsibilidad individual* se concibe, en la *culpa inconsciente*, como deber de prever aquello que al sujeto le era posible prever *ex ante*, que será únicamente aquello que tenía posibilidad de conocer²²⁹⁴.

La *cognoscibilidad* entendida como: *lo que es exigible de conocer al sujeto*, es el límite máximo de la previsibilidad individual, de manera que conocimiento o cognoscibilidad son dos perspectivas del deber subjetivo de cuidado en el tipo imprudente²²⁹⁵. El deber subjetivo ha de ser limitado por arriba, respecto del dolo eventual, y, por abajo, determinando hasta donde llega la cognoscibilidad, el conocimiento propio de la *culpa consciente* no lo es nunca del efectivo riesgo creado, por lo que no es tampoco un conocimiento cierto sino *cognoscibilidad del riesgo efectivo*, la *cognoscibilidad es el fundamento del deber subjetivo de cuidado en ambas modalidades de culpa*²²⁹⁶. La fundamentación de la punición de la *culpa inconsciente* consiste en que el riesgo típicamente relevante se crea en el momento de emprender la actividad peligrosa *sin conocimiento suficiente*, siempre que éste sea *exigible*, si se comprende el hecho como un todo objetivo-subjetivo y se examina desde una perspectiva *ex ante* adquiere todo el sentido dirigir a los ciudadanos el mandato de que adviertan la peligrosidad de sus acciones, toda vez que el núcleo del tipo subjetivo imprudente es la *cognoscibilidad de la posibilidad de realización típica*²²⁹⁷.

3.2.4.2.1.3. Cognoscibilidad: Deber subjetivo de cuidado

El *objeto del conocimiento*, en la *culpa consciente*, es la *posibilidad de realización típica*, mientras que en la culpa inconsciente es la *posibilidad del conocimiento de esa realización*, el elemento fundamental, del tipo subjetivo imprudente es la *cognoscibilidad de la concreta previsibilidad de la realización típica* y en el doloso el *conocimiento de la concreta previsibilidad de la realización típica*, por lo tanto, para la calificación de un hecho como imprudente es necesario el desconocimiento de la efectiva situación de peligro (en concreto) y que ese desconocimiento sea imputable, para lo cual, junto a la cognoscibilidad, como *ignorancia vencible de la situación de peligro*, ha de existir un *deber de evitar ese desconocimiento* y éste es el *deber subjetivo de cuidado*²²⁹⁸. Se ha de entender, por tanto, la cognoscibilidad como *exigibilidad del conocimiento del peligro*²²⁹⁹.

La determinación del deber subjetivo se logra con ayuda del *criterio de exigibilidad*, el cual como principio regulativo general, permite trazar un límite a la exigencia de conocimiento del peligro, de manera que la base del juicio sobre el deber de conocer versará sobre: 1º) el conocimiento de la efectiva situación; 2º) la previsión de su propia conducta y de su eficacia en la situación; 3º) el conocimiento de las reglas

²²⁹³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 273.

²²⁹⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 274.

²²⁹⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 274.

²²⁹⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 274.

²²⁹⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 274.

²²⁹⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 275.

²²⁹⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 275.

de experiencia y de su aplicación a la situación concreta²³⁰⁰. El examen recae, exclusivamente, sobre los datos que representan un riesgo para un elemento típico²³⁰¹.

El desconocimiento del peligro es siempre *desconocimiento de una circunstancia objetiva que concurre en la situación*, por lo que se trata de una modalidad de *error de tipo* y la infracción de la norma de cuidado se deriva del *desconocimiento de un factor que condiciona la relevancia típica de la conducta*, así, será cierta la afirmación de que: decidir sobre la exigibilidad del conocimiento equivale a pronunciarse sobre la vencibilidad o invencibilidad del error, toda vez que el dolo presupone *el conocimiento de la efectiva virtualidad lesiva de la conducta* y el objeto del dolo es la creación de un riesgo como tipicidad de ésta conducta, es decir, *los hechos externos en cuanto peligrosos*²³⁰².

3.2.4.2. Segundo criterio de delimitación: Evitabilidad

3.2.4.2.2.1. Distinción entre dolo e imprudencia

La distinción entre dolo e imprudencia debe hacerse desde la imprudencia, preguntando: si dados una misma conducta y un mismo conocimiento de su peligrosidad se puede encontrar un elemento que fundamente la imprudencia, muchos hechos imprudentes son tales y no dolosos por la *sobrevaloración, por el autor, de su posibilidad de control de la situación*, ya que siempre que el *autor mantiene el control del peligro*, la dominabilidad de éste puede fundamentar un *error sobre la capacidad de evitación*, pero en los casos en que no existe este control, y el sujeto conoce el concreto riesgo, la conducta será dolosa, siempre que no concurra un *error sobre la efectiva peligrosidad de la conducta*²³⁰³.

3.2.4.2.2.2. Error sobre la capacidad de evitación

El *error*, como elemento esencial del tipo subjetivo imprudente, puede recaer: 1) sobre la valoración del autor sobre su capacidad de evitar la lesión, cuando tiene el control del riesgo; 2) sobre el desconocimiento de la efectiva peligrosidad de la conducta, en los casos en que no mantiene el control del riesgo, siempre que ese desconocimiento tenga un fundamento racional y en todos los supuestos de culpa inconsciente²³⁰⁴.

El *contenido del deber subjetivo de cuidado* se determina, desde una *perspectiva negativa* -por arriba-, delimitándolo del dolo y desde una *perspectiva positiva* -por abajo- delimitándolo de la ausencia de deber: a) *Perspectiva negativa*: conocimiento de la posibilidad de realización típica con: 1) *error sobre la capacidad de evitación* -en los casos en que el autor tiene control sobre el riesgo de la conducta-; 2) *error sobre la efectiva peligrosidad de la conducta* -cuando el autor no tiene el riesgo bajo control-²³⁰⁵. El autor infringe el deber subjetivo de cuidado al *no evitar el error sobre la efectiva virtualidad lesiva de la conducta*. b) *Perspectiva positiva*: desconocimiento del riesgo

²³⁰⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 275.

²³⁰¹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 275.

²³⁰² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 275.

²³⁰³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 277.

²³⁰⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 277.

²³⁰⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 277.

con deber de conocer -cognoscibilidad-²³⁰⁶. El autor infringe el deber subjetivo de cuidado al *no evitar el desconocimiento* -que es una forma error, por ser equivalente al *falso o erróneo conocimiento*²³⁰⁷. En ambos casos, la evitabilidad o inevitabilidad del error y el conocimiento del peligro deben ser exigibles al sujeto y en la decisión sobre la *vencibilidad o invencibilidad del error*, y sobre la existencia o no de deber de conocer -cognoscibilidad-, se utilizará el principio regulativo de la exigibilidad²³⁰⁸.

3.2.4.3. Imputación objetiva

Sobre presupuesto de imputación e imputación objetiva, ver capítulo VI.

3.2.4.4. La imprudencia en el delito de lesiones

3.2.4.4.1. Esquema general de la imprudencia en el delito de lesiones en el CPes

A diferencia de las lesiones dolosas, las lesiones imprudentes suelen aparecer en el desarrollo de actividades socialmente permitidas e, incluso, valiosas: accidentes automovilísticos, laborales y negligencias médicas, principalmente²³⁰⁹. El CPes de 1995, prevé expresamente la comisión del delito de lesiones por imprudencia en el delito de lesiones distinguiendo el legislador en base a la entidad de la imprudencia, la cual puede ser grave o, incluso leve, lo cual refleja la voluntad inequívoca del legislador de proteger la salud de las personas frente a cualquier tipo de ataque contra la misma, incluso los derivados de una infracción leve de la norma de cuidado²³¹⁰.

Para que las lesiones causadas por imprudencia sean constitutivas de *delito*, es necesario que: a) el resultado esté previsto como tal en los arts. 147.1, 149 o 150, graduándose la pena según el concreto resultado causado, el medio empleado (la utilización de vehículo a motor o ciclomotor, o la utilización de un arma de fuego), así como la modalidad de imprudencia cometida (si se trata de imprudencia profesional); y b) respecto a la conducta, que la imprudencia pueda ser calificada de grave²³¹¹.

Para que las lesiones causadas por imprudencia sean constitutivas de *falta*, es necesario que: a) el resultado esté previsto como delito en el art. 147.2, y la conducta fuere constitutiva de imprudencia grave (art. 621.1); y b) que el resultado esté previsto como tal en los arts. 147.1, 149 o 150 y, respecto a la conducta, que la imprudencia pueda ser calificada de leve (art. 621.3), sin distinguir, a efectos de penalidad, entre los distintos supuestos, salvo respecto de aquellas conductas llevadas a cabo utilizando un vehículo a motor o ciclomotor o un arma, caso en los cuales el tribunal puede imponer una sanción especial de privación de derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotor, en el caso del primero, o bien, a la tenencia y porte de armas, en el caso del segundo²³¹².

²³⁰⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 277.

²³⁰⁷ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 277.

²³⁰⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 277.

²³⁰⁹ FELIP I SABORIT, "Las lesiones", op. cit., p. 74.

²³¹⁰ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. II, p. 2748.

²³¹¹ LUZÓN PEÑA, *Enciclopedia penal básica*, op. cit., p. 887; ARROYO ZAPATERO y otros (Dir.), 379-380 y SUAREZ GONZÁLEZ, "De las lesiones", op. cit., p. 439.

²³¹² LUZÓN PEÑA, *Enciclopedia penal básica*, op. cit., p. 887 y SUAREZ GONZÁLEZ, "De las lesiones", op. cit., p. 439.

3.2.4.4.2. Imprudencia grave

Conforme a lo dispuesto en el art. 152.1, si la imprudencia es *grave* (aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente o la ausencia u omisión de *las más elementales* medidas de cuidado o atención que la convivencia exige^{2313/2314}) el hecho deberá calificarse jurídicamente como delito, a no ser que concurran los criterios específicos contenidos en el tipo penal privilegiado de lesiones referidos en el art. 147.2, en cuyo caso se aplicará, previa denuncia, la falta contenida en el art. 621.1²³¹⁵. Ello supone una excepción a la tendencia general imperante en el CPes, según la cual las imprudencias graves son siempre constitutivas

²³¹³ CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 297.

²³¹⁴ En STS de 8 octubre de 2001, el TS condena por un delito de imprudencia grave con resultado de lesiones de los arts. 150.1 y 2 CP al acusado, un funcionario de policía que, según resultó probado, efectuó varios disparos al vehículo que ocupaba la víctima, cuando el vehículo intentaba huir de los policías, que sin ostentar el uniforme, interceptaban el paso, de madrugada, en un callejón sin salida. Concretamente, razona el Tribunal: Ha de calificarse, pues, su actuación como gravemente imprudente, pues efectuar un disparo a un vehículo en movimiento, traspasa la mera negligencia y muestra una mayor culpa por cuanto un resultado como el acaecido, es fácilmente previsible. En el art. 5.2 c) y d), de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se dice que los miembros de tales Fuerzas y Cuerpos solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad. Siempre sobre la base de que de ello dependa evitar daño grave, inmediato e irreparable. En función de ello, se concluye que en el supuesto que se examina, existe notoria desproporción entre el fin perseguido por el autor y el peligro de lesión de bienes jurídicos provocados por su acción. En definitiva, ponderando la cualidad e intensidad de la desatención del acusado, desencadenando un riesgo de fácil previsión, dada su profesionalidad y experiencia, y atendido a la entidad del deber objetivo de cuidado omitido, ha de considerarse correcta la calificación jurídica del Tribunal de instancia, al considerar las lesiones como imprudentes, que ha de estimarse plenamente ajustada a Derecho.

En esta misma línea, la STS de 15 marzo de 2002, estimó la existencia de imprudencia grave, por falta de congruencia y proporcionalidad, infringiendo la norma legal de cuidado, en la conducta de un funcionario en prácticas del Cuerpo Nacional de Policía que, habiendo intervenido en la persecución de un vehículo, cuya sustracción había sido denunciada, disparó una escopeta contra uno de los ocupantes del vehículo ocasionándole diversas heridas en los dos ojos que determinaron su ceguera total: La doctrina de esta Sala ha repetido en infinidad de ocasiones—véanse, entre muchas, las SSTS de 16 de junio de 1987 y 29 de octubre de 1994 y más recientemente las 291 y 1904 de 2001— que la comisión de un delito de imprudencia supone, en primer lugar, una acción u omisión voluntaria que crea una situación de riesgo previsible y evitable si fuese previsto, en segundo lugar, la infracción de una norma de cuidado y, por último, la producción de un resultado dañoso —no ya de cualquiera, de acuerdo con el art. 12 CP 1995, sino el propio de alguno de los tipos dolosos que admiten la forma culposa— derivado de la descuidada conducta en una adecuada relación de causalidad. La estructura dogmática del delito de imprudencia es, pues, la siguiente: A) El tipo objetivo está integrado, de un lado, por un acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado que obliga, bien a advertir el riesgo que se crea con la acción u omisión, bien a evitar que el riesgo se concrete en una efectiva lesión; y de otro, por un resultado susceptible de ser subsumido en un tipo delictivo que admita, en virtud de una expresa norma legal, la forma culposa. B) El tipo subjetivo, por su parte, está integrado también por dos elementos, uno de los cuales es la ausencia de voluntariedad con respecto al resultado dañoso, en tanto el otro es la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado. Esta infracción, a su vez, se puede realizar de dos formas que dan lugar a las que la doctrina clásica llamó culpa consciente y culpa inconsciente; en la primera se omite voluntariamente el cumplimiento del deber de evitar el riesgo advertido y en la segunda se omite, también voluntariamente, el cumplimiento del deber de advertir el riesgo. Todos los antedichos elementos concurrieron en el hecho enjuiciado por la Sentencia recurrida. Ante todo, el acusado realizó una acción voluntaria, cual es la de disparar, que produjo el resultado típico previsto en el art. 149 CP en que se castiga el delito de lesiones que ocasiona, entre otras graves secuelas, *la pérdida de un sentido*”.

²³¹⁵ CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, op. cit., p. 297.

²³¹⁶ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 69.

²³¹⁷ En STS de 22 de enero de 1999, el TS realiza una aplicación preferente del art. 152, sobre el 158, cuando la imprudencia que causa lesiones se produce en el parto: “Esta Sala en la Sentencia de 5 de abril de 1995, se decantó en favor de la tipicidad de la conducta como delito de lesiones por imprudencia, afirmando que no se vulnera el principio de legalidad, esgrimiendo, entre otros, los siguientes argumentos: “en armonía con los avances científicos, que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero — conforme a las técnicas más recientes— de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea preterida de la *mulieris portio*, es desconocer las realidades indicadas. La regulación penal anunciada, primero en el Proyecto de 1992 y actualmente en el de 1994 en proceso de elaboración legislativa, otorga a estos hechos una tipificación clara y realista que es eco de las razones últimamente expuestas, pero no implica que llene un vacío normativo porque desde la perspectiva actual es posible dotarles de una construcción jurídico-penal, tal como ha venido haciendo implícitamente la jurisprudencia de esta Sala en SS de 29 de mayo de 1965, 5 de mayo de 1988 y 1 de abril de 1992 referidas a las matronas, y otras a ginecólogos, como las de 29 de marzo de 1988 y 4 de octubre de 1990. En conclusión, afirmado como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitura y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad”. La tipicidad de conductas como la que nos ocupa en el presente recurso ha sido sostenida, por lo expuesto, en la doctrina de esta Sala. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 53/1985, ha declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta. El caso que examinamos en el presente recurso de casación no se refiere a una vida humana en formación, muy al contrario, las graves lesiones que se exteriorizaron cuando concluyó el parto se causaron al demorarse un nacimiento ya iniciado, en una gestación culminada, impidiéndose que la criatura saliera cuando debía del seno materno. El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto. Decíamos que el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. No existe en Derecho penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación, a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona. Lo que no cabe duda es que la conceptualización de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los arts. 15 y 43 de nuestra Constitución. El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro, sino la salud e integridad física de una “persona”, el otro, al que se refieren el art. 420 del Código Penal derogado y el art. 147 del vigente Código Penal. Esta Sala, en la Sentencia 746/1996, de 23 de octubre, ya había señalado las diferencias existentes entre las concepciones biológicas y jurídicas que marcan la noción de vida en el siglo XIX de las que prevalecen actualmente, pues biológicamente es claro, en la actualidad, que la vida existe desde el momento de la concepción y como vida humana en germen es protegida hasta el comienzo del nacimiento. Por consiguiente, y así se infiere de dicha sentencia, a partir del comienzo del nacimiento deja de ser feto y se inicia su protección como persona. Debe, igualmente, tenerse en cuenta que la agresión propia de un delito contra las personas no requiere que la acción u omisión lesiva se produzca mediante actuación directa sobre la víctima, es perfectamente posible que la acción u omisión que crea la situación de riesgo o peligro para el bien jurídico protegido se produzca a través de otra persona u objeto, otra cosa no puede entenderse cuando el art. 147 del vigente CP y el art. 420 del Texto derogado, con notoria amplitud, se refieren a causar lesión por cualquier medio o procedimiento. Así, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 9 de junio de 1998, que la reforma de los delitos de lesiones operada por la LO 8/1983 significó un cambio trascendental en la estructuración de los tipos penales que protegen la integridad corporal y la salud.

Si la imprudencia se realiza utilizando vehículo a motor, ciclomotor o arma de fuego, o merece el calificativo de *imprudencia profesional*, deben aplicarse las disposiciones contenidas en el art. 152.2 y 3, siempre y cuando se tratare de casos de *imprudencia grave*, con excepción de aquellos casos en los cuales, concurren los criterios específicos contenidos en el tipo penal privilegiado de lesiones, referidos en el art. 147.2, caso en el cual se aplicará el art. 621.1²³¹⁸.

Así, por ejemplo, se tiende a afirmar la gravedad de la imprudencia en los siguientes casos: los errores en el uso de armas por parte de cazadores o miembros de cuerpos armados o agentes de seguridad; la conducción bajo la influencia de drogas o alcohol, la desatención de una señal de *Stop*, la invasión del carril contrario de la calzada sin visibilidad o ante la proximidad de una cuna o el adelantamiento peligroso²³¹⁹, el *latigazo cervical* en colisión entre automóviles, sin otras lesiones apreciables y que suele tratarse con calmantes y collarín cervical durante unos pocos días (falta de lesiones por *imprudencia grave* del art. 621.1 CPes²³²⁰); la fractura de pierna producida por una conducción temeraria (delito de lesiones por *imprudencia grave* del art. 152.1.1. CPes); pequeña brecha en la cabeza, que precisa tres puntos de

Mediante la nueva redacción se pasó de un sistema caracterizado primordialmente por describir determinadas formas de acción, que implicaban explícitamente una actuación sobre el cuerpo de la víctima (herir, golpear, maltratar de obra), a otro sistema en el que la forma de la acción carece de una caracterización especial. De esta manera lo decisivo ya no es la forma de la acción, sino su causalidad respecto al resultado de menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental. Queda, pues, afirmada la legalidad de la aplicación del delito de lesiones al caso que nos ocupa, en cuanto resulta perfectamente acreditado, por el relato fáctico de la sentencia de instancia, que el objeto de la acción, en este caso omisión, y el bien jurídico protegido coinciden en una criatura ya formada y en un tiempo en el que ya se han producido en el organismo de la madre las contracciones de dilatación del útero, tendentes a la expulsión, que el acusado confunde con dolores lumbares consecuentes a un cólico nefrítico. El nacimiento ya se había iniciado y la víctima, por consiguiente, era una persona. Afirmada la legalidad de una posible calificación como delito de lesiones, pasamos a examinar si los hechos son constitutivos de *imprudencia temeraria*. Un repaso a los momentos más importantes del suceso permiten fundamentar, sin duda, una *imprudencia temeraria* con resultado de lesiones, que se tipifica como delito de lesiones por *imprudencia grave* en el CP de 1995. Así, reiterando lo antes expresado, el acusado es médico-ginecólogo que se encarga de la asistencia al embarazo y parto de D. a M. Pese a que el embarazo, que en principio fue gemelar, llevaba aproximadamente 38 semanas de gestación, ante los fuertes dolores abdominales que padece la embarazada, diagnóstica, sin consultar con ningún urólogo u otro facultativo, que esos dolores son consecuentes a un cólico nefrítico. Indica su ingreso en una clínica, donde queda internada como una enferma más, y no obstante evidenciarse, por la analítica (sangre y orina) y ecografía obstétrica practicada, una marcada disminución del líquido amniótico y obra abdominal y de gestación (indicativa de *trabajo de parto*), insiste en su inicial diagnóstico y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno. Una hora después, sí lo hizo una matrona de la clínica, a instancia de la propia embarazada, comprobando que ésta se hallaba con una avanzada dilatación, por lo que la envió, enseguida, al paritorio, donde se produjo el parto, ya con asistencia del acusado. El niño nació padeciendo una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, secundaria a factores de hipoxia-isquémica cerebral”.

²³¹⁸ Así, por ejemplo, en STS de 18 de septiembre de 2001, el TS resolvió que: “Mientras que en la infracción de la norma de cuidado se contiene el desvalor de la acción, es en la resultancia de la acción imprudente donde reside el desvalor del resultado. Desvaloración que en uno y otro caso admite gradaciones y niveles de los que depende la distinción entre el delito y la falta. En efecto en el delito de *imprudencia* con resultado de muerte (art. 142.1 CP) es necesario que la *imprudencia* sea *grave*, convirtiéndose en la falta del art. 621.2 del Código Penal cuando la *imprudencia* es leve. En el caso de las lesiones imprudentes del art. 152, la gravedad en la culpa es exigencia del tipo delictivo, convirtiéndose en falta en los casos de levedad en la *imprudencia* aunque el resultado lesivo fuese de los previstos como delito (art. 621.3), como también se rebaja a la categoría de falta de lesiones la causada por *imprudencia grave*, cuando el resultado lesivo es el previsto en el apartado 2.º del art. 147, es decir, cuando sea de menor gravedad atendidos el medio empleado o el resultado producido”.

²³¹⁹ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 128-129.

²³²⁰ FELIPI SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 69.

sutura, producida por una conducción temeraria (falta de lesiones por imprudencia grave del art. 621.1 CPes)²³²¹.

Uno de los aspectos teóricamente más complejos radica en la postura jurisprudencial, claramente dominante desde la STS de 14 abril 1970, que sostiene la *degradación de la intensidad de la culpa* en los casos en que la víctima haya contribuido al hecho mediante una actuación imprudente. Aun negándose a aceptar una extrapolación a la esfera penal de la doctrina de la compensación de culpas, el TS trata de justificar la conversión de la culpa grave en leve atendiendo a la menor previsibilidad del hecho o simplemente al menor reproche social de la conducta y no cierra el paso incluso a una excepcional exoneración de la responsabilidad del autor (SSTS de 8 junio 1985, de 6 febrero 1987 o de 12 julio 1989. Esta postura puede sostenerse desde tesis *victimodogmáticas* operando con argumentos como la disminución de la necesidad o el merecimiento de la tutela, aunque esta vía ha recibido la crítica de un sector de la doctrina que le ha reprochado incurrir en una inadmisibles privatización de los conceptos penales²³²².

3.2.4.4.2.1. Imprudencia profesional

Como dijimos al tratar el deber de cuidado externo en el delito imprudente, la *imprudencia profesional* consiste en la carencia de los conocimientos que le son exigibles al sujeto por su cualificación profesional²³²³, situación que agrava la antijuridicidad del hecho²³²⁴. La expresión *imprudencia profesional* contemplada en el art. 152.3 del CPes, permite afirmar la punibilidad agravada tanto de la realización de una actividad peligrosa sin la preparación técnica que la misma requiere, como en una indebida aplicación de los conocimientos atribuible a la falta del esmero, atención o diligencia exigibles al profesional medio²³²⁵. La apreciación de este tipo agravado exige la previa calificación de la imprudencia como grave, pues al contemplar el art. 152 solamente supuestos de imprudencia grave, toda excepción a esta regla (máxime teniendo carácter *contra reo*) debería constar expresamente²³²⁶. Impericia es la incapacidad o falta de preparación para efectuar una actividad que requiera una especial preparación o aptitud (pericia)²³²⁷. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina dominante, interpretan que, al igual que la negligencia, se trata de impericia profesional, es decir, falta de capacidad preparación o pericia para efectuar una actividad profesional y especializada en ámbitos de riesgo, por ejemplo: la medicina, cirugía, ingeniería, arquitectura, conducción de vehículos pesados etc., lo que supone una mayor gravedad frente a las actividades no profesionales, para las que no se exige tanta cualificación²³²⁸ y la negligencia profesional supone la ejecución abandonada desatenta, con dejadez, por parte del profesional de actividades peligrosas precisamente de su esfera profesional²³²⁹. Así, se dice que su diferencia con la imprudencia “común” es cuantitativa, así, la STS de 29 de noviembre de 2001, señaló que: “cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional, que ha de tener saberes y posibilidades específicas de

²³²¹ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 74.

²³²² TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 129.

²³²³ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 290.

²³²⁴ SUAREZ MIRA (Coord.), “Las lesiones”, op. cit., p. 51

²³²⁵ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 129-130.

²³²⁶ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 129-130.

²³²⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., pp. 519-520

²³²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, p. 92.

²³²⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., pp. 519-520.

actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación”²³³⁰.

En estos casos, a la pena privativa de libertad se añade, también como pena principal, la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo. La referencia al *cargo* no debe entenderse en el sentido de la inhabilitación especial para empleo o cargo público, sino en el de situaciones relacionadas con la profesión o el oficio²³³¹.

En cuanto a los requisitos que han de concurrir en el caso concreto para que se pueda apreciar imprudencia profesional, desde la STS de 29 de diciembre de 1975 se establecen las siguientes exigencias: 1. En cuanto al sujeto activo, la realización de actos negligentes en el ejercicio de su profesión, de la cual hace su medio de vida ordinario y dedicación laboral; 2. La conducta pertenece a la serie de actos que de manera habitual se exigen y practican por los profesionales del ramo; 3. Sobre el resultado, es precisa la producción de muerte o lesiones graves; 4. En cuanto a la culpabilidad, es necesario que el resultado se produzca a consecuencia de impericia o negligencia profesional incompatible con la profesión, practicando ésta con manifiesta peligrosidad, caracterizada por un plus de culpa sobre la temeraria; y 5. La apreciación de tales factores ha de realizarse con criterio de relatividad, ponderando, en todo caso, circunstancias, personas, y actividad profesional desarrollada²³³². La agravación que supone la imprudencia profesional, exige que el resultado se origine a consecuencia de impericia profesional inexcusable en su ejercicio, practicado éste con manifiesta peligrosidad²³³³.

3.2.4.4.3. Imprudencia leve

Si la imprudencia es *leve* (supone la infracción de normas de cuidado no elementales, normas que respetaría el ciudadano *cuidadoso*) procederá en todo caso, siempre que medie denuncia, la falta del art. 621.3. La inobservancia del cuidado objetivamente debido tiene que ir referida la conducta portadora de un riesgo *ex ante* cognoscible e idóneo para producir el resultado típico²³³⁴.

Si se tratare de casos en que la imprudencia se realiza utilizando vehículo a motor, ciclomotor o arma de fuego, pero con imprudencia *leve*, se aplicarán, previa denuncia, las normas prescritas en el art. 621.4 y 5 del CPes.

Se tiende a afirmar la levedad de la imprudencia en casos como fractura de pierna producida por una conducción levemente imprudente (falta de lesiones por imprudencia leve del art. 621.3 CP).

²³³⁰ SUAREZ MIRA, “Las lesiones”, op. cit., p. 52.

²³³¹ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 157.

²³³² VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, en *CPC*, 2005, p. 173.

²³³³ VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, en *CPC*, op. cit., p. 174.

²³³⁴ En consideración a la conducta de la víctima y, por ende, en una especie de compensación de culpas no regulada no establecida en la ley, el TS sostuvo, en STS de 24 de abril de 2001 que: “La imprudencia, inicialmente considerada como grave, puede ser degradada a leve cuando concurre una actuación también imprudente de la propia víctima toda vez que esa concurrencia determina una menor responsabilidad, una menor evitabilidad y una menor perspectiva de la peligrosidad, consecuentemente un menor grado de influencia en la causación del resultado”.

3.2.4.4.4. Delimitación entre la imprudencia grave y leve

Como en todo tipo penal imprudente, los elementos objetivos y subjetivos de la falta de lesiones imprudentes deben ser acreditados. Así, debe señalarse cuál es la norma de cuidado y el deber de cuidado que de ella emana y probarse tanto su infracción como el carácter de *leve* de la misma. La infracción de la norma de cuidado debe conllevar la realización de una conducta típicamente relevante, por lo cual debe acreditarse su peligrosidad *ex ante*, es decir su idoneidad para provocar el resultado y la entidad del peligro inherente a la misma, conocido o cognoscible por parte del autor del hecho. Además, en cuanto al resultado naturalístico lesivo, es necesario acreditar, desde una perspectiva *ex post*, la causalidad y de la relación de riesgo. Todos estos elementos son *presupuestos esenciales e inexcusables* de cualquier condena por falta imprudente contra las personas, conforme a los mismos parámetros dogmáticos que sirven de base para afirmar la presencia de la misma y su gravedad en los delitos imprudentes, toda vez que, ni toda causación de muerte o lesiones debe hallar causa en la infracción penalmente relevante de una norma de cuidado, -ya que en este sistema no se sanciona la imprudencia levísima²³³⁵ y, además, los resultados lesivos también pueden ocurrir por casos fortuitos, por ende imputables- *ni la gravedad de la infracción de la misma puede venir determinada por la gravedad del resultado*, sino por criterios generales y objetivos en los que la infracción concreta deberá poder subsumirse a efectos de su calificación como grave o leve²³³⁶. Por lo tanto, no hay que perder de vista que la infracción de la norma de cuidado y, con ello, su carácter de grave o leve deben determinarse *ex ante*, porque a esas alturas el resultado naturalístico ni siquiera se ha producido.

En este sentido, Córdoba Roda y García Arán critican los criterios delimitadores entre imprudencia grave e imprudencia leve contenidos en la STS de 2 de octubre de 2002, que parte exclusivamente de una valoración *ex post* de la misma, atendiendo al resultado de muerte producido, aun cuando la conducta consistió en un puñetazo en la cara en el transcurso de una pelea, a consecuencia del cual uno el sujeto cayó al suelo, golpeándose en la cabeza. Ante tales hechos acreditados, el TS considera que: “Toda acción no dolosa, que conlleva el peligro de una lesión considerable, constituye, por lo menos una imprudencia grave”²³³⁷. Pese a que la consideración pareciera referirse al peligro de la conducta, termina por establecer el carácter de la imprudencia en base a la gravedad del resultado, por cuanto la caída de uno de los contendores en el fragor de una pelea es un hecho bastante fortuito, así como el hecho de que a raíz de la caída el sujeto se golpee al extremo de perder la vida²³³⁸. Ni tampoco, partiendo de criterios

²³³⁵ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. II, p. 2749.

²³³⁶ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. II, pp. 2750-2751.

²³³⁷ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. II, p. 2751.

²³³⁸ Atendiendo en mayor medida a la entidad de la infracción de la norma de cuidado, la STS de 1 de diciembre de 2000, sostuvo que: “Ya se ha señalado, tanto por la doctrina como en sentencias de esta Sala, que el Código Penal de 1995 ha simplificado la anterior división tripartita de la gravedad de la imprudencia en temeraria, simple con infracción de reglamentos y simple sin infracción de reglamentos, sustituyéndola por imprudencia grave y leve, diferencia de entidad que, en el caso de resultado de muerte, determina que el hecho sea calificado respectivamente de delito o de falta. Para la determinación de la entidad de la imprudencia hay que atenderse a: 1.º) la mayor o menor falta de diligencia mostrada en la acción u omisión constituyente de la conducta delictiva; 2.º) la mayor o menor previsibilidad del evento que sea el resultado; 3.º) el mayor o menor grado de infracción por el agente del deber de cuidado que según las normas socio culturales vigentes de él se esperaba (Sentencia de 18 de marzo de 1999 con cita de otras anteriores)”.

También poniendo el acento en la infracción de la norma de cuidado más que en el resultado naturalístico acaecido, la STS de 29 de mayo de 1999, resuelve que: “Se debe señalar que en los casos en

generales que en nada se refieren al concreto y específico deber que incumbía al sujeto de controlar el riesgo (STS de 22 de diciembre de 2001), entender que la gravedad y *a contrario sensu*, la levedad deberá determinarse “teniendo en cuenta tanto la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo”, como lo hace la STS de 22 de diciembre de 2001. Si bien la peligrosidad de la conducta es uno de los factores a considerar en la determinación de la entidad de la imprudencia y, por cierto, la valoración social del ámbito en el cual el riesgo se genera incide en el nivel de riesgo permitido, la mera referencia a un criterio general conduce, por un lado, a considerar penalmente relevante a título de imprudencia leve toda infracción de la norma de cuidado de la que no puede predicarse el carácter de grave, aun en supuestos de culpa levísima y, por otro, otorga soporte al recurso de la búsqueda, en cascada a la inversa, de cualquier lejanísimo e indirecto sujeto a quien incumbía controlar *in genere* la corrección de una actividad en todos sus estadios, como sucede en las muertes o lesiones producidas en el ámbito laboral, y declarar la responsabilidad penal del mismo a título de falta. En el sentido expuesto, la sentencia antes citada expresa: “deberes que no sólo alcanzaban al encargado de mantenimiento de la fábrica, que asignó a la víctima su tarea, sino también a los gerentes de la empresa que conocían aquélla y que con su capacidad y rango de dirección, gerencia, podían haberlo impedido. Pues *la responsabilidad se distribuye en cascada* a quienes tienen el poder de dirección y organización del trabajo”²³³⁹.

Además el TS considera que la apreciación del Tribunal de Instancia en orden a calificar la imprudencia como leve es inadecuada, porque “como ha manifestado esta Sala, las nuevas categorías legales de imprudencia grave y leve han de ser puestas en relación con la entidad de la infracción del deber de cuidado, nervio de la imprudencia, en relación con el bien jurídico protegido, debiendo exigirse más nivel de cuidado respecto de la vida e integridad física que respecto a los bienes y en todo caso el arquetipo de la referencia de las conductas ha de ser el modo de proceder de las personas conscientes y cuidadosas”²³⁴⁰.

Con ello me parece que el TS rompe la estructura determinada por la ley para establecer la diferencia entre imprudencia grave o leve. En efecto, si bien el comienzo de la argumentación pareciera ser adecuado, toda vez que la entidad de la imprudencia depende del grado de infracción del deber de cuidado, luego TS pareciera entender que en aquellos casos en los que el bien jurídico protegido es la vida o la salud individual, el parámetro debería ser mayor ampliando con ello el ámbito de la imprudencia grave, cuestión que la ley no refiere en ninguna parte. La entidad de los bienes jurídicos en juego ha sido considerada por el legislador a la hora de incriminar sólo algunas conductas a título de imprudencia, más no para determinar la entidad de la infracción de la norma de cuidado. Por último, con la expresión “el arquetipo de la referencia de las conductas ha de ser el modo de proceder de las personas conscientes y cuidadosas” acude a un criterio general inexistente y artificioso que en nada considera el adecuado criterio de la evitabilidad individual.

Bastante mejor me parecen los criterios referidos en otras sentencias. Así la STS N° 791/2001, de 8 de mayo, refiere que: “La imprudencia grave se diferencia de la leve por consideraciones cuantitativas, mayor previsibilidad de la probabilidad dañosa”²³⁴¹.

los que el resultado acaecido guarda una cierta desproporción estadística entre la conducta realizada y lo que habitualmente ocurre —como en este caso— la gravedad de la imprudencia debe ser degradada”.

²³³⁹ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. II, p. 2751.

²³⁴⁰ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. II, p. 2751.

²³⁴¹ RODRÍGUEZ RAMOS, *CP Comentado*, op. cit., p. 382.

Por su parte, la STS N° 2411/2001, señala que: “Para diferenciar la imprudencia grave de la leve habrá que ponderar: a) La mayor o menor falta de diligencia; b) La mayor o menor previsibilidad del evento y; c) La mayor o menor infracción de los deberes de cuidado que, según las normas socio culturales vigentes, de él se espera”. Con una perspectiva más amplia, la STS N° 649/2002, de 12 de abril, señala que, a la hora de discernir la gravedad o la levedad de la imprudencia, hay que calibrar la entidad o importancia que revistió la violación de las normas de cuidado —objetivas y subjetivas—, y la capacidad de dañar que entrañaba la acción realizada, así como la índole del riesgo creado, la previsibilidad objetiva del resultado producido y demás circunstancias del caso, susceptibles de ser ponderadas²³⁴².

3.2.4.4.5. Conductas imprudentes atípicas

Si el resultado de lesiones no precisa de tratamiento, la conducta imprudente no es punible²³⁴³. Así, por ejemplo si se ocasiona un hematoma a un peatón, que no precisa tratamiento médico, producido por un motociclista que no respeta un semáforo en rojo: conducta penalmente atípica²³⁴⁴. Del mismo modo, si se considera que el legislador castiga de modo expreso la causación de unas lesiones constitutivas de delito que entiende de menor gravedad, ya sea en razón del medio empleado (por ejemplo, medio objetivamente carente o de poco potencial lesivo) o atendido el resultado producido, es decir, cuando son de poca gravedad (apartado segundo del art. 147), sólo cuando se hayan causado por imprudencia grave, y castiga también expresamente las lesiones constitutivas de delito cuando se hayan causado por imprudencia leve, deberá entenderse que escaparían de la esfera penal no sólo las lesiones cometidas por imprudencia leve constitutivas de falta, sino también las cometidas por imprudencia leve constitutivas de delito si éstas, a juicio del Juez o Tribunal, fueren de menor gravedad, atendido el medio empleado o el resultado producido²³⁴⁵.

3.2.4.5. Preterintencionalidad y delitos cualificados por el resultado

La preterintencionalidad consiste en que el autor pretende realizar un tipo doloso de distinta significación penal al que resulta (*praeterintentionem* = más allá de la intención). Ejemplo: A quería sólo causarle unas lesiones a B, pero produce su muerte²³⁴⁶.

²³⁴² RODRÍGUEZ RAMOS, *CP comentado*, op. cit., p. 1128.

²³⁴³ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 74.

²³⁴⁴ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 74.

²³⁴⁵ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. II, pp. 2752-2753.

²³⁴⁶ En cuanto a la preterintencionalidad la STS, de 10 de mayo de 2002, descarta su aplicación al caso y afirma el carácter doloso de los resultados lesivos, al afirmar que: “La preterintencionalidad requiere que el resultado producido haya superado en gravedad al resultado que el autor se haya representado, es decir, que sea producto de una desviación esencial respecto de la representación del agente. Sin embargo, sin perjuicio de los límites que impone la prohibición de *reformatio in pejus*, el dolo, al menos eventual, respecto del resultado más grave en este caso no sería discutible. En efecto, el acusado conocía la intensidad del golpe que propinó a la víctima y esa intensidad sólo es consecuencia de su propia decisión. Por lo tanto supo que creaba un riesgo concreto de una lesión importante en el lugar al que dirigió el puñetazo. Es posible que no haya pensado exactamente en las particularidades del resultado, pero, nadie puede ignorar que, en la medida en la que las consecuencias de la acción estén alcanzadas por la causalidad adecuada, como en este caso, no cabe negar el dolo respecto de las mismas, pues no cabe admitir una desviación esencial del nexo causal. La Defensa no ha cuestionado en absoluto la adecuación causal del resultado producido y por lo tanto su impugnación del dolo no puede prosperar. En

consecuencia, no es posible admitir la tesis de la preterintencionalidad que esgrime la Defensa. Si la cuestión se planteara desde la perspectiva de la imputación objetiva, la conclusión sería idéntica, dado que nadie cuestiona que el resultado producido ha sido la realización del peligro que encerraba la acción ejecutada por el recurrente. Ciertamente, la Sala no desconoce que la Audiencia ha considerado que el resultado producido no era doloso y ha condenado al recurrente por la realización de dos acciones, una dolosa y otra gravemente imprudente. Sin embargo, es evidente el error de esta solución del caso, toda vez que el recurrente sólo ha realizado una única acción, pues un único movimiento corporal voluntario (puñetazo) agotó íntegramente la realización del tipo y ha sido la causa del resultado típico producido”.

A solución contraria llega la STS de 12 de abril de 2002, que calificó como imprudentes los resultados lesivos de un golpe doloso. En el caso de autos, en el transcurso de la discusión de dos conductores, el acusado, dio un puñetazo en el rostro al otro conductor que hizo que éste cayera al suelo, golpeándose la cabeza contra el mismo y perdiendo momentáneamente la conciencia. Constatado que la caída de la víctima tuvo por causa única el fuerte golpe propinado por el acusado, el TS afirma que: 1. El recurrente no pone en entredicho la dúplice imputación realizada por el Tribunal de instancia, calificando unos mismos hechos de una falta dolosa de lesiones y otra de imprudencia grave, por cierto, acorde con el principio de culpabilidad. 2. La falta de previsibilidad del evento, por deberse a una caída fortuita, constituye igualmente una simple alegación, sin fundamento, desajustada del tenor de los hechos probados. La previsibilidad, propia del delito imprudente (elemento intelectual) debe considerarse en su aspecto objetivo o ex ante, como posibilidad abstracta de advertir las consecuencias de la acción o conducta infractora de las normas objetivas (y subjetivas) de cuidado. El sujeto activo puede ni siquiera interesarse por las normas de cuidado y desconocer lo que la mayoría de las personas conoce, pudiendo mostrar un absoluto desprecio (que ni siquiera se plantee) en relación a los dañinos resultados de su comportamiento. 3. El acusado, en el caso de autos, propinó un contundente puñetazo, y cierto que no pudo representarse y aceptar los gravísimos resultados producidos (dolo eventual), pero ello no quita, que resultaran excluidos. Por tanto podía preverse como posible la producción de resultados más graves de los que con un simple puñetazo se provocan. En el supuesto sometido a nuestra consideración, el puñetazo fue tal, que dio con la víctima en el suelo golpeando con la cabeza en él. Y es indudable que cuando el cuerpo es proyectado o impulsado por una enérgica agresión, puede ocasionar resultados como el que produjo. Ahora bien, nunca podemos calificar el hecho en su conjunto como imprudencia leve del art. 621.3 CP, como pretende el censurante, ya que el golpe inicial fue voluntario y consciente (doloso), debido a la exclusiva iniciativa del acusado. 4. Desde otro punto de vista la calificación de grave atribuida a la imprudencia, se acomoda a los términos subsuntivos del art. 152 del CP, en relación al 149 del mismo texto legal. El Tribunal de instancia calibró, a la hora de discernir la gravedad o levedad de la imprudencia, la entidad o importancia que revistió la violación de las normas de cuidado (objetivas y subjetivas), y la capacidad de dañar que entrañaba la acción realizada (agresión en la cabeza), así como la índole del riesgo creado, la previsibilidad objetiva del resultado producido y demás circunstancias del caso, susceptibles de ser ponderadas, habida cuenta de la inmediación de que gozó (art. 741 LECr). La solución del delito doloso de lesiones en concurso ideal con otro de lesiones por imprudencia (con resultado de deformidad), como aplicable a un supuesto de adopción de la forma dolosa al comienzo de la acción y causación de un resultado no querido pero previsible, fue dada por STS 5 marzo de 1999: en el título de las lesiones del nuevo CP, se ha introducido, de forma novedosa, la figura de las lesiones causadas por imprudencia grave (art. 152 CP), que son, igualmente y de forma severa, castigadas, como en el caso de autos, con la pena de prisión de seis meses a dos años, en los supuestos de las lesiones del art. 150 es decir, pérdida de miembro no principal, deformidad, etc., lo que, según la doctrina reseñada en el escrito de impugnación del recurso, evidencia que el nuevo Texto Legal ha puesto fin a la significación de los delitos imprudentes mediante cláusulas genéricas de incriminación para tipificar ahora los delitos imprudentes en particular, tal como se define en el vigente art. 12 CP, en su relación, en este caso, con el precitado art. 152, por lo que se propugna la aplicación de una solución de concurso ideal de delitos ya que la prevención especial de la imprudencia, contenida en el art. 152 CP, con referencia específica a cada uno de los resultados previstos por los correspondientes delitos dolosos, viene a resolver definitivamente la adecuación al principio de culpabilidad de la regulación jurídico-penal de las lesiones. Las Sentencias de esta Sala de 15 de marzo de 1997 y 22 de diciembre del 997—ésta citada en la recurrida— abundan en la postura interpretativa adoptada en la instancia en términos asumibles de refuerzo argumental por lo que su desarrollo —expuesto en el fundamento jurídico primero y, específicamente, en el epígrafe 4 ó 5 de dicho apartado— debe ser acogido en este trance, pues en razón de su contenido, hemos de tener por agotada la respuesta jurisdiccional que la cuestión planteada merece; eso sí, dejando a salvo que—frente a lo que se afirma en la resolución recurrida— no puede predicarse con la contundencia que ésta refleja la necesidad de un dolo específico como exigencia ineludible incorporada a la descripción del tipo del art. 150 CP, sino que basta un dolo genérico de lesionar que, en

La preterintencionalidad se plantea en dos niveles: a) *en general* se habla de *preterintencionalidad* en sentido estricto, así, por ejemplo, si a partir de unas lesiones dolosas se causa un homicidio no previsto por el autor, puesto que esta hipótesis no se halla prevista en ningún tipo particular de la PE; y b) en relación a *ciertos tipos legales* previstos en la PE del CP; se utiliza el término *delitos cualificados por el resultado*, así, por ejemplo, el antiguo art. 411 del CPes, último párrafo, preveía una pena más grave para el caso de que a consecuencia de un aborto o prácticas abortivas se produjere la muerte o lesiones graves de la mujer.

Tradicionalmente se preveían preceptos relativos a formas de preterintencionalidad que, según su interpretación jurisprudencial y en parte también doctrinal, no exigían dolo ni imprudencia respecto del resultado más grave producido, razón por la cual se hablaba de *responsabilidad objetiva* como *responsabilidad por el resultado*, en base al principio medieval de origen canónico del *versan in re illicita*, según el cual, debía responder penalmente de un insultado lesivo, aunque fuera fortuito e imprevisible, quien lo causara a consecuencia de una conducta inicial ilícita. La Reforma de 1983 exigió expresamente al menos imprudencia para poder imputar penalmente un resultado y suprimió ciertos arts. que habían sido interpretados como base de una regulación *versarista* general de la preterintencionalidad, impidiendo elevar automáticamente la pena correspondiente al hecho doloso, sino sólo en la medida en que exista imprudencia punible respecto al hecho no querido.

El CP actual suprimió la *atenuante de preterintencionalidad* y también delitos cualificados por el resultado como el anterior art. 411. Aquella atenuante había servido a la Jurisprudencia tradicional para apreciar el delito de homicidio doloso con dicha atenuante en el llamado *homicidio preterintencional* (en que quien quería agredir a otro le causaba muerte sin dolo de matar). Tal construcción deja de ser posible. *El que dolosamente sólo maltratar o lesionar pero imprudentemente causa la muerte de otro, deberá ser penado con arreglo al art. 77 CP, por existir concurso ideal de lesiones y un delito o falta imprudente de homicidio*, salvo que la muerte sea imprevisible, en cuyo caso sólo cabrá castigar las lesiones.

La jurisprudencia ha estimado sólo concurrencia de imprudencia en casos en que la desproporción o desviación entre el hecho doloso primero y el causado es grande, como sucede cuando con ánimo únicamente de maltratar, y no de lesionar, se causa la muerte por un empujón o bofetada. Entonces habla el TS de *preterintencionalidad heterogénea* y castiga por imprudencia, pero en realidad se trata de casos en que el resultado era ya imprevisible y, por tanto, falta la imprudencia. Apreciar entonces ésta

el caso enjuiciado, no ofrece signos de presencia a pesar de existir nexo causal entre la acción del agente y el resultado lesivo. De ahí que se imponga la consideración necesariamente culposa de la acción ejecutada. Términos calificadores que—dadas las peculiaridades del hecho— excluyen, por supuesto, cualquier tentación de invocaciones generalizantes salvo las propiciadas por una identidad circunstancial que permita inferir en términos de lógica racionalidad la misma apreciación del elemento subjetivo cuestionado una vez que éste adoptó la forma dolosa genérica al comienzo de la acción y su resultado ulterior comportó un plus en efecto no querido pero previsible. Ambos componentes se engarzan en un híbrido delictivo doloso-culposo que, sin necesidad de revisar el concepto de la deformidad como resultado, encuentra proporcionalidad y adecuado acomodo en la fórmula adoptada por el Tribunal Provincial cuyo encaje legislativo fluye ahora con naturalidad en el nuevo CP ante la inexistencia del anterior subtipo agravado del art. 421.2a, pues dicho Texto Legal impone un tratamiento punitivo no diferenciado por la intensidad del dolo sino por la gravedad del resultado (149-150), propiciando, a la vez, la evaluación correcta de la tenue línea definidora del dolo y la culpa al diseñar el castigo de las acciones u omisiones imprudentes sólo cuando expresamente esté previsto por la Ley (art. 12, art. 152).

supone una inadmisibile reaparición, bajo otra forma, del *versari in re illicita*, que pretendió expresamente expulsar del Código la reforma de 1983.

4. Combinaciones de dolo e imprudencia en general

Junto a los casos normales en que un solo tipo es en su parte subjetiva, o bien doloso, o bien imprudente, siendo en este último supuesto la modalidad imprudente, cuando es típica y por tanto punible, menos grave y por ello más levemente sancionada que la comisión dolosa, y junto a algunos casos excepcionales, en que en un delito se castiga igual el tipo doloso que el imprudente, pueden también presentarse en los hechos que se enjuician combinaciones de dolo e imprudencia (o también de dolo y dolo o de imprudencia e imprudencia)²³⁴⁷. De *combinaciones* de esos elementos subjetivos se puede hablar en sentido amplio o extensivo o en sentido estricto²³⁴⁸. En sentido amplio y por extensión se puede utilizar esa expresión cuando en un proceso se enjuician dos o más acciones típicas, separadas temporalmente aunque vayan seguidas, de un sujeto, una dolosa y otra imprudente (o las dos dolosas o las dos imprudentes), supuesto de acumulación fáctica de conductas independientes, con todas las combinaciones posibles en cuanto a la parte subjetiva del tipo que realiza cada conducta, y que se resuelve sin mayor problema por las reglas penológicas del denominado *concurso real de delitos* de los arts. 73 ss. CPes 1995²³⁴⁹. Pero en sentido estricto puede hablarse de combinación dolo e imprudencia —o de las otras combinaciones subjetivas— cuando una sola acción realiza dos tipos distintos, uno doloso y otro imprudente —o ambos dolosos o imprudentes—²³⁵⁰. En tal supuesto la combinación puede resolverse, que será lo habitual, por las reglas normales del concurso ideal de delitos; o bien mediante reglas o figuras típicas especiales cuando la ley cree un solo tipo (compuesto de otras acciones típicas por separado) que ya contemple alguna de las indicadas combinaciones, o una nueva combinación consistente en que el tipo contenga dos partes, pero no típica cada una por separado y prevea dolo respecto de una parte e imprudencia respecto de la otra²³⁵¹.

Aparte de la existencia de múltiples supuestos de realización conjunta con una sola acción de dos o más delitos dolosos (idénticos o distintos) o de dos o más delitos imprudentes (idénticos o distintos), en ámbitos como el dolo alternativo o los supuestos especiales de error de tipo por ejemplo: *aberratio ictus*, error sobre el curso causal, error *in persona* o *in objecto* relevante y directo o inverso, hay múltiples variantes de una sola acción que sin embargo realiza una combinación de un delito doloso, intentado o consumado, y un delito imprudente, o de un delito consumado o intentado con dolo directo o eventual y el otro consumado o intentado con dolo eventual.²³⁵² En todos estos casos efectivamente se aplican las *reglas normales del concurso ideal* de delitos, que *permiten tener en cuenta el adicional desvalor* (según los casos, de acción y/o de resultado), o bien de otro delito imprudente consumado, o de otro delito doloso intentado o consumado, según el art. 77 del CPes de 1995 en su mitad superior, la pena del delito más grave, el doloso o el imprudente según los casos, o aplicando según la

²³⁴⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., pp. 531.

²³⁴⁸ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., pp. 531.

²³⁴⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., pp. 531.

²³⁵⁰ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., pp. 531.

²³⁵¹ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., pp. 531-532.

²³⁵² LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., p. 532.

regla general o el art. 73 del CPes de 1995 ambas penas cuando los delitos sean de igual gravedad²³⁵³.

La otra forma de solución distinta de las reglas concursales generales, y que supone una pena distinta, generalmente más grave, es la de que la ley cree un tipo complejo o compuesto de otros dos delitos y que aquí se den las combinaciones dolo e imprudencia, o dolo y dolo (o muy raramente imprudencia e imprudencia); y puede haber un tipo compuesto, pero sin que las dos partes sean delito por separado, y con combinación dolo e imprudencia²³⁵⁴. Pues bien, estas posibilidades, aparte de en delitos compuestos o complejos normales, o sea de lesión/lesión (lesión dolosa de un bien jurídico y lesión dolosa o imprudente de otro, sin necesidad de que una sea causa de la otra, por ejemplo: robo con homicidio doloso, o con violación, o con torturas o con toma de rehenes, o robo con homicidio imprudente, se pueden producir en dos grupos especiales: los delitos mixtos de lesión y de peligro y los delitos cualificados por el resultado²³⁵⁵. En los *tipos mixtos de lesión y de peligro* (p. ej. incendios) puede la ley crear las siguientes combinaciones —referidas a la lesión y al peligro—: dolo y dolo, dolo e imprudencia, imprudencia y dolo, e incluso imprudencia e imprudencia²³⁵⁶. En la preterintencionalidad, y pese a que algunas posiciones la han considerado como una especie intermedia entre el dolo y la imprudencia (o sea, que según la concepción tradicional sería una tercera forma de culpabilidad entre el dolo y la culpa, y según la sistemática moderna habría que considerarla una tercera forma de desvalor subjetivo de la acción y por ello una tercera forma de realización de la parte subjetiva del tipo), a diferencia de los delitos cualificados por el resultado la ley no prevé una forma especial de tipos preterintencionales que combinaran elementos de dolo y de imprudencia, sino que debe resolverse con las reglas generales del concurso ideal entre un delito doloso y otro —el causado pero no pretendido directamente— imprudente o, en algún caso, abarcado con dolo eventual²³⁵⁷.

Conforme a lo dispuesto en el art. 5 del CPes de 1995 y habiendo acogido el principio de responsabilidad subjetiva, no se permite combinaciones dolo y caso fortuito, que den lugar —en delitos cualificados por el resultado o en casos de preterintención— a que se agrave la pena de un inicial delito doloso por el hecho de que éste cause un resultado producido, no doloso ni imprudentemente, sino de modo fortuito²³⁵⁸. En estos supuestos sólo se responde del inicial delito doloso²³⁵⁹.

4.1. Combinaciones de dolo e imprudencia en el delito de lesiones

En los casos en los que una conducta dolosa inicial de lesionar vaya acompañada de un resultado de lesiones más graves que previsto, la solución correcta es aplicar la técnica del concurso ideal entre la conducta dolosa inicial (fuerte golpe de puño en la cara) y la lesión realmente producida por imprudencia (pérdida de un ojo, por ejemplo), que deberá resolverse conforme a lo dispuesto en el art. 77 del CPes^{2360/2361}. En todo

²³⁵³ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., p. 532.

²³⁵⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., p. 532.

²³⁵⁵ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., p. 532.

²³⁵⁶ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., pp. 532-533

²³⁵⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., pp. 533.

²³⁵⁸ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., pp. 533.

²³⁵⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, op. cit., pp. 533.

²³⁶⁰ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 148; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 104; BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, p. 91 y SUAREZ GONZÁLEZ, “De las lesiones”, op. cit., p. 439.

caso, para que el resultado realmente producido pueda ser imputado a título de imprudencia, es necesario que concurra ya sea la *imprudencia consciente*, la cual requiere que el autor pese a reconocer el peligro, en abstracto, inherente a su conducta, actúa creyendo erróneamente, que puede evitar la producción del resultado²³⁶²; o bien, la *imprudencia inconsciente*, en virtud de la cual el autor desconoce la efectiva peligrosidad, en abstracto, de su conducta, razón por la cual, ni siquiera prevé la posibilidad de un eventual resultado lesivo²³⁶³. Si el autor actúa, pese a que en el hecho prevé la peligrosidad en concreto de su conducta, estaríamos en presencia de dolo eventual y no de un caso de concurrencia de dolo e imprudencia²³⁶⁴. Cuando el resultado cualificante se produce como consecuencia del empleo de los medios previstos en el art. 148,1 es más fácil imputarlo a título de dolo, en la medida en que el sujeto sea consciente de su peligrosidad²³⁶⁵. Igualmente, se requiere para aplicar la cualificación del art. 148.3 que el sujeto sepa que la víctima es menor de doce años o incapaz²³⁶⁶.

Complejos resultan los casos siempre frecuentes en los cuales el medio empleado por el autor, para golpear dolosamente el rostro de la víctima, son las manos y el resultado lesivo es la pérdida completa de la visión de uno de los ojos.

Así por ejemplo, SAP Tenerife de 27 de abril de 2000, aprecia concurso ideal entre falta de lesiones y lesiones por imprudencia grave, porque considerar que en el caso en concreto no era exigible el conocer la posibilidad de que un puñetazo provocara la pérdida de visión de un ojo²³⁶⁷.

Veamos con mayor detenimiento dos sentencias que se pronuncian sobre el punto en análisis. En STS de 09 de abril de 2008, tuvo la ocasión de pronunciarse respecto de los siguientes hechos:

“Un sujeto, sobre las 20:30 horas entra en un Bar, y tras molestar a un cliente, se dirige a la víctima, que conversaba con otra persona, preguntándole “dime que te está contando este viejo”, a lo que el afectado Pedro respondió que por favor lo dejara, insistiendo el acusado en distintas ocasiones con la misma frase, hasta que, en un momento dado, le dio con su mano derecha, en la cual llevaba un anillo con piedra incrustada, un puñetazo en el ojo derecho. A causa de la agresión, el agredido sufrió lesiones consistentes en traumatismo ocular derecho con perforación del globo ocular, herida contusa en ceja derecha y presentó un cuadro ansioso-depresivo de tipo reactivo, habiendo precisado tratamiento médico consistente en pautas diagnóstico exploratorias, desinfección y sutura de la herida de la ceja, intervención quirúrgica reparadora de la

²³⁶¹ Tras la desaparición con el nuevo Código de la atenuante de preterintencionalidad, han quedado fuera de lugar todas las propuestas doctrinales y jurisprudenciales que pretendían atenuar la pena, bien cuando dándose dolo respecto a un resultado del art. 147.1 (antiguo art. 420.1) el efectivamente producido, aún perteneciendo al mismo tipo, superara al pretendido, bien cuando queriéndose causar un resultado propio de la falta de lesiones se daba lugar al resultado del art. 147.1 (antiguo art. 420.1). Los limitados supuestos del primer grupo de hipótesis que pudieran merecer consideración deberán resolverse a partir de las posibilidades ofrecidas por el art. 147.2, mientras que el segundo grupo deberá ajustarse a las reglas concursales (DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 65).

²³⁶² CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 270.

²³⁶³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 239.

²³⁶⁴ En un sentido similar, aunque adhiriendo a la teoría de la voluntad para diferenciar al dolo de la imprudencia, GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 148.

²³⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, pp. 91-92.

²³⁶⁶ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 122-123 y BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, p. 92.

²³⁶⁷ CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP, PE*, op. cit., p. 239.

herida perforante del globo ocular derecho. A causa de las lesiones le han quedado como secuelas, pérdida completa de la visión del ojo derecho, deformidad del globo ocular derecho que se muestra notablemente disminuido de tamaño, con prótesis y con importante congestión conjuntival permanente, que genera un perjuicio estético. Poco antes de los hechos, el acusado había ingerido bebidas alcohólicas que le afectaban levemente sus facultades intelectivas y volitivas, sin llegar a anularlas”.

El Tribunal de instancia consideró que no existía prueba de que fuera consciente del mayor daño que podía ocasionar el objeto punzante que llevaba en el dedo, el anillo, ni que fuera consciente de llevarlo, por lo que no pudo representarse las consecuencias producidas por su acción, ni ha obrado con el dolo que exige el delito de lesiones; ya que no existe prueba de que el agente se representara como resultado posible de su conducta la causación de una lesión como la que sufrió luego la persona a la que le dio un puñetazo, por lo que estima el resultado como determinado causalmente por imprudencia.

El TS en tanto, consideró que: a) el acusado dirigió el golpe con el puño hacia un órgano esencial y especialmente frágil debido a su morfología; b) apreció una leve afectación de sus facultades intelectivas y volitivas por la ingestión de bebidas alcohólicas previa a su llegada al bar en el que se produjeron los hechos; c) afirmó que dicha minoración de su capacidad no le impidió llegar a dicho establecimiento conduciendo una furgoneta, la cual aparcó correctamente, caminó hasta el interior del local, constatando como únicos síntomas de su embriaguez una actitud no demasiado correcta con los demás clientes del bar, a lo que añade las dudas que plantea la acreditación de la embriaguez, ya que ninguno de los testigos declaró que el acusado “no se tuviera en pie, ni que tuviera la voz pastosa, ni que presentara ningún otro signo externo, no obrando en la causa parte médico alguno sobre el estado etílico del acusado”; d) el acusado portaba de forma visible en uno de sus dedos un anillo con una piedra incrustada en el mismo, no ajustándose a las reglas de la lógica y los principios de la experiencia inferir que, con base en lo expuesto, no fuese consciente de que llevase dicho aro. Afirma que el dolo no sólo se da en los casos de una actuación intencional, es decir, cuando el propósito del autor es la producción del resultado acaecido, sino también cuando no existiendo intención, el autor ha tenido respecto del resultado una actitud que justifica la respuesta prevista en la Ley penal para los hechos más graves (dolo indirecto y dolo eventual) por oposición a la ejecución imprudente del tipo. Sostiene que si el autor actuó con conocimiento del peligro concreto que con su acción generaba, habrá obrado con dolo (eventual, en el caso de no haber tenido intención de producir el resultado). Así, concluye que quien actúa golpeando con el puño en el que se lleva un anillo con una piedra incrustada en el ojo de la víctima, y teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas respecto a la capacidad psicofísica del autor al suceder los hechos, así como la intensidad del golpe a tenor del resultado producido, hubo de saber que creaba un riesgo concreto de una lesión importante en el lugar al que dirigió el puñetazo. Condena por lesiones dolosas del art. 149.1.

La verdad es que siendo el delito de lesiones del art. 149.1 un delito doloso, la decisión del TS solo puede ser correcta si se acredita con los elementos de prueba no solo que el golpe iba dirigido hacia una zona tan delicada del rostro, sino que el autor conocía, era consciente de que en sus manos llevaba un anillo, lo cual resulta más que discutible tomando en consideración el estado etílico del agresor. Lo anterior es de vital importancia, toda vez que el elemento cognitivo del dolo debe referirse no sólo a la idoneidad de la conducta para poner en riesgo el bien jurídico de la salud individual, sino que también debe abarcar la entidad del peligro, de manera que sea previsible una

lesión proporcional al riesgo generado. De esta forma, si el sujeto activo no era consciente de que en sus manos llevaba un anillo, creo que en la especie estaríamos ante la concurrencia de un delito doloso, consistente en agredir a otro en el rostro con las manos y un delito imprudente, consistente en no haber previsto aquello que era previsible, es decir, que en sus manos llevaba un elemento que, aunque decorativo, era idóneo para provocar el resultado lesivo más grave que aquel que en realidad previó.

En STS de 29 de abril de 2008, tuvo la ocasión de pronunciarse respecto de los siguientes hechos:

“El dueño de una Cafetería se dirigió a un cliente que llevaba bastante tiempo alterando el orden en el establecimiento debido a que se encontraba bajo los efectos del alcohol, requiriéndole que cesara en su actitud; como el cliente seguía en el lugar y se negaba a abandonarlo se generó una discusión verbal entre ambos y luego una situación de fuerza en la que el dueño quería que se fuera del local, en el curso de la situación de tensión el dueño propinó al cliente un golpe de puño que le ocasionó una herida en el ojo, debiendo el cliente ser ingresado al Servicio de Oftalmología del Hospital, por traumatismo en ojo izquierdo, presentando una hemorragia sub-conjuntival, hematoma palpebral, midriasis traumática y subluxación temporal del cristalino, descartando estallido del globo ocular. Como consecuencia del incremento de la tensión ocular hubo que realizar una intervención quirúrgica. Durante la evolución se produce otra descompensación de la tensión ocular que requirió una nueva intervención. El agredido tuvo como secuela una ceguera legal secundaria cuyas complicaciones determinaron la pérdida de la visión del ojo izquierdo”.

El Tribunal de instancia consideró que en la especie se configuraba un delito de lesiones del art. 149 del CPes.

El recurrente impugna el fallo de primera instancia argumentado vulneración de precepto penal sustantivo, citando como normas infringidas los arts. 147, 149, 617.2, 621.3, 152.1.2 y 114 del CPes. Estima el recurrente que el acusado sólo se limitó a usar las manos o manotear contra otra persona en una pelea o forcejeo, razón por la cual, no concurre el dolo exigido en el art. 149, al no ser admisible un delito cualificado por el resultado y no bastar el dolo genérico o indeterminado de lesionar. Agrega que no nos encontramos ante una conducta de agresión con fuerza mediante golpes o puñetazos sobre el rostro, por lo que no puede concluirse que se genere para el autor una conciencia clara y evidente de producir una lesión importante en el ojo, al ser en el seno del forcejeo, provocado por la víctima, en el que ésta presuntamente se produjo la lesión. Estima que el resultado producido no era probable que, por la situación de peligro o de riesgo generado por el acusado, se pudiera producir, lo que excluiría el dolo eventual. Desde la imputación objetiva el resultado producido, señala que el resultado no es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción, ya que la conducta dolosa enjuiciada, dar manotazos, -era absolutamente inidónea para poder originar el resultado producido-, lo que nos sitúa en el ámbito de la preterintencionalidad, supuestos de disociación entre el dolo inicial y el resultado efectivamente producido, cuya sanción punitiva respetuosa con el principio de culpabilidad, es sancionar a título de dolo sólo hasta donde la intención alcance, y como culpa únicamente hasta donde llegue el deber de evitar el daño previsible, en concurso ideal. Por ello considera que su acción dolosa inicial, agarrarse, manotear, zarandear, queda integrada en la falta de maltrato de obra, del art. 617.2 CP, y a su vez por el resultado efectivamente producido pero no amparado por el dolo concurrente en aquella inicial conducta, estaría comprendida en la falta de imprudencia leve del art. 621.3 CP o alternativamente en la imprudencia grave del art. 152.3 CP. Ante la ausencia de todo

tipo de dolo, sostiene que los hechos podrían ser constitutivos del tipo de imprudencia del art. 152 CP.

El TS en tanto, consideró que la conducta del recurrente no consistió en un nuevo forcejeo o manotazo, sino que al menos *propinó* al afectado un golpe con el puño que le ocasionó una herida en el ojo. Refiere que la doctrina de la Sala ha calificado el ojo como un órgano principal e incluye en el concepto de inutilidad *la pérdida de eficacia funcional*, que no debe entenderse en términos absolutos, bastando un menoscabo sustancial, supuestos en que estaría comprendido el resultado producido en el caso presente. Igualmente señala que la expresión genérica *causare a otro* ha suscitado el consenso doctrinal y jurisprudencial, en el sentido de que el nuevo CP no exige en estos tipos delictivos un dolo directo o específico, siendo suficiente para su aplicación que el resultado esté abarcado por el dolo eventual, bien entendido que al no ser admisible un delito de lesiones cualificado por el resultado, no basta para la aplicación de estos preceptos un dolo genérico o indeterminado de lesionar, sino que es necesario que concurra, al menos, dolo eventual respecto del resultado agravado determinante de la cualificación. Sostiene que el delito del art. 149 CP es un delito de resultado y, por lo tanto, tiene que existir, para la integración del tipo, una relación de causalidad entre la acción lesiva y el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental que ha sufrido el sujeto pasivo de la acción, de manera que dicha relación forma parte del tipo. En la definición legal del delito de lesiones la pertenencia al tipo de la relación de causalidad está tan gráficamente expresada que la acción típica es la de *causar*. No toda relación de causalidad entre una acción y un resultado es suficiente para que queda integrado el tipo. La doctrina científica y jurisprudencial ha establecido mecanismos correctores. Esta funcionalidad correctora tienen en la actualidad teorías como la de la causalidad adecuada, la relevancia típica o la imputación objetiva, teoría esta última que está también detrás del criterio adoptado por la jurisprudencia de la llamada preterintencionalidad, y que permite calificar los hechos en concurso ideal entre el hecho doloso y el imprudente en casos en los que el autor crea un riesgo doloso y otro imprudente, y cada uno de ellos se realiza en un resultado diferente, que es el imputado. Menciona una línea jurisprudencial expresada en la STS 887/2006 de 25 de septiembre, que casa la sentencia de instancia afirmando que el resultado más grave producido no era imputable al riesgo doloso creado por el autor. Señala que la ausencia de dolo respecto de éste que no puede subsumirse en el riesgo imprudente, dado que existe una conducta previa dolosa que debería castigarse por separado. En el caso actual, afirma que la sentencia de instancia parte de la afirmación que existió dolo eventual, lo que considera correcto, pues lanzar un puñetazo a una zona corporal tan vulnerable como un ojo, en términos de experiencia, había de contar con algún resultado lesivo de cierta relevancia, pero, señala que otra cosa es decir, que el producido, en toda su notable gravedad -ceguera por pérdida total de la visión en el ojo- hubiera sido abarcado por tal previsión o que fuera objetivamente imputable a la situación de peligro creada, o sea que el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro. Si no lo fue, el exceso, esto es la parte no asumida, sería imputable a título de culpa, aunque mereciera el calificativo de consciente o imprudencia grave, concurriendo, por tanto en esta hipótesis, un delito o falta doloso de lesiones con otro causado por imprudencia. Primeramente éste de mayor ajuste y proporcionalidad en la culpabilidad al ocasionarse una lesión desproporcionada a las usuales previsiones de cualquier sujeto y con el riesgo creado por la acción. Siendo así lo correcto sería estimar que ese traumatismo en el ojo e incluso la necesidad de la primera intervención quirúrgica, pudo estar previsto por el acusado por dolo eventual, lo que haría aplicable el tipo básico del delito de lesiones, art. 147 CP y el exceso constituido por la pérdida de

visión total en el ojo, hallaría forzoso encaje en la previsión del art. 152.1.2 CP., estando uno y otro en la relación que establece el art. 77 CP.

Luego, el TS sostiene que no resulta adecuada la subsunción pretendida por el recurrente en el art. 621.3 del CP, que sanciona como falta a *los que por imprudencia leve causaren lesiones constitutivas de delito*, toda vez que las infracciones culposas o por imprudencia, sean delito o falta, están constituida por los siguientes elementos: a) la producción de un resultado que sea la parte objetiva de un tipo doloso; b) la infracción de una norma de cuidado, cuyo aspecto interno es del deber de advertir la presencia del peligro, y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido; y c) que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta. Mientras que en la infracción de la norma de cuidado se contiene el desvalor de la acción, es en la resultancia de la acción imprudente donde reside el desvalor del resultado. Desvaloración que en uno y otro caso admite gradaciones y niveles de los que depende la distinción entre el delito y la falta. Así, afirma que en el delito de imprudencia con resultado de muerte (art. 142.1 CP) es necesario que la imprudencia sea grave, convirtiéndose en la falta del art. 621.2 del CP cuando la imprudencia es leve. En el caso de las lesiones imprudentes del art. 152, la gravedad en la culpa es exigencia del tipo delictivo, convirtiéndose en falta en los casos de levedad en la imprudencia aunque el resultado lesivo fuese de los previstos como delito (art. 621.3), como también se rebaja a la categoría de falta de lesiones la causada por imprudencia grave, cuando el resultado lesivo es el previsto en el art. 147.2, es decir, cuando sea de menor gravedad atendidos el medio empleado o el resultado producido. La reducción a la categoría de falta exige, pues, una menor desvaloración de la acción, apreciable en los casos de levedad en la imprudencia, o bien una menor desvaloración del resultado, aun en imprudencias graves, lo que es de apreciar -excluido el resultado de muerte- en las lesiones atenuadas del art. 147.2 del CP. En el caso, la gravedad del resultado es evidente, ya que, en cuanto a la acción que lo produce, el hecho de agredir a una persona, propinándole un golpe en la zona del rostro donde se encuentra un elemento corporal tan vulnerable y esencial como son los ojos, revela la patente infracción del deber de cuidado y cautela exigible ante un peligro tan notorio como los hechos acaecidos confirmaron, que no permiten calificar de leve o ligera la infracción de ese factor normativo externo que impone un comportamiento cuidadoso y prudente que demanda la experiencia y que debe ser adoptado en cada caso por personas de inteligencia y prudencia normales. Afirma que la previsibilidad, propia del delito imprudente (elemento intelectual) debe considerarse en su aspecto objetivo o *ex ante*, como posibilidad abstracta de advertir las consecuencias de la acción o conducta infractora de las normas objetivas (y subjetivas) de cuidado. Señala que el sujeto activo puede ni siquiera interesarse por las normas de cuidado y desconocer lo que la mayoría de las personas conoce, pudiendo mostrar un absoluto desprecio (que ni siquiera se plantee) en relación a los dañinos resultados de su comportamiento. El acusado, en el caso de autos, propinó un puñetazo en el ojo a la víctima, y cierto que no pudo representarse y aceptar los gravísimos resultados producidos (dolo eventual), pero ello no quita, que resultaran excluidos. Por tanto podía preverse como posible la producción de resultados más graves de los que con un simple puñetazo se provocan. Ahora bien, nunca podemos calificar el hecho en su conjunto como imprudencia leve del art. 621.3, no solo porque el golpe inicial fue voluntario y consciente (doloso) debido a la exclusiva iniciativa del acusado, sino porque la calificación de grave atribuida a la imprudencia se acomoda a los términos subjuntivos del art. 152 CP en relación al 149 del mismo Texto Legal calibrando a la hora de discernir la gravedad o levedad de la

imprudencia, la entidad o importancia que revistió la violación de las normas de cuidado (objetivas y subjetivas) y la capacidad de dañar que entrañaba la acción realizada (agresión en un ojo), así como la índole del riesgo creado, la previsibilidad objetiva del resultado producido y demás circunstancias del caso, susceptible de ser ponderada. Por ello, el TS sostiene que la solución de la Sala de instancia que considera que incluso la misma pérdida de visión del ojo estaría cubierta por el dolo eventual, con la consiguiente aplicación del art. 149 CP exclusivamente, no es la correcta. Explica que el TS ha aplicado este tipo delictivo en casos que guardan cierto parecido con el de esta causa, pero advierte que en ellos se trató de golpes producidos directamente con un objeto tan peligroso como un vaso de cristal en el rostro de la víctima, en los que la posibilidad de producir cortes en el ojo, no podía, en modo alguno, no descartada, y no por un mero puñetazo, modalidad de acción ésta en la que el resultado queda más abierto y obviamente, su condición es menos controlable por la voluntad del autor. Teniendo en cuenta este dato y el resto de las particularidades del contexto, en el que la discusión se generó por la conducta del propio lesionado, alterando el orden de la cafetería propiedad del acusado, debido a que se encontraba bajo los efectos del alcohol y no cesaba en su actitud, negándose a abandonar el establecimiento, entiende que de haber conocido o hubiese representado *ex ante* un resultado de la gravedad del producido, no habría obrado como lo hizo, que es lo que hay que estimar que este segmento del mismo fue debido a imprudencia. Consecuentemente y en conclusión, el motivo debe estimarse en el sentido de que la acción del acusado es constitutiva de un delito doloso de lesiones del art. 147 CP, en concurso ideal del art. 77, con otro de lesiones imprudentes del art. 152.1.2 CP.

Lo primero que habría que destacar de esta sentencia del TS, es la notable fundamentación y la adecuada solución del caso como un concurso ideal entre un delito doloso y uno imprudente, debiendo aplicarse en consecuencia, lo dispuesto en el art. 77 del CP. En segundo término, la decisión del TS, al corregir la decisión del Tribunal de Instancia, evita la consideración del delito de lesiones del art. 149, como delito determinado por el resultado. La única crítica que me merece la sentencia comentada, dice relación con la alusión a la fórmula de la teoría del consentimiento o de la aprobación, al señalar que “de haber conocido o de haberse representado, el acusado, *ex ante* un resultado de la gravedad del producido, no habría obrado como lo hizo”, sin embargo, como lo dijimos más arriba, dicha fórmula es criticable toda vez que el *consentir* en la posibilidad del resultado aprobándolo, supone algo más que el *querer* el resultado. Para *querer* no es preciso *aprobar*. Además la *aprobación* distingue el dolo eventual de la culpa consciente en base a una *actitud interna* del autor que exige más que la voluntad, consecuencia inadmisibles en un DP no autoritario etc.²³⁶⁸

5. Dolo de lesionar y dolo homicida

Los supuestos en los que, concurre un dolo homicida, pero simplemente se lesiona, dan lugar a una tentativa de homicidio^{2369/2370}. Si se trata de un *homicidio que*

²³⁶⁸ Sobre las críticas a la teoría de la voluntad ver acápite sobre el dolo en este mismo capítulo.

²³⁶⁹ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., pp. 147-148.

²³⁷⁰ Un problema interpretativo de difícil solución puede plantearse por la redacción del art. 148.1, toda vez que entre sus hipótesis agravadas contiene la de utilizar armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas *concretamente* peligrosas, para la vida o la salud física psíquica del lesionado. En verdad, no es fácil saber en estos casos si se debe aplicar el tipo penal de homicidio en grado de tentativa (arts. 138, 16 y 62 del CP), con una pena por lo general que va desde los cinco a los diez años de prisión, o el de lesiones consumadas del art. 147, con la agravación del art. 148.1 del CP, con una pena que va

queda sin consumar por el desistimiento o porque el propio autor impide la producción del resultado, quedando el sujeto lesionado, el art. 16.1 del CPes, dispone la impunidad del homicidio, pero, de acuerdo con la teoría de la unidad, el hecho se castigará a título de lesiones, porque el dolo de matar comprende el de lesionar, por lo que concurrirán tanto los elementos objetivos como los subjetivos del delito de lesiones; previsión que se extiende a los partícipes (art. 16.2)²³⁷¹. El dolo de matar y el dolo de lesionar, aunque diferentes, pueden coincidir en los medios elegidos, que pueden ser idóneos para uno u otro resultado. Además, la realidad demuestra que, cuando se lleva a cabo una conducta homicida, se puede prever un resultado de lesiones, respecto del cual existirá por lo menos dolo eventual, e incluso esas lesiones pueden ser el paso obligado para causar la muerte, lo cual demuestra que el elemento fundante del dolo es el conocimiento y no el querer²³⁷². Así ocurrirá por ejemplo si A da un veneno a B y después, arrepentido, le da un antídoto evitando que B muera, A no puede ser condenado por tentativa de asesinato, porque el desistimiento voluntario activo excluye la penalidad de su conducta; pero puede ser castigado por lesiones²³⁷³. Evidentemente todo lo anterior dependerá en buena medida de las pruebas vertidas en el proceso penal.

Conforme al criterio de alternatividad, propio de los concursos de leyes penales, puede castigarse por delito de lesiones en caso de tentativa de homicidio, cuando las lesiones producidas tengan mayor pena que la que corresponde al homicidio intentado, debiendo, en consecuencia, aplicarse lo dispuesto en el art. 8. 4²³⁷⁴. Así podría ocurrir, por ejemplo, si a raíz de la conducta homicida, la víctima pierde, por ejemplo, un órgano o miembro principal, lesión encuadrable en el art. 149 del CPes, que podría conllevar una pena superior a la que podría corresponder a una tentativa de homicidio²³⁷⁵.

Jurisprudencialmente, la determinación del dolo homicida o del dolo de lesionar se ha resuelto por los tribunales acudiendo a criterios objetivos y subjetivos²³⁷⁶, tales

desde los dos a los cinco años de prisión, pues, por un lado, casi siempre que el autor utiliza un arma de las características de este último art. habrá tenido, al menos, conocimiento del peligro (concreto) de su acción para la vida de la víctima, y, por tanto, dolo (en su caso eventual) de matar, esto es, habrá obrado con *animas neccandi*, y, por otro lado, el propio legislador, en el art. 148.1, señala que las armas deben ser *concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado* (JAÉN VALLEJO, *DP aplicado*, op. cit., pp. 187-188).

²³⁷¹ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 148 y ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 58.

²³⁷² BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, p. 93.

²³⁷³ La *teoría de la voluntad* afirma que el dolo en ambos delitos es diferente y que, por tanto, si no se castiga el homicidio no pueden castigarse tampoco las lesiones, ya que el dolo de este delito no se da (MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 123-124; BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, pp. 92-93 y GARCÍA Y GARCÍA CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., pp. 216-217).

²³⁷⁴ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 156.

²³⁷⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, PE*, op. cit., T. III, p. 93.

²³⁷⁶ Así, por ejemplo, en SSTS de fecha 12 de junio de 2001, 10 de enero de 2002 y 12 de febrero de 2003, se sostiene que: “Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que ha venido distinguiendo entre el *animus laedendi* -propio del delito de lesiones consumadas- y el *animus necandi* -vinculado al delito de homicidio en grado de tentativa-. Se mantiene al respecto que, a la hora de incardinar los hechos en uno u otro tipo penal, el elemento determinante será la intención con la que actúan las personas. No obstante, dado que la misma pertenece al arcano íntimo del sujeto activo, salvo una infrecuente manifestación veraz de aquél, sólo será posible rastrear tal voluntad a través del análisis y ponderación de cuantos datos objetivos hayan sido acreditados en la causa y de los que pueda inferirse aquel ánimo, mediante una prueba indirecta e indiciaria, por medio del correspondiente juicio axiológico o de valor. Para ello habrá de partirse del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración del hecho –instrumento utilizado, zona afectada, número y gravedad de las lesiones, etc.–, y tener en cuenta además cuantos actos

como el número e intensidad de las agresiones (uno solo, cesando inmediatamente al manar sangre, STS de fecha 17 de mayo de 2002), dirección y lugar del cuerpo afectados por los golpes asestados²³⁷⁷ (zonas vitales, STS 20 de febrero de 2002) o el instrumento utilizado por sus características y potencialidad lesiva (un automóvil, STS de fecha 18 de febrero de 1995, un arma); naturaleza de los hechos (Golpe en la cabeza con elemento contundente y una vez que la víctima cae al suelo tres sujetos proceden en su contra con golpes y patadas por todo el cuerpo, STS de fecha 12 de julio de 2002). En otros casos, la diferencia se busca en la indagación de la intención del sujeto, recurriendo, la jurisprudencia, al examen de las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al hecho que la revelen de forma inequívoca, tales como la naturaleza de las relaciones existentes entre el autor y la víctima (amenazas previas, enemistad, amistad, indiferencia, desconocimiento); La causa para delinquir, razón o motivo que provocó de manera inmediata la agresión; las circunstancias en las que se produjo la conducta (espacio, tiempo, lugar, comportamiento de los intervinientes, incidencias previas que desembocaron en la agresión, insultos, etc.); Las manifestaciones del agresor, especialmente, las palabras que acompañan a la agresión, así como la actividad anterior, coetánea y posterior a la comisión del delito; la personalidad del agresor y del agredido; gravedad de la lesión ocasionada²³⁷⁸.

Como se aprecia, buena parte de los criterios apuntan derechamente a conocer y adentrarse en la parte interna, la psiquis del sujeto, cuestión que obviamente escapa a un DP del acto y que se condice con un DP de autor. En otros criterios se aprecia una clara atención en el desvalor de resultado, lo cual, sobre todo en el campo de las lesiones, es sumamente peligroso, toda vez que son precisamente estas las consideraciones que tradicionalmente han llevado a sostener que estos delitos se corresponden con los llamados delitos calificados por el resultado, con la infracción que para el principio de culpabilidad, que dicha consideración implica.

Por ello es que me parece tan relevante afirmar y sostener que lo relevante para distinguir entre un dolo homicida o un dolo de lesionar es, en el caso del primero, determinar si el autor apreció, captó o aprehendió *ex ante* con su conducta, un peligro típicamente relevante idóneo para generar el más grave de los resultado lesivos, esto es la muerte de una persona. Toda vez que, para que nos encontremos en presencia de un delito de homicidio, aun en grado de tentativa, el autor tiene que haber apreciado no sólo que su comportamiento entrañaba la posibilidad de desencadenar consecuencias típicas lesivas para la salud individual de la víctima, sino que debe añadirse además, la captación de aquellos datos imprescindibles para calificar jurídicamente la conducta homicida, los cuales deben dar cuenta de la creación de riesgo típicamente relevante para un determinado objeto jurídico, en este caso la vida, bien jurídico que debe haber

del agresor anteriores, simultáneos o posteriores a la acción ofrezcan alguna luz sobre el pensamiento que le guió (GARBERÍ LLOBREGAT (Dir.), *Práctica jurisprudencial del CP*, op. cit., pp.1050-1051)”.
²³⁷⁷ Así, la jurisprudencia ha señalado que: “Por lo que a las características de la lesión se refiere es cierto que la misma interesa un órgano vital y por tanto se trata de una lesión que podía haber desencadenado un resultado de muerte. Pero no es menos cierto que también aquí debemos recurrir a aspectos que van más allá de la mera concurrencia del dato fáctico objetivo. En este sentido el conocimiento del profano hace que los órganos que normalmente se identifican como letales suele ser el corazón, la yugular, la sien, el estómago, etc. en cambio, insistimos que desde la óptica Delitos de lesiones del profano, no parece que una puñalada en la zona lumbar izquierda sea revelador de un claro ánimo de matar” (GARBERÍ LLOBREGAT (Dir.), *Práctica jurisprudencial del CP*, op. cit., pp.1048-1049).

²³⁷⁸ GARCÍA Y GARCÍA CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., pp. 217-219; CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO (Coord.), *CP comentado*, op. cit., p. 283; GARBERÍ LLOBREGAT (Dir.), *Práctica jurisprudencial del CP*, op. cit., p.1047 y ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida, la integridad y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., p. 58.

sido expuesto, mediante la conducta, a un curso causal incontrolable; los cuales dan cuenta de riesgos a los que uno suele ajustarse en el sentido de evitarlos, por la peligrosidad que para el bien jurídico de la vida entrañan²³⁷⁹.

Por lo tanto, cuando existiendo un dolo de lesionar se causa la muerte de la víctima estamos ante un concurso ideal de delitos que se resuelve conforme a lo dispuesto en el art. 77²³⁸⁰, siempre y cuando concurren respecto del resultado fatal los requisitos del delito imprudente ya analizados.

6. El tipo subjetivo en el CPch

6.1. La estructura general de las lesiones

De acuerdo con la opinión dominante en la doctrina chilena²³⁸¹, el delito de lesiones se estructura tomando como tipo base el delito de lesiones menos graves consagrado en el art. 399 del CP, estableciendo como tipos calificados los delitos de lesiones graves gravísimas y simplemente graves contenidos respectivamente en el art. 397 N° 1 y N° 2 del CP y como tipo privilegiado, la falta de lesiones leves contemplado en el art. 494 N° 5 del mismo cuerpo legal.

Al igual que en el caso de la castración y las mutilaciones, las lesiones graves son tipos penales que se establecen en atención a un determinado resultado, consistente en el menoscabo para la salud de la víctima. De ahí, que la delimitación entre las lesiones graves y las menos graves se establece por exclusión, es decir, la regla consiste en que habrá lesiones menos graves (y no graves), cuando no sea posible imputar al sujeto como obra suya, alguno de los resultados incluidos en los arts. 395, 396 y 397 del CP²³⁸². Esta conclusión coincide plenamente con el texto del art. 399 del CP.

Por su parte, el art. 494 N° 5° del CP confirma la idea de que la figura básica de las lesiones, se encuentra constituida por las lesiones menos graves al remitirse al tipo penal de lesiones menos graves y establecer una facultad para el juez de decidir conforme a criterios valorativos si califica las lesiones como menos graves o como leves, sin perjuicio de la excepción conforme a la cual el tribunal no puede desplazar la calificación jurídica desde el tipo penal base (lesiones menos graves) hacia el tipo privilegiado (lesiones leves) cuando las lesiones son cometidas en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar. Por ello, si la lesión no puede ser subsumida en el tipo penal de lesiones graves, deberá ser calificada como una lesión menos grave, a menos que, en concepto del tribunal, no puedan subsumirse en el art. 399, atendidas la calidad de las personas y las circunstancias del hecho. Lo anterior, claro está, con la salvedad de que se trate de lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, caso en

²³⁷⁹ En tal sentido, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., pp. 621-622.

²³⁸⁰ CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO (Coord.), *CP comentado*, op. cit., p. 283.

²³⁸¹ ETCHEBERRY, *DP, PE*, T. III, pp. 126-128; POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno*, op. cit., p. 107; POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 172.

²³⁸² El art. 398 establece medios determinados a través de los cuales se pueden cometer lesiones graves, es decir, aquellas referidas en el art. 397 del CP. En efecto, el art. 398 dispone que: "Las penas del artículo anterior son aplicables respectivamente al que causare a otro alguna lesión grave, ya sea administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu".

el cual el tribunal no puede calificar como leves las lesiones y por lo tanto deberán ser sancionadas como menos graves.

6.2. Distinción entre el delito de lesiones simplemente graves y menos graves sólo considera desvalor de resultado

Como se dijera más arriba, las lesiones simplemente graves se diferencian de las menos graves en cuanto las primeras requieren para su concurrencia de un determinado resultado lesivo. Lo anterior es evidente si se analiza la historia de la ley. En efecto, en la sesión 81, de la Comisión para la redacción del CPch, celebrada el 8 de mayo de 1872, el comisionado Sr. Fabres, refiriéndose en general, a las disposiciones que regularían el delito de lesiones, preguntó si convendría distinguir con qué clase de armas se infiere la lesión. Recordó que las leyes vigentes en la época tomaban especialmente en consideración las heridas hechas con cuchillo, por el uso frecuente que de él se hace y la facilidad que un arma de esta especie ofrece al criminal. La Comisión estimó, sin embargo, que no debía mantenerse esta diferencia, porque no se apoyaba en ninguna base sólida, y tan fácil y grave podía ser la lesión que se hace con cuchillo como la que procedía de una piedra, de un palo o de otro objeto cualquiera²³⁸³.

Con lo anterior, queda de manifiesto que, pese a que de algún modo el comisionado Fabres pretendía incluir una referencia a medios especialmente peligrosos (desvalor del acto), la atención de la Comisión se centró eminentemente en el desvalor de resultado²³⁸⁴.

No obstante lo anterior, el criterio que prevaleció en el texto del art. 397 N° 2 del CPch se centró absolutamente en el desvalor de resultado, haciendo depender la sanción penal del número de días de enfermedad o de incapacidad para el trabajo que las lesiones produjeran al ofendido. Este criterio es francamente arcaico y arbitrario. Es arcaico, por cuanto, al no contemplar el desvalor del acto y dadas las numerosas críticas de que fue objeto, tuvo que ser modificado en 1989 por la legislación española que le dio origen²³⁸⁵, y es arbitrario, ya que las injusticias que de dicho sistema devienen son inmensas. En efecto, puede ocurrir que las lesiones tardan poco tiempo en sanar, pese a que el sujeto activo haya actuado con un elemento altamente peligroso, o afectando una zona vital del cuerpo, pero no haber sido lo suficientemente diestro para asestar adecuadamente el golpe, o bien porque la eficaz actuación médica y el buen estado de

²³⁸³ RIVACOBA Y RICACOBIA, *CP de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora*, op. cit., p. 403.

²³⁸⁴ Lo anterior no debe sorprender si se considera que esta era la visión predominante a la época de dictación de nuestro antiguo CP. Así, Pacheco refería, respecto del antiguo CPes, que: “La diferencia entre un género y los otros de lesiones entre la levedad y gravedad y entre las dos clases que se señalen de ésta, se toma aquí y no podía menos que tomarse, de efecto de la lesión causada. Algunas leyes las han tomado antes de ahora del instrumento con que se verificaba la lesión; más este origen, si en circunstancias excepcionales se podía admitir, no es posible que se entienda y considere hasta tal punto en circunstancias comunes. La herida hecha con palo y la hecha con espada son heridas igualmente, causan un daño igual, y una alarma semejante”. En todo caso, el autor citado reconoce a lo menos una excepción en la cual ha de tomarse en consideración el medio empleado por el autor al referir que: “Lo único que puede haber en esta materia digno de especial consideración, es el empleo de armas prohibidas, sobre lo cual ya ha hablado el Código...” (PACHECO, *El CP, concordado y comentado*, op. cit., pp. 1001-1002).

²³⁸⁵ En España la LO N° 3/1989, de 21 de julio ya había puesto término al sistema de regulación de las lesiones, basado en el sistema francés, caracterizado por su gran casuismo y por la importancia decisiva que se daba al resultado producido a la hora de la determinación de la pena, lo que llevaba aparejada la vulneración del principio de culpabilidad a favor de la responsabilidad objetiva. En este sentido ver APARICIO CARRIL, “Estructura típica de los delitos y falta de lesiones”, op. cit., 1995.

salud de la víctima hagan que la lesión tarde poco tiempo en sanar. Al contrario, puede ocurrir que pese a haber utilizado un medio poco peligroso, se conjugue una serie de factores que determinen una lesión de gran magnitud. Con razón Garrido Montt²³⁸⁶ refiere que en el delito de lesiones los tipos que se describen diferencian su identidad según el resultado que causen y su punibilidad está regulada por la gravedad de ese resultado, lo que involucra la sobrevivencia solapada de principios propios de la responsabilidad objetiva, altamente criticable. En el mismo sentido, Guzmán Dalbora afirma que la técnica legislativa de construir estos tipos penales como infracciones determinadas por el resultado, conlleva gruesas complicaciones para las exigencias del principio de culpabilidad²³⁸⁷, en cuanto ésta exige que el dolo del agente abarque el resultado. Así, estando probado el *animus laedendi*, esto es, el dolo genérico de lesionar, o sea, probado que el agente quiso o aceptó lesionar a otro y demostrada además la relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y el resultado objetivo efectivamente causado, entonces corresponde aplicar al sujeto la pena que cuadra al resultado que se causó, aun cuando el dolo del autor no abarcase dicho resultado. Con ello se pone de manifiesto la mayor proclividad a aceptar el *versari in re illicita*, propio del Derecho Canónico, situación que dificulta la posibilidad de apreciar la preterintencionalidad, en aquellos casos en los cuales el sujeto activo, persiguiendo dolosamente un resultado lesivo determinado, provoca imprudentemente un resultado de mayor gravedad. Del mismo modo, el punto en cuestión provoca problemas en la apreciación de las etapas imperfectas del itinerario criminal, consistentes en la tentativa y frustración; complicación que consiste en esclarecer si hay que sancionar las lesiones efectivamente causadas o bien aquellas que se intentó causar, mas, en ambos casos, se vulnerará el principio de culpabilidad²³⁸⁸.

Aun cuando la doctrina intenta solucionar el problema del *versari in re illicita* y de los delitos calificados por el resultado, exigiendo los presupuestos necesarios para imputar subjetivamente el resultado, es un hecho que la jurisprudencia no siempre ha obedecido —dicho límite²³⁸⁹. Un claro ejemplo de ello lo constituyen los casos de *aberratio ictus*, en los cuales la jurisprudencia, desatendiendo la solución propuesta por la doctrina, consistente en diferenciar si el resultado era o no previsible y, siendo el resultado previsible, sancionar de acuerdo con la norma del concurso ideal²³⁹⁰, ha aceptado la tan cuestionada frase de Farinaccio: “quería matar a alguien, mató a alguien”, desentendiéndose de esta forma la exigencia de los elementos de la parte subjetiva del tipo penal y atendiendo únicamente al desvalor del resultado²³⁹¹.

²³⁸⁶ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 148.

²³⁸⁷ GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, op. cit., p.8. En el mismo sentido, se pronuncia ZAPATA CUÉLLAR, en “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., p. 8.

²³⁸⁸ ZAPATA CUÉLLAR, en “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., p. 10.

²³⁸⁹ Cury sostiene que el *versari in re illicita* no tiene cabida en nuestro derecho ya que el art. 492 del CP admite la configuración de un tipo culposo cuando se ha incurrido en *violación de un reglamento*, la polémica está zanjada por la ley. En tales casos es obvio que la acción es *ilícita* y, sin embargo, *la culpa no es reemplazada por el dolo* (CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., p. 343).

²³⁹⁰ CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., p. 313; POLITOFF, *DP*, op. cit., T. I, p. 351; POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno*, op. cit., p. 266; ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 494; MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. I, p. 410; JAKOBS, *DP, PG*, op. cit., p. 365; JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 335-336; STRATENWERTH, *DP, PG*, op. cit., pp. 186-187; MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, op. cit., p. 277; MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 275-276; ZAFFARONI, *DP, PG*, op. cit., p. 539.

²³⁹¹ BUSTOS RAMÍREZ Y CABALLERO, “Comentarios a los arts. 1 a 4 del CP”, en POLITOFF Y ORTIZ (Dir.), *Texto y comentario del CPch*, pp. 58-59.

7. Panorama en el APCPCH

En el Foro Penal que discutió el APCPCH, el presente tema estuvo lejos de ser pacífico. En efecto, la redacción primitiva refería:

“Lesiones calificadas. Art. 86. El responsable del delito de lesiones será castigado: 1°. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si a consecuencia de las lesiones queda la víctima demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme; 2°. Con la de reclusión menor en su grado máximo, si la víctima sufre enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días; 3°. Con la de reclusión menor en su grado medio, si la víctima sufre enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 7 días, o las lesiones dejan en ella una huella permanente, siempre que no se trate de uno de los casos comprendidos en los números anteriores”.

Dicha propuesta fue rechazada por el Foro Penal, fundamentalmente por las objeciones realizadas por Peña, Horwitz y De la Fuente, en relación con el sistema de fijación de las agravaciones de los números 2° y 3° del propuesto art. 86, el cual determinaba la gravedad de las lesiones, tomando como base la duración de la enfermedad o de la incapacidad para el trabajo. De esta forma, la redacción en general de dicho art. y en particular el N° 1, podría dar lugar al establecimiento de una responsabilidad objetiva por el resultado, con grave infracción al principio de culpabilidad.

A dichas objeciones, se sumó la de Cury, quien propuso dar más relevancia en las agravaciones, al desvalor de acción, expresado en el carácter “peligroso” de la conducta, que al del resultado causado.

En el estudio del nuevo texto para regular las lesiones graves, se tuvo en consideración que el castigo severo de quien provoca al ofendido una grave lesión, que transforma de manera altamente significativa su calidad y forma de vida anterior, aparece en todos los códigos punitivos examinados, con independencia del medio empleado para causarla y de la regulación de la figura básica correspondiente. Así, en el Código francés de 1992, se establece, aparte del delito preterintencional de homicidio por medio de violencias (arts. 222-7 y 8), la pena de hasta 10 años de prisión y multa, cuando “Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente” (art. 222-9). Las penas en este caso se pueden aumentar hasta 20 años de prisión, si concurre alguna de las especiales circunstancias en la víctima (menor edad, desvalimiento, relación familiar, carácter de autoridad, testigo, denunciante, etc.), o de otra clase (premeditación, pluralidad de malhechores, uso de armas, etc.), mencionadas en el art. 222-1052.

Por su parte, el Código alemán castiga con especial severidad (prisión de hasta 10 años), en su parágrafo §226, las “*lesiones corporales que han tenido como consecuencia*” (dolosa o culposa) alguno de los siguientes resultados: impotencia, pérdida de la visión de uno o ambos ojos, del sentido del oído, del habla, pérdida o inutilidad de un miembro importante, desfiguración permanente y considerable, padecimientos físicos permanentes, enfermedad mental o discapacidad”.

En Italia, se distingue con claridad entre las lesiones *gravísimas* y las *simplemente graves*, reservando para las primeras una pena de seis a doce años de prisión, si de las lesiones corporales resulta una enfermedad incurable, la pérdida de un sentido, la de un miembro u otro órgano, una mutilación que deje un miembro inservible, impotencia, una permanente y grave pérdida del habla, una deformación o

una permanente marca en el rostro. En cambio, las *lesiones simplemente graves* tienen una pena de reclusión de tres a siete años, cuando las lesiones corporales causan en el ofendido una enfermedad que haya puesto en peligro su vida o se prolongue *por más de cuarenta días*, o le causen igual tiempo de incapacidad para atender sus ocupaciones habituales, o producen un debilitamiento permanente de un sentido u órgano.

Finalmente, en España, al redactarse el Código de 1995, se mantuvo también la distinción entre *lesiones gravísimas* y *lesiones graves* -arts. 149 y 150 respectivamente-, aunque se dejó de lado el sistema de los días para calificar las lesiones como *graves*, se mantiene una tendencia por castigar especialmente formas de los desaparecidos delitos de *mutilaciones*, claramente reflejada en la introducción del nuevo numeral 2 del art. 149 por la LO 11/2003, de 29 de septiembre.

Así, las *lesiones gravísimas* del N° 1 del art 149 consisten en *causar*, “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”, y se castigan con la pena de prisión de seis a doce años. Con ello se incorpora un concepto amplio de enfermedad, se agrava el tratamiento de la *deformidad*, y se suprime la criticada referencia a la inutilidad para el trabajo. Además, la reforma de la L.O. 11/2003 incorporó como un supuesto nuevo de *lesiones gravísimas* el *causar* a otro una “mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones”, que no produzca esterilidad o impotencia.

Por su parte, las *lesiones simplemente graves* consisten, según el art. 150, en *causar* a otro “la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad”, y se castigan con la pena de prisión de tres a seis años.

En la redacción final de las lesiones calificadas, el Foro Penal estimó que para dar mayor relevancia a la peligrosidad de la conducta en las agravaciones, era posible incorporar un art. nuevo que califique la figura básica (reemplazando la pena facultativa de multa por el grado medio de la reclusión menor), por el peligro de la conducta desplegada, reflejado en el uso de armas u otros medios peligrosos, recogiendo así la disposición del art. 148.1 del CPes, pero con los cambios de redacción que permitieran resolver las críticas que dicha disposición ha recibido. No se incorporaron en el nuevo art. propuesto, las restantes agravaciones contempladas en el §224.1 StGB, porque el uso del veneno y la alevosía se comprenden en la agravante genérica de alevosía del art. 8° N° 1, ya aprobado por el foro, y porque es completamente ajena a nuestra cultura una cláusula indeterminada de peligrosidad de la conducta, como la del N° 5 del §224.1, que ni siquiera ha sido recogida en el Código español, único entre los consultados que sigue en parte el modelo alemán en esta materia.

Para no configurar agravaciones que puedan aparecer contrarias al principio de culpabilidad y puramente basadas en el resultado producido, se propuso eliminar las distinciones que se fundaban en la duración de la enfermedad o incapacidad producidas, reduciendo los dos números finales del art. 86 a un solo nuevo N° 2, que considera como lesiones simplemente graves, las que producen una grave enfermedad o disminución de las facultades físicas o mentales del ofendido, que no sean de la magnitud de las señaladas en el N° 1° (lesiones gravísimas), imponiéndoles una pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo.

Se mantuvo el sentido del actual art. 397 N° 1 como la más grave de las calificaciones de los delitos de lesiones, con las correcciones de redacción que se estimaron indispensables para reducir todo peligro de interpretación puramente objetiva, para perfeccionar la descripción de los resultados actualmente considerados para esta

agravación y para incorporar otros resultados que en el derecho comparado se consideran relevantes y que podrían entenderse excluidos de la regulación actual (privación de sentidos, órganos y de la facultad del habla, y transmisión de enfermedades graves e incurables).

Finalmente, se adecuó la redacción de la figura de lesiones complejas a los nuevos textos propuestos para regular las lesiones.

Así las cosas, se creó un nuevo art. que contempla el desvalor del acto, en los siguientes términos: “La pena será de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, si las lesiones se cometen utilizando armas u otros medios idóneos para causar alguna de las lesiones del art. siguiente”.

Luego, se reemplazó el texto primitivo del art 86, por el siguiente: “El responsable del delito de lesiones será castigado: 1°. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, impotencia, pérdida o impedimento de algún miembro importante, deformidad notable, o alguna grave enfermedad transmisible e incurable; 2°. Con la de reclusión menor en sus grados medio a máximo, si le produce al ofendido una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales, que no alcancen la entidad de las señaladas en el número anterior”.

Además y pese a las críticas, se mantuvo con algunas modificaciones el art. 87, estableciendo que: “A no ser que corresponda imponer mayor pena conforme a lo dispuesto en el art. 53 de este Código, si las lesiones se perpetran con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, antes o en el acto de cometerlo, para facilitar su ejecución, o después de cometido, para favorecer su impunidad, el responsable será castigado por todos los delitos cometidos: 1°. Con el máximo de la pena señalada si se trata de alguna de las lesiones comprendidas en el N° 1 del art. anterior; 2° Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo si las lesiones fueran de las comprendidas en el N° 2 y 3 Con la pena de reclusión mayor en su grado medio cuando, tratándose de cualquiera de las lesiones señaladas en el art. anterior, se perpetren con motivo u ocasión de la comisión de secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación”.

8. Panorama en el Derecho comparado

En España, Antón Oneca, criticando el viejo CP, afirmaba: “vemos con frecuencia condenas por lesiones que han ocasionado necesidad de asistencia por breves días, mientras los medios empleados, la región del cuerpo afectada, el lugar donde se encontraba la víctima o su conocida inferioridad orgánica, hacían probable un resultado mucho mayor que el producido o quizás una consecuencia letal”. Dicha crítica es realizada por el autor a propósito de la ausencia en el Código español de la época, de un tipo de lesiones peligrosas para la vida o de un daño corporal mucho mayor que el causado; peligro aceptado por el sujeto que, sin embargo, no tenía voluntad homicida.

Hoy, atendiendo a la necesidad de considerar el peligro que la conducta implica para el bien jurídico protegido, el CPes de 1995 contempla la agravación especial de las lesiones atendida la peligrosidad de la conducta en su art. 148.1, prescribiendo que: “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”.

De esta manera, dicho texto normativo equilibra el desvalor del resultado con el desvalor del acto²³⁹².

Por su parte, el Código italiano contempla en su art. 585 un grupo de agravaciones especiales, aplicables a toda clase de lesiones y no sólo a las de la figura básica, si se trata de algunas de las constitutivas de homicidio calificado de los arts. 576 y 577 o si el hecho se comete con “armas o sustancias corrosivas”.

El Código francés contempla para sus distintas formas de violencias una serie de agravaciones que se basan tanto en circunstancias de la víctima (minoría de edad, desvalimiento, relación familiar, carácter de autoridad, testigo, denunciante, etc.), como del hecho mismo (premeditación, pluralidad de malhechores, uso de armas, etc.) (arts. 222-10 y 12), sin hacer una especial distinción de aquellas que puedan considerarse especialmente atinentes a la *peligrosidad de la conducta*, aunque evidentemente a ellas se refieren circunstancias tales como el uso de armas, la pluralidad de malhechores y la premeditación.

Por último, el StGB alemán, en consideración al desvalor del acto, que conlleva la utilización por el sujeto activo, de medios especialmente peligrosos para el bien jurídico, establece en el parágrafo § 224: “Lesión corporal peligrosa: Quien cometa la lesión corporal 1. por medio de la administración de veneno u otras sustancias nocivas para la salud, 2. por medio de un arma u otras herramientas peligrosas, 3. por medio de un atraco alevé, 4. con otro partícipe conjuntamente, o 5. por medio de un tratamiento que pone en peligro la vida, estará sujeto a la pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años; en casos menos graves con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. (2) La tentativa es punible”.

9. Conclusiones

1. A partir de las modificaciones introducidas en el antiguo CPes en 1989, se mejoró substancialmente la redacción de los tipos penales relativos al delito de lesiones, cuestión que se mantuvo en el CPes de 1995, sin embargo, no es posible desconocer que la actual regulación del delito de lesiones sigue centrando su atención en el desvalor de resultado, aun cuando ello se ha intentado equilibrar con la eliminación de la referencia a los días que las lesiones tardan en sanar y a los medios determinados de comisión, y con la incorporación de disposiciones que consideran en mayor medida el desvalor de

²³⁹² En efecto, los arts. 149 y 150 tratan la mutilación (entendida en un sentido funcional) de órganos miembros principales y no principales, tomando en consideración el desvalor del resultado. Así, el art. 149 del CPes dispone que: “El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años”. Dicho art. da cuenta de casos que corresponden a la figura de mutilaciones graves, en las cuales la pena se aumenta en virtud del resultado lesivo y asociada a la integridad corporal entendida como bien instrumental de la salud individual. En estos casos, además de los elementos del concepto de lesión del art. 147.1, concurre una agravación de la pena cuando, por cualquier medio o procedimiento, se cause a otro la pérdida o la inutilidad funcional de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica. Es decir, precisa casos de agravación de la sanción, pero utilizando el concepto legal de lesión establecido en el art. 147.1. Por su parte, el art. 150 del CPes señala que: “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”. Se trata, en consecuencia, de casos de mutilaciones de órganos o miembros no principales y que por lo tanto, tienen una sanción menor a la establecida en el art. anterior, en virtud del resultado. Por lo tanto, se precisan casos de mutilaciones menos graves, tomando el legislador como base el concepto de lesión del art. 147.1.

acto, tales como el art. 147.2 y el art. 148. Además, resulta imprescindible que los tipos penales relativos al delito de lesiones sean interpretados por la jurisprudencia a la luz del *principio de culpabilidad* contemplado en los arts. 5 y 10 del CPes, acorde con los cuales, debería prevalecer la *prohibición de responsabilidad objetiva por el resultado* y de los *delitos calificados por el resultado*.

2. Tanto en el tipo básico (art. 147) como en los tipos cualificados de lesiones (arts. 149 y 150) se tipifican conductas dolosas, llevadas a cabo con dolo directo o con dolo eventual. El tipo doloso requiere que el autor realice una conducta voluntaria -entendida simplemente como presupuesto general de toda clase de tipos-, con el conocimiento *ex ante* de que su comportamiento es portador de un peligro idóneo para lesionar el bien jurídico de la salud individual de otra persona con una cierta intensidad. El dolo debe abarcar el conocimiento *ex ante* de la idoneidad de la conducta típica comisiva u omisiva, para producir el resultado lesivo para la salud individual. El sujeto activo percibe la entidad del peligro inherente a su conducta, a pesar de lo cual la realiza (*comisión activa*) o lleva a cabo una acción distinta de la ordenada por la norma imperativa (*comisión por omisión*).

3. En el delito de lesiones, el dolo comprende la conciencia de la concurrencia de los *elementos objetivos descriptivos y normativos* de la conducta típicamente relevante, idónea para provocar el resultado lesivo para la salud individual, pese a lo cual el sujeto tiene la voluntad de efectuar dicho comportamiento.

4. El *elemento intelectual* del dolo se concreta en el conocimiento de los *elementos objetivos descriptivos y normativos* del tipo. En cuanto a los *elementos descriptivos*, al momento de iniciarse la conducta típica, el sujeto activo deberá saber que ante sí tiene una persona con vida humana independiente, que en sus manos tiene un *medio* idóneo para provocar una lesión en la salud física o mental del afectado, que *ex ante* su conducta constituye un riesgo típicamente relevante y la *entidad* del peligro ínsito en ella, que haga prever una lesión de una cierta entidad, aun cuando ésta sea más o menos incierta.

5. El dolo sólo exige el conocimiento del peligro inherente a su conducta típica, más no el del resultado naturalístico, toda vez que como éste aun no se ha producido no es posible determinarlo *ex ante* con exactitud, sino tan solo prever que la posible gravedad de la lesión sea más o menos proporcional a la entidad del riesgo creado, ya que en la mayoría de los casos el resultado depende de múltiples factores, muchos de ellos independientes a la voluntad del sujeto activo y por tanto no imputables a su comportamiento. La posible gravedad del resultado es en cierta medida indeterminada y bastante azarosa en la mayoría de los casos. La exigencia de mayor concreción a lo único que da lugar es a las vías de las presunciones de dolo, enderezadas, en ocasiones, con la inversión de la carga de la prueba.

6. En cuanto al conocimiento de los *elementos normativos*, no se puede exigir que el dolo abarque la cualidad del resultado consistente en la necesidad de una primera asistencia facultativa además de un tratamiento médico o quirúrgico para la sanidad de la lesión, lo cual requeriría la precisión de un especialista en medicina, lo que no es real. Los *elementos normativos* en el delito de lesiones, apuntan al resultado naturalístico y deben ser interpretados teleológicamente como la necesidad de que el resultado considerado desde una perspectiva *ex post*, sea de una cierta gravedad proporcional al peligro creado por la conducta típica, valorada *ex ante*, toda vez que es el riesgo inherente a la conducta y no el resultado, lo que el autor está en posición de conocer y de controlar al momento de llevarla a cabo.

7. Para poder imputar subjetivamente responsabilidad penal al autor del hecho, a título de dolo, la gravedad del resultado lesivo *ex post* debe ser proporcional a la entidad del peligro concreto *ex ante* generado por la conducta típica y que dicho peligro fuera conocido por el autor. La necesidad de asistencia médica o facultativa o de un tratamiento médico o quirúrgico, son conceptos normativos que dan cuenta de una cierta gravedad del resultado, esto es, una cualidad del resultado de menoscabo y no un suceso que deba efectivamente tener lugar, razón por la cual no cabe sostener que existe un delito doloso por el solo hecho de que el tratamiento haya tenido lugar, planteamiento que implicaría sostener una especie de *responsabilidad objetiva* contraria a lo dispuesto en los arts. 5 y 10 del CPes.

8. La imputación a título de dolo sólo es posible si el Tribunal llega al convencimiento de que la conducta típicamente relevante, llevada a cabo *ex ante* con pleno conocimiento del autor, era portadora de un peligro idóneo y proporcional para producir el resultado previsto en cada tipo penal, de lo contrario, sólo podría existir imprudencia si se dan los requisitos. Si el resultado naturalístico sobrepasa el peligro previsto en abstracto por el autor, estaremos ante un error de evitación de su parte y, por lo tanto, ante un concurso ideal entre un delito doloso y uno imprudente. Por lo tanto, en el delito de lesiones no basta la concurrencia de un dolo genérico.

9. En la consideración del *desvalor de acto*, existen factores de riesgo controlables *ex ante* que agravan o disminuyen el desvalor de la conducta y, que por lo tanto, son plenamente imputables al comportamiento del sujeto activo como: a) la mayor o menor peligrosidad del medio empleado; b) la zona del cuerpo hacia la cual va dirigida la agresión, ya que evidentemente existen zonas del cuerpo más frágiles que otras; c) la especial fragilidad o fortaleza de la víctima conocida por el autor; d) La posición de la víctima en el momento de recibir la agresión, conocida *ex ante* por el autor; e) salvo casos de arrebató u obcecación que podrían estimarse en el ámbito de la culpabilidad, es el autor quien puede controlar la intensidad de ciertas formas de agresión.

10. El CPes de 1995, prevé expresamente la comisión del delito de lesiones por imprudencia en el delito de lesiones, distinguiendo el legislador, en base a la entidad de la imprudencia, la cual puede ser grave o leve, lo cual refleja la voluntad inequívoca del legislador de proteger la salud de las personas incluso respecto de ataques derivados de una infracción leve de la norma de cuidado.

11. Para que las lesiones provocadas por imprudencia sean constitutivas de *delito*, el resultado debe corresponder a los referidos en los arts. 147.1, 149 o 150, graduándose la pena según el concreto resultado producido, el medio empleado (la utilización de vehículo a motor o ciclomotor, o la utilización de un arma de fuego), así como la modalidad de imprudencia cometida (si se trata de imprudencia profesional). Además, respecto a la conducta, la imprudencia debe poder ser calificada de grave.

12. Para que las lesiones provocadas por imprudencia sean constitutivas de *falta*, es necesario que el resultado esté previsto como delito en el art. 147.2, y la conducta fuere constitutiva de imprudencia grave (art. 621.1), o bien que el resultado esté previsto como delito en los arts. 147.1, 149 o 150 y, respecto de la conducta, la imprudencia pueda ser calificada de leve (art. 621.3), sin distinguir, a efectos de penalidad, entre los distintos supuestos, salvo respecto de aquellas conductas llevadas a cabo utilizando un vehículo a motor o ciclomotor o un arma, caso en los cuales el tribunal puede imponer una sanción especial de privación de derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotor, o bien, a la tenencia y porte de armas, respectivamente.

13. La *imprudencia grave* es aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente o la ausencia u omisión de *las más elementales* medidas de cuidado o atención que la convivencia exige. Si la imprudencia es *grave* el hecho deberá calificarse como delito (art. 152.1), a no ser que concurren los criterios específicos contenidos en el tipo penal privilegiado de lesiones referidos en el art. 147.2, en cuyo caso se aplicará, previa denuncia, la falta contenida en el art. 621.1. Si se utilizó vehículo a motor, ciclomotor o arma de fuego, o estamos en presencia de *imprudencia profesional*, deben aplicarse las disposiciones contenidas en el art. 152.2 y 3, si se trata de casos de *imprudencia grave*, siempre y cuando no concurren los criterios específicos contenidos en el tipo penal privilegiado de lesiones, referidos en el art. 147.2, caso en el cual se aplicará el art. 621.1.

14. La *imprudencia profesional* consiste en la carencia de los conocimientos que le son exigibles al sujeto por su cualificación profesional, situación que agrava la antijuridicidad del hecho. La expresión *imprudencia profesional* (art. 152.3), permite afirmar la punibilidad agravada tanto de la realización de una actividad peligrosa sin la preparación técnica que la misma requiere, como en una indebida aplicación de los conocimientos atribuible a la falta del esmero, atención o diligencia exigibles al profesional medio. Exige la calificación de la imprudencia como *grave*. Impericia es la incapacidad o falta de preparación para efectuar una actividad que requiera una especial preparación o aptitud. En estos casos, a la pena privativa de libertad se añade, también como pena principal, la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo. La referencia al *cargo* debe entenderse en el sentido de situaciones relacionadas con la profesión o el oficio.

15. Los requisitos de la *imprudencia profesional* son: 1. La realización de actos negligentes en el ejercicio de su profesión el sujeto activo, de la cual hace su medio de vida ordinario y dedicación laboral; 2. La conducta debe pertenecer a la serie de actos que de manera habitual se exigen y practican por los profesionales del ramo; 3. Sobre el resultado, es precisa la producción de muerte o lesiones graves; 4. En cuanto a la culpabilidad, es necesario que el resultado se produzca a consecuencia de impericia o negligencia profesional incompatible con la profesión, practicando ésta con manifiesta peligrosidad, caracterizada por un plus de culpa sobre la temeraria; y 5. La apreciación de tales factores ha de realizarse conforme a un criterio de relatividad, ponderando, en todo caso, circunstancias, personas, y actividad profesional desarrollada. El resultado debe originarse a consecuencia de impericia profesional inexcusable en su ejercicio, practicado éste con manifiesta peligrosidad.

16. La *imprudencia leve* supone la infracción de normas de cuidado no elementales, normas que respetaría el ciudadano *cuidadoso*. Si la imprudencia es *leve* procederá en todo caso, siempre que medie denuncia, la falta del art. 621.3. La inobservancia del cuidado objetivamente debido tiene que ir referido a la conducta portadora de un riesgo *ex ante* cognoscible e idóneo para producir el resultado típico. Si se utilizó vehículo a motor, ciclomotor o arma de fuego, se aplicarán, previa denuncia, las normas prescritas en el art. 621.4 y 5 del CPes.

17. Los elementos objetivos y subjetivos de la falta de lesiones imprudentes deben ser acreditados. Debe señalarse cuál es la norma de cuidado y el deber de cuidado que de ella emana y probarse tanto su infracción como el carácter *leve* de la misma. La infracción de la norma de cuidado debe conllevar la realización de una conducta típicamente relevante, por lo que debe acreditarse su peligrosidad *ex ante*, consistente en su idoneidad para provocar el resultado y la entidad del peligro inherente a la misma,

conocido o cognoscible por el autor del hecho. En cuanto al resultado lesivo, hay que acreditar, desde una perspectiva *ex post*, la causalidad y la relación de riesgo.

18. La imprudencia grave se diferencia de la leve por consideraciones cuantitativas, es decir, por la mayor previsibilidad de la probabilidad dañosa. Para diferenciar la imprudencia grave de la leve habrá que ponderar: a) La mayor o menor falta de diligencia; b) La mayor o menor previsibilidad del evento y; c) La mayor o menor infracción de los deberes de cuidado que, según las normas socio culturales vigentes, de sujeto se espera.

19. Si el resultado de lesiones no precisa de tratamiento, la conducta imprudente no es punible. Escapan de la esfera penal no sólo las lesiones cometidas por imprudencia leve constitutivas de falta, sino también las cometidas por imprudencia leve constitutivas de delito si éstas, a juicio del Juez o Tribunal, fueren de menor gravedad, atendido el medio empleado o el resultado producido.

20. En los casos en los que una conducta dolosa inicial de lesionar vaya acompañada de un resultado de lesiones más grave que previsto, producto de un comportamiento imprudente, la solución correcta es aplicar la técnica del concurso ideal entre la conducta dolosa inicial (fuerte golpe de puño en la cara) y la lesión realmente producida por imprudencia (pérdida de un ojo, por ejemplo), que deberá resolverse conforme a lo dispuesto en el art. 77 del CPes.

21. Para que el resultado producido pueda imputarse a título de imprudencia, puede concurrir *imprudencia consciente*, la cual requiere que el autor pese a reconocer el peligro, en abstracto, inherente a su conducta, actúa creyendo erróneamente, que puede evitar la producción del resultado; o bien, la *imprudencia inconsciente*, en virtud de la cual el autor desconoce la efectiva peligrosidad, en abstracto, de su conducta, razón por la cual, ni siquiera prevé la posibilidad de un eventual resultado lesivo, debiendo haberlo hecho.

22. Cuando el resultado cualificante se produce como consecuencia del empleo de los medios previstos en el art. 148,1 es más fácil imputarlo a título de dolo, en la medida en que el sujeto sea consciente de su peligrosidad. Igualmente, se requiere para aplicar la cualificación del art. 148.3 que el sujeto sepa que la víctima es menor de doce años o incapaz.

23. En los frecuentes casos en los cuales el medio empleado utilizado, para golpear dolosamente el rostro de la víctima, son las manos y el resultado lesivo es la pérdida completa de la visión de uno de los ojos, siendo el tipo del art. 149.1 un delito doloso, para que concurra el elemento cognitivo del dolo debe referirse no sólo a la idoneidad de la conducta para poner en riesgo el bien jurídico de la salud individual, sino que además debe abarcar la entidad del peligro, de manera que sea previsible una lesión proporcional al riesgo generado. Si el autor no era consciente de que, por ejemplo en sus manos llevaba un anillo, estaríamos ante la concurrencia de un delito doloso, consistente en agredir a otro en el rostro con las manos, en concurso ideal con un delito imprudente, consistente en no haber previsto, que en sus manos llevaba un elemento era idóneo para provocar el resultado lesivo más grave que aquel que el previsto.

Capítulo VIII

Modalidades específicas de lesiones

A. Responsabilidad médico-sanitaria

Sumario: I. Introducción.— II. Imprudencia médica.— 1. La responsabilidad dolosa.— 2. La responsabilidad por omisión.— 2.1. Límites hasta los que se extiende la posición de garantía del médico.— 2.2. Comprobación de que el comportamiento del garante representa una omisión no cubierta por el riesgo permitido y que incrementa las posibilidades de producción del resultado.— 2.3. Exigencia de equiparación valorativa como juicio de imputación del resultado producido.— 3. La responsabilidad imprudente.— 3.1. Delimitación del tema.— 3.2. Sujeto activo. Ámbito personal de la imprudencia médica.— 3.3. Estructura del tipo en la imprudencia médica.— 3.3.1. Injusto imprudente. Tipo objetivo. Infracción del deber objetivo de cuidado en la imprudencia médica.— 3.3.1.1. La infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción).— 3.3.1.1.1. Determinación de la norma de cuidado y de la regla de cuidado.— 3.3.1.1.2. La lex artis.— 3.3.1.1.3. Criterio o baremo para determinar la infracción del deber de cuidado.— 3.3.1.1.4. Conocimientos y capacidades superiores o inferiores del autor.— 3.3.1.1.5. Determinación jurisprudencial del cuidado exigible en la actividad médico-sanitaria.— 3.3.1.1.6. Error de diagnóstico y carencia de una pericia extraordinaria.— 3.3.2. Injusto imprudente. Tipo subjetivo. Infracción del deber subjetivo de cuidado en la imprudencia médica.— 3.3.3. Imputación objetiva.— 3.3.3.1. Algunos aspectos relativos a la relación entre la conducta imprudente y el resultado lesivo.— 3.3.3.2. La incidencia de la actividad médica en una lesión previa.— 3.3.3.3. Producción tardía de otros resultados.— 3.3.4. Clases de imprudencia.— 3.3.4.1. Imprudencia grave: Incumplimiento de deberes inexcusables.— 3.3.4.2. Imprudencia leve: Incumplimiento de otros deberes.— 3.3.4.3. Responsabilidad penal por el trabajo en equipo sanitario.— 3.3.4.4. División horizontal del trabajo y principio de confianza.— 3.3.4.5. División vertical del trabajo. Los deberes secundarios de cuidado.— 4. Conclusiones.

I. Introducción

A lo largo de esta investigación hemos tenido varias ocasiones para referirnos a temas que de alguna u otra forma guardan relación con la responsabilidad médico sanitaria. En efecto, en el capítulo III, nos referimos a las implicaciones que cada una de las opciones sobre el bien jurídico en el delito de lesiones, tiene en el ámbito del consentimiento y de la responsabilidad del médico. Luego en el Capítulo IV de esta tesis, nos referimos a los problemas que presenta el tema de la dignidad humana en el ámbito de los delitos en contra de la salud individual y, especialmente en supuestos que tiene que ver con el consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico (tratamientos médicos en general, transfusiones de sangre en contra de la voluntad del paciente y las huelgas de hambre reivindicativas). También en el Capítulo VI, apartado E, relativo al vínculo de causalidad y de imputación objetiva, nos referimos, entre otros criterios, al principio de confianza, el cual se encuentra íntimamente vinculado al problema médico sanitario dadas la forma en que habitualmente se lleva a cabo, es decir, en un contexto de trabajo en equipo que supone relaciones horizontales y verticales, en las que es necesario determinar responsabilidades, sobre todo en casos de negligencias médicas. En el capítulo VII, nos referimos al tipo subjetivo y en particular

a la imprudencia, título de imputación subjetiva que tiene gran importancia en la responsabilidad médico-sanitaria. Ahora hemos creído necesario referirnos especialmente a la responsabilidad médico-sanitaria y de manera un tanto más orgánica, en virtud de las características particulares que presenta y por la importancia que este tema tiene hoy en día en el ámbito de los delitos de lesiones y en particular en el campo de los delitos imprudentes. Evidentemente nos damos cuenta de las limitaciones que la extensión del tema supone, el cual daría para escribir una tesis completa sobre el problema médico-sanitario, sin embargo este análisis nos ayudará a formar una visión de conjunto acerca de la problemática del delito de lesiones, tema de nuestra investigación.

Para un análisis adecuado del tema lo dividiremos en tres acápites: el primero referido a la responsabilidad dolosa, el segundo a la responsabilidad por omisión y el tercero a la responsabilidad imprudente, para terminar con un acápite sobre las conclusiones parciales relativas a la responsabilidad médico sanitaria.

II. Responsabilidad médico-sanitaria

La responsabilidad médico-sanitaria puede producir efectos en el campo del Derecho administrativo, como en el Derecho civil o en el ámbito del DP. En el campo del DP, la responsabilidad médico-sanitaria puede ser dolosa o imprudente, por acción o por omisión²³⁹³.

1. La responsabilidad dolosa

La responsabilidad médico-sanitaria, a título de dolo, supone la agresión consciente del bien jurídico de la salud individual de una persona, con los mismos requisitos que cualquier ciudadano, aun cuando es difícil imaginar que en el ejercicio de la profesión el médico pueda cometer dolosamente un delito de lesiones, ello no es descartable, sobre todo en el ámbito del dolo eventual²³⁹⁴.

Además, puede concurrir una conducta dolosa, cuando el médico consciente y deliberadamente *deja de prestar asistencia*, a su propio paciente, de tal forma que por dicha omisión éste fallece o sufre consecuencias irreparables en su salud. En estos casos, se considera que existe un delito doloso en comisión por omisión si concurre la posición de garante y ello sucede en aquellos casos en los cuales el médico ha asumido efectivamente el cargo, para lo cual habrá que atender más a la teoría de las funciones que supone una relación fáctica existente entre el médico y su paciente, que a las fuentes formales referidas en el art. 11 del CPes²³⁹⁵. En estas hipótesis, el médico, dada esa situación de privilegio que tiene con la vida y la salud del paciente, es tributario de un deber especial de garantía (posición de garante), que le obliga a prestar sus servicios con el fin de evitar cualquier menoscabo de los mismos, siempre que en las circunstancias

²³⁹³ GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, p. 283.

²³⁹⁴ ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, Madrid, 1990, p. 61.

²³⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal del médico por omisión", en MIR PUIG (Dir.), *Avances de la medicina y DP*, Barcelona, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988, pp. 127-129.

del caso concreto pudiera hacerlo²³⁹⁶. Sin perjuicio de lo anterior, dicho deber de garante decae cuando el titular del derecho renuncia a él y dichos supuestos fueron latamente analizados a propósito de los tratamientos médicos llevados a cabo sin el consentimiento del paciente, en el capítulo III, sobre el bien jurídico protegido y en el capítulo IV, relativo a la dignidad humana y salud individual, por lo tanto, nos remitimos a lo ya señalado.

2. La responsabilidad por omisión

A fin de tutelar la protección de los bienes jurídicos de la vida y de la salud individual de las personas, el legislador fomenta o acepta la realización de actividades médico-sanitarias, siempre y cuando éstas se desarrollen en el ámbito del riesgo permitido, pero a cambio impone al personal sanitario el cumplimiento de ciertas medidas de cuidado, de modo que si estas no se aplican y, con ello, el foco de riesgo deja de ser permitido, el *responsable normativo* del resultado que se produzca a consecuencia de ese incremento del riesgo, será quien estaba encargado de forma específica de mantener el peligro dentro de los límites tolerados por el ordenamiento jurídico²³⁹⁷.

Si bien el fundamento de la responsabilidad por una omisión es nítido; sin embargo, la prueba de los requisitos de la comisión por omisión, puede plantear problemas, en primer lugar, la mera omisión, al menos en términos puramente naturalístico, no puede *causar* un resultado y por ello junto a la capacidad de realizar la acción debida, en la comisión por omisión es preciso que el autor *hubiese podido evitar el resultado*, de haber interpuesto la acción indicada²³⁹⁸. Tal poder faltará cuando la conducta positiva indicada de nada sirva para evitar el resultado, porque de todas formas vaya a producirse²³⁹⁹. Se habla de la existencia de cursos causales hipotéticos y se trata de deducir de estos el *comportamiento alternativo correcto*, siendo lo decisivo en la comisión por omisión la *virtualidad causal de la conducta que hubiera debido realizarse para evitarlo*²⁴⁰⁰. Ya explicamos en el Capítulo VI, apartado E, que la aplicación del criterio del comportamiento alternativo adecuado a Derecho, se encuentra supeditado al análisis *de la evitabilidad ex ante y ex post del resultado como criterio de imputación* y a ello nos remitimos. Por lo tanto, para poder vincular la conducta con el resultado producido, la realización de la acción debe poder impedir o evitar la realización del resultado. A ello hay que agregar la necesidad de verificar la equivalencia estructural con la comisión activa, conforme a lo referido en el art. 11 del CPes²⁴⁰¹.

Si bien la jurisprudencia más clásica enfocaba el problema desde el punto de vista de la causalidad, los pronunciamientos judiciales más recientes han aplicado

²³⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, op. cit., pp. 127-129 y ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 62.

²³⁹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *ADPCP*, 1994, pp. 40-41 y HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, Editorial Tirant, Valencia, 2001, pp. 114-115.

²³⁹⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 330.

²³⁹⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 330.

²⁴⁰⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 330-331 y HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 115.

²⁴⁰¹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 454.

criterios más cercanos a la teoría de la imputación objetiva para negar la relevancia jurídico-penal de la conducta enjuiciada²⁴⁰².

Pero el problema de la comisión no se agota en el tema de la causalidad, toda vez que antes habrá que determinar la presencia o no de la posición de garante, ya que es controvertible si el fallecimiento o las graves consecuencias lesivas de un enfermo debido a la falta de atención médica deben ser sancionada a título de comisión por omisión o por el delito de omisión de socorro, cuando tal asistencia fuera posible y ofreciera desde la perspectiva *ex ante*, garantías de eficacia²⁴⁰³.

Según Silva Sánchez, para que concurra la omisión de socorro, es necesario que exista una posición de garante por parte del médico respecto del paciente y para que ello ocurra, es menester que el médico hubiera asumido efectivamente el tratamiento del paciente, entendiendo que lo hace cuando lo tiene en sus manos, cuando el acto de asunción se ha fijado en su exacta dimensión y límites, señalándose al comienzo del tratamiento, cuál es el bien jurídico cuya protección se asume y el peligro (enfermedad) del que se protege, cuál es la terapia con la que el médico se propone combatir la enfermedad, toda vez que el fundamento material de la posición de garante, radica en la protección de bienes jurídicos, lo cual se explica porque al asumir su función de protección el médico genera en el paciente una situación de confianza y, por lo tanto, el abandono de otras medidas de protección posibles o la renuncia a adoptarlas, como se aprecia, se trata de una visión análoga al criterio del actuar precedente, a una puesta en peligro del bien, al que se priva de otras ayudas, ya que el garante, esto es, el médico, se convierte en dueño absoluto del proceso que ha de llevar o no al resultado, en centro decisorio del mismo y, por lo tanto, la esencia de la asunción es la creación de un momento de peligro para el bien jurídico²⁴⁰⁴. Lo mismo se aplica en el caso del cirujano que comienza una intervención que luego abandona, o del médico de urgencia que abandona al enfermo tras comenzar a realizar los primeros auxilios o, simplemente, que no le presta la asistencia que precisa tras realizar la intervención^{2405/2406}.

²⁴⁰² Así por ejemplo, la SAP de Madrid de 27 de enero de 2000, si bien declara probado que el médico cirujano, “precisamente a quien compete la obligación de neutralizar las fuentes de peligro”, omitió el deber de cuidado al demorar la necesaria orden de traslado del paciente a otro centro durante más de tres horas, absuelve al acusado por estimar que: “Es sabido que para que el resultado pueda ser atribuido a un sujeto es necesario, en el plano objetivo, que el referido resultado a imputar constituya un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto. De este modo, no se acreditó que la causa del fallecimiento y que tuvo su origen en la aparición del neumotórax bilateral a tensión fuera provocada directamente por la conducta omisiva descrita y menos aun, que tal diagnóstico surgiera cuando la paciente se encontraba en la Clínica esperando la ambulancia. Sin descartar la situación de un posible riesgo generado por la conducta omisiva del facultativo referido; contrariamente, existen dudas sobre si el alcance de la conducta omisiva descrita fue causa directa del fallecimiento de E. C. En este sentido los médicos forenses (...), lejos de despejar las dudas al respecto, *mantuvieron* tanto en su informe obrante en las actuaciones como en el plenario, la probabilidad -que no certeza- de que se hubiera frenado el proceso *evolutivo* en el caso de un traslado inmediato de la paciente (...). Por lo que, a la *vista* del resultado probatorio, no es posible imputar al cirujano ninguna negligencia o imprudencia penalmente punible, al no haberse podido determinar de manera indubitada que la causa fundamental determinante del fallecimiento obedeciera directamente a la conducta omisiva de aquel”.

²⁴⁰³ SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, op. cit., p. 125.

²⁴⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, op. cit., pp. 127-129.

²⁴⁰⁵ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 460.

²⁴⁰⁶ Así, el TS, en STS de 27 de noviembre de 2001, en donde se enjuiciaba la conducta de un cirujano y un anestesista que hablan intervenido a una mujer de una mamoplastía para aumento de los pechos, así como del médico de guardia en funciones que la atendió. Según el relato fáctico, a las pocas horas de la operación, la mujer comenzó a referir un cuadro de opresión torácica que desembocó en disnea. El médico de guardia comunicó al coordinador de la clínica, también acusado, la necesidad de trasladar a la

Tal vez el supuesto más discutible dice relación con la cuestión de si existe o no posición de garante en el caso del *médico de guardia y rural*, ya que en ellos se plantea si su respectiva condición les convierte, de por sí y con carácter general, en garantes de los posibles pacientes que pudieran demandar su auxilio, de tal modo que bastara comprobar dicha condición para afirmar el presupuesto básico de un título de responsabilidad en comisión por omisión. Concordando con Gómez Rivero²⁴⁰⁷, creo que es posible fundamentar en estos casos la posición de garantía del médico, sin abandonar un criterio restrictivo en torno a las fuentes del deber de obrar, ya que en estos casos los potenciales demandantes de esos servicios confían en la atención de sus requerimientos con el sólo hecho de acudir a los médicos de guardia y rurales y no tienen, por ello, que preocuparse por asegurar su demanda de asistencia en otros puntos ni concertar para ello ninguna otra clase de medidas asegurativas, pudiendo confiar en que la existencia de aquellos médicos elimina la necesidad de cualquier esfuerzo por procurarse otro tipo de asistencia y generan, en definitiva, una confianza que determina que los pacientes renuncien a otras medidas protectoras²⁴⁰⁸. Si bien es cierto que en estos casos dada las circunstancias geográficas o de urgencia, el paciente no tiene posibilidad de elección debido a la imposibilidad de recurrir a otros profesionales, lo importante es que existe una relación de dependencia en que se encuentra el enfermo frente al médico y el consiguiente riesgo que deriva de dicha relación de exclusividad y, por lo demás, en estos casos no sólo existe un deber legal de actuar sino que la razón de ser del mismo está específicamente concebida para los casos de necesidad -médico de urgencia- o de carencia de otros profesionales alternativos -médico rural- y, por lo tanto, la situación de riesgo que origina el médico cuando se niega a atender al paciente que demanda su auxilio dentro de las coordenadas de la asunción voluntaria es consustancial a las situaciones de monopolio y urgencia en la prestación médica, esto es, se mantiene con independencia de un específico acto de asunción²⁴⁰⁹. Lo anterior se refiere a los casos en que tanto la situación de urgencia como de monopolio de la asistencia la asume el médico con base en una obligación legal, supuestos en que se trata de un médico destinado a ocupar la plaza correspondiente en un centro público y que por ello está obligado a asumir el tratamiento de las personas que demanden su auxilio dentro de los límites *temporales y espaciales* que acotan su ámbito competencial²⁴¹⁰.

En todo caso delimitada la obligación de actuar al médico que desempeña un servicio público, la misma no le grava de forma ilimitada o absoluta, sino que aparece esencialmente acotada por los márgenes no sólo *espaciales* sino también *temporales* de su obligación actualizada en cada demanda de auxilio, por ello, no cabría atribuir ninguna responsabilidad derivada de una posición de garantía al médico que no socorre

paciente a un centro hospitalario suficientemente dotado de medios de diagnósticos y tratamiento. El traslado, sin embargo, no se efectuó de forma inmediata porque no existía una ambulancia disponible en la empresa concertada de ambulancias, sin que los tres facultativos hicieran nada durante horas para hacer el traslado efectivo al centro hospitalario. Sólo cuando la situación alcanzó extrema gravedad se les ocurrió llamar a una ambulancia UVI móvil. Frente a la Sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Madrid, el TS condenó a los cuatro acusados como autores de una falta de homicidio por imprudencia leve en comisión por omisión, afirmando, por lo que a la posición de garantía se refiere, que la misma se presenta incuestionable respecto a los cuatro acusados “en cuanto les incumbía atender a la salud de la paciente y estaban en posición de dominio sobre lo que había que decidir para atajar, con los medios precisos, una progresiva y negativa evolución de su estado físico”.

²⁴⁰⁷ En contra SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, op. cit., pp. 132 y ss.

²⁴⁰⁸ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 461-462.

²⁴⁰⁹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 462.

²⁴¹⁰ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 462-463.

al paciente fuera de los horarios o de los días en que desempeña su actividad, porque no es su condición de médico de guardia o rural la que le inviste del deber de actuar, sino que éste surge exclusivamente de las coordenadas temporales y espaciales en que está obligado a ejercer su función²⁴¹¹.

En tanto la acotación de la extensión *temporal* en la que rige la posición de garantía del médico surge de una relación contractual, sus límites sólo se extenderán hasta donde lo haga ésta, tan pronto como cualquiera de las partes renuncie a su compromiso decaerá dicha obligación, sin embargo, si la renuncia proviene del profesional sanitario, ello supone que ésta se base en una relación contractual propia del ámbito privado y no en centros públicos y procede siempre y cuando la negativa del médico a prestar asistencia no suponga una situación de riesgo para la vida o salud del paciente, como sucede cuando no existe un médico que pueda continuar la terapia ya iniciada por aquél, caso en el cual la posición de garante se fundamenta en la injerencia, nacida de un compromiso asistencial anterior que genera la obligación de mantenerlo en tanto otro facultativo no se comprometa a asumir su continuidad, si la renuncia proviene del paciente, los problemas se plantean allí donde la renuncia del enfermo surge en un contexto hospitalario o de internamiento y la misma representa una situación de riesgo para su vida o para su salud individual, siendo el caso paradigmático en el que se concentran las dificultades es el de la renuncia a las transfusiones de sangre por parte de los Testigos de Jehová²⁴¹², el cual ya fue abordado en el capítulo IV sobre dignidad humana y salud individual.

2.1. Límites hasta los que se extiende la posición de garantía del médico

El objeto del compromiso que el médico asume no es la hipotética salvaguarda genérica de la vida y salud del paciente, sino que aquél se refiere por definición a una dolencia concreta respecto a la que asume una *obligación de medios*, consistente en intentar la curación o mejora de dicho padecimiento, aspecto que acota la extensión del deber, porque en la medida en que se compromete a realizar una actividad curativa debe poner todos los medios necesarios a su alcance para garantizar, si no un resultado, la corrección del tratamiento y la paliación, en la medida de lo posible, del sufrimiento que al paciente ocasiona la dolencia por la que acudió en busca de ayuda sanitaria, lo cual trae varias consecuencias prácticas²⁴¹³. La primera consiste en que el médico no está obligado a realizar aquellas intervenciones que, pese a ser solicitadas por el paciente, no responden a una finalidad curativa o no están indicadas conforme a las reglas de la *lex artis*, la segunda consiste en que el especialista que ha asumido el tratamiento del paciente de una afección concreta responde de las omisiones relativas a la misma, no así respecto a otras posibles patologías ajenas a aquélla que en el curso del tratamiento pudieran aparecer o descubrirse, en tercer lugar, en tanto que el compromiso del médico se extiende al correcto tratamiento de la dolencia en cuestión, dicha posición de garantía no puede ceñirse sólo a los actos que a él corresponda realizar de forma inmediata y personal, sino también a todos lo que de forma *indirecta* forman parte del tratamiento que prescribe, lo cual es importante a la hora de delimitar la responsabilidad de un facultativo respecto a la actuación de otros miembros de su equipo²⁴¹⁴. En tanto el compromiso del médico se extiende a garantizar al paciente un tratamiento adecuado de

²⁴¹¹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 463.

²⁴¹² GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 464.

²⁴¹³ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 475.

²⁴¹⁴ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 476.

la dolencia en cuestión, no puede exonerarse incondicionalmente de la suerte que pueda correr el mismo al entrar en contacto con la actuación de otros profesionales a los que, por razones de división del trabajo, bien le remite, bien realizan tareas delegadas de aquél²⁴¹⁵. En tanto el compromiso de actuar del médico se refiere no sólo a *curar o sanar* la dolencia que se le ha confiado sino que se extiende también a *paliar los sufrimientos* del paciente derivados de la misma, su responsabilidad como comitente omisivo puede surgir no sólo en los casos en los que omite la terapia curativa indicada sino también en aquellos otros en los que no dispensa al enfermo los medicamentos que aliviarían o eliminarían su sufrimiento²⁴¹⁶, lo que tiene mucha relevancia considerando que en el delito de lesiones no sólo se tutela la salud física sino que también la salud psíquica del ser humano.

2.2. Comprobación de que el comportamiento del garante representa una omisión no cubierta por el riesgo permitido y que incrementa las posibilidades de producción del resultado

La responsabilidad penal por omisión, requiere identificar una *omisión concreta* que debió realizarse y que sirva de base a los posteriores juicios de desvalor, se trata de comprobar que su comportamiento tenía capacidad para condicionar, determinar o favorecer *mediante la omisión de una contribución concreta* la lesión del bien jurídico, es decir, que la conducta omisiva se haya identificado como una de aquéllas que *está, al menos a priori, en condiciones de incidir de modo específico y determinado* en la realización del resultado, configurándose de esta manera, la situación de peligrosidad²⁴¹⁷.

La conducta debe desbordar los límites generales de permisibilidad acotados por el margen de los comportamientos adecuados²⁴¹⁸. La omisión debe representar un incremento relevante del riesgo de producción del resultado, se trata, en definitiva, de atender, desde una perspectiva hipotética, a la relevancia de la conducta en términos de cuantificación normativa de su incidencia en orden a impedir el resultado final, porque sólo cuando pueda predicarse que la omisión aumenta desde una perspectiva *ex ante* de forma relevante las posibilidades de producción del resultado se dan las bases para una posible responsabilidad penal, esta exigencia de verificar un aumento relevante de las posibilidades de lesión reclama que el acto concreto que omite el garante tuviera capacidad para incidir *de forma directa e inmediata en la evitación del resultado, sin necesidad de interponer eslabones intermedios*²⁴¹⁹.

Sólo cuando se dieran todos estos requisitos podría hablarse de la concurrencia de los presupuestos que permiten hablar en el ámbito omisivo del desvalor de la conducta penalmente relevante como presupuesto del juicio de atribución normativa del resultado que finalmente se produzca²⁴²⁰.

²⁴¹⁵ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 476.

²⁴¹⁶ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 476.

²⁴¹⁷ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 481-482.

²⁴¹⁸ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 482.

²⁴¹⁹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 483.

²⁴²⁰ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 484.

2.3. Exigencia de equiparación valorativa como juicio de imputación del resultado producido

Además del juicio de identidad estructural relativo al desvalor de la conducta, la atribución del resultado al omitente requiere verificar que el resultado es imputable normativamente al comportamiento omisivo, lo cual habrá de afirmarse si conforme a un juicio de pronóstico, el resultado sea reconducible en términos normativos a la no realización de la conducta esperada, una vez comprobado que la omisión representa una conducta no permitida que incrementa las posibilidades de producción del resultado (desvalor de acción), se trata de constatar que efectivamente la lesión producida es imputable a la misma (desvalor de resultado) a partir de la fórmula manejada mayoritariamente por la doctrina de que la acción omitida habría evitado el resultado con una *probabilidad rayana en la certeza*, y que es justamente su ausencia la que determina que se acabe realizando en aquél²⁴²¹. Adicionalmente al criterio de incremento del riesgo, habrá de verificarse que el resultado producido es uno de los que la norma pretendía *evitar* al consagrar la específica posición de garantía²⁴²².

3. La responsabilidad imprudente

La responsabilidad por imprudencia médica sólo empieza allí donde el médico contraviene las pautas mínimas de conducta que le son exigibles (*lex artis*), la contravención puede obedecer a una actitud de descuido, de dejadez del médico que merma sus capacidades en la realización de sus tareas, ya sea, por efecto de la rutina, cansancio, falta de concentración, confianza en la actuación de otros, la sobrevaloración de sus capacidades, la falta de los conocimientos o de la capacidad necesarios para actuar, o bien, a la no aplicación de sus conocimientos y habilidades, cuando se poseen²⁴²³. Lo anterior se traduce en la infracción de un deber objetivo de cuidado, impuesto por una regla general de cuidado, que debe dar lugar a un resultado lesivo, en este caso constitutivo de lesiones²⁴²⁴, que debe estar ligado al comportamiento imprudente por un vínculo de causalidad y de imputación objetiva²⁴²⁵.

3.1. Delimitación del tema

La imprudencia médica se conecta con el concepto legal de *imprudencia del profesional* referido en el ámbito de las imprudencias graves. El CPes, parece reaccionar de forma más enérgica frente a la *imprudencia del profesional* que frente a la negligencia de quien no ostenta dicha condición, toda vez que la *imprudencia profesional*, única regla especial que el Código incorpora, parece tener un sentido agravatorio, al contemplar la imposición de una pena adicional a la de prisión que

²⁴²¹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 485.

²⁴²² GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 485.

²⁴²³ ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 63.

²⁴²⁴ Para que exista responsabilidad penal por lesiones imprudentes es impensable la concurrencia de un resultado lesivo, en este caso, para la salud individual de una persona, ya que éstas sólo son punibles cuando se ha producido el resultado lesivo y, en concreto, en el ámbito médico-sanitario este debe ser de muerte o lesiones. Por lo tanto, no es suficiente con la realización de una conducta imprudente, sino que además se exige la producción de un resultado material perjudicial, en la medida que nos hallamos ante un delito de resultado material (VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, en *CPC*, 2005, p. 170).

²⁴²⁵ VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, op. cit., p. 170 y ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 62.

correspondería a los supuestos normales de imprudencia, consistente en la pena de *inhabilitación especial* para el ejercicio de profesión, oficio o cargo²⁴²⁶. Dicha regla tiene aplicación, en los tipos relativos al homicidio (art. 142.3), las lesiones (152.3), el aborto (art. 146.2) y las lesiones al feto (158.2 CP), sin embargo, por la naturaleza de este trabajo, sólo nos referiremos a la imprudencia médica como *imprudencia del profesional* en el ámbito del delito de lesiones, esto es, acotaremos el análisis a la imprudencia médica encuadra en el tema de la imprudencia y, en particular en el ámbito de la imprudencia grave, incardinada en el art. 152.3 del CPes.

En todo caso, vale la pena recordar que temas como la imprudencia en general, el consentimiento médico y el principio de confianza, ya han sido tratados con anterioridad, y a lo ya dicho nos remitimos.

3.2. Sujeto activo. Ámbito personal de la imprudencia médica

La estructura de la imprudencia médica como imprudencia profesional dice relación con la de un *delito especial impropio*, esto es, de aquellos ilícitos que requieren la constatación de determinadas características en el autor para afirmar la tipicidad del comportamiento (imprudencia profesional), que de no concurrir en el sujeto, obligaría a acudir a otro precepto, más genérico, para sancionarlo (imprudencia grave común)²⁴²⁷.

Hay que dejar establecido desde ya, que en el ejercicio de actividades médicas no solo quedan comprendidos los médicos, sino también otro tipo de personal sanitario como ATS, técnico podólogo, enfermero, etc.,²⁴²⁸. Por lo tanto, la imprudencia médica profesional solo podrá ser cometida por aquellos individuos que se encuentren legalmente habilitados para el ejercicio de la medicina o, en su caso, de la profesión sanitaria de que se trate y para determinar aquello debemos remitirnos a la normativa aplicable a cada tipo de actividad profesional; así por ejemplo, el médico, para desarrollar lícitamente la actividad debe estar en posesión del título académico (Licenciado en Medicina) y, en su caso, del correspondiente título oficial de especialista necesario para ejercer cada especialidad²⁴²⁹. Así, el sujeto que produzca un resultado lesivo mediante la realización de actividades propias de la ciencia médica, sin contar para ello con el título académico necesario, cometerá el correspondiente tipo imprudente genérico, pudiendo, su conducta, ser sancionada como un delito doloso de intrusismo tipificado en el art. 403 del CPes²⁴³⁰.

Más discutible es la calificación jurídica de una conducta propia de una especialidad médica, realizada por un Licenciado en Medicina que carece del título oficial de especialista, sin embargo, en razón de la coherencia del sistema, es posible sostener que la falta del título específico necesario para ejercer legalmente la especialidad, puede fundamentar la condena del sujeto, por un delito de *intrusismo* cuando realice las actividades propias de esa especialidad de *forma habitual*, como se aprecia, tales comportamientos deben merecer la misma respuesta que los realizados por

²⁴²⁶ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 329-330.

²⁴²⁷ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 42.

²⁴²⁸ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 42.

²⁴²⁹ La inscripción en el Colegio de Médicos de la provincia en la que se desarrolle habitualmente la profesión no tiene relevancia jurídico-penal y sólo puede constituir, en su caso, una infracción administrativa. Por lo tanto, carece de trascendencia para la calificación del comportamiento como imprudencia profesional o común y para determinar la existencia de un delito de intrusismo (HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 44).

²⁴³⁰ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 44.

un individuo que no posee ni siquiera el título de Licenciado en medicina, no aplicándose, en consecuencia, el tipo cualificado de imprudencia profesional, a no ser que el deber de cuidado infringido fuera igualmente exigible a un profesional de la medicina no especialista y la razón estriba en que la solución contraria (calificar los hechos al mismo tiempo como intrusismo e imprudencia profesional), sitúa en una posición de desventaja al médico general que realiza actos propios de una especialidad frente al que los ejecuta careciendo de toda técnica, así, quien no es profesional a efectos del delito de intrusismo, no puede serlo tampoco a la hora de calificar la imprudencia cometida en el ejercicio de esa misma actividad²⁴³¹.

3.3. Estructura del tipo en la imprudencia médica

La estructura del tipo imprudente ya fue largamente analizada, razón por la cual, aquí solo nos vamos a detener en aquellos aspectos de particular importancia para el ámbito de la imprudencia médica.

3.3.1. Injusto imprudente. Tipo objetivo. Infracción del deber objetivo de cuidado en la imprudencia médica

3.3.1.1. La infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción)

Todo delito imprudente supone la infracción de una norma de cuidado, las cuales abarcan todas las posibles conductas capaces de crear un riesgo de lesión no permitido para un bien jurídico, en razón de la previsibilidad *ex ante* del resultado lesivo²⁴³². Por lo tanto, el primer juicio de imputación, deberá ir dirigido a comprobar la vulneración de la norma de cuidado²⁴³³.

3.3.1.1.1. Determinación de la norma de cuidado y de la regla general de cuidado

La *norma de cuidado* Como elemento integrante del tipo imprudente, es una norma de determinación que persigue la evitación de lesiones de bienes jurídicos motivando a los ciudadanos a no realizar conductas constitutivas de delito²⁴³⁴. Por lo tanto, es una norma penal y, como tal, prevista en los tipos de la parte especial del CP²⁴³⁵ (Art. 152.3; 142.3; 146 párrafo segundo; 158 párrafo segundo, etc.)²⁴³⁶. Sin embargo, para poder determinar si se ha infringido un *deber objetivo de cuidado* en el caso concreto, lo primero es establecer cuál es la *regla general de cuidado*, que son aquellas que pueden provenir de un reglamento o de los usos sociales existentes en ámbitos del tráfico absolutamente exentos de reglamentación y conforme a las cuales el juez deberá realizar el respectivo juicio valorativo atendiendo para ello a las

²⁴³¹ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 48.

²⁴³² GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, op. cit., p. 330.

²⁴³³ En tal sentido se pronuncia Gómez Pavón, siguiendo para ello de cerca a Corcoy Bidasolo (GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, op. cit., p. 330).

²⁴³⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 70 y en MIR PUIG, *Introducción a las bases del DP*, op. cit., p. 57 y CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 75.

²⁴³⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 75.

²⁴³⁶ De ahí que no concordemos con la afirmación de Romeo Casabona, quien utilizando la expresión creada por Welzel, afirma que los delitos culposos son tipos abiertos (ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 65).

circunstancias concurrentes en el caso concreto, de acuerdo con las cuales ha de fijarse cuál es la concreta norma de conducta que regirá el caso y por ende, cuál es el *objetivo deber de cuidado* que debía respetar el médico o personal sanitario, para luego realizar la respectiva comparación con el comportamiento efectivamente realizado por el sujeto, a fin de dilucidar la infracción o no del *deber de cuidado* aludido²⁴³⁷. Como recordaremos más adelante, el cuidado objetivo, determinable en cuanto deber, en atención a las circunstancias concurrentes y a los conocimientos y capacidades del autor concreto, puede consistir en actuar de una forma determinada, adquirir unos conocimientos previos o actualizar los ya existentes, o bien no actuar cuando no se cuenta con dichos conocimientos o con la capacidad exigida por el cuidado debido²⁴³⁸. Como se aprecia, en la infracción de la norma de cuidado, el deber objetivo y subjetivo de cuidado se encuentran íntimamente relacionados.

Las *reglas generales de cuidado* pueden provenir de ámbitos de la vida social regulados con mayor o menor detalle por el ordenamiento jurídico, caso en el que su determinación es menos dificultosa²⁴³⁹. En estos supuestos, la actividad peligrosa se encuentra regulada mediante preceptos extrapenales que contemplan las *reglas generales de cuidado* que deben respetarse en cada sector para minimizar los riesgos que le son inherentes, como sucede, por ejemplo, en el caso del tráfico rodado, de la construcción, experimentación de nuevas tecnologías, etc.²⁴⁴⁰ Del mismo modo, las reglas de cuidado pueden provenir de grupos de actividades, con normas que se hallan más o menos formalizadas, pero no jurídicamente reguladas, como sucede en el caso de las *reglamentaciones* creadas por asociaciones o consorcios de intereses privados para ordenar el desarrollo de determinadas actividades como la deportiva²⁴⁴¹ o técnicas²⁴⁴². Dentro de las reglamentaciones técnicas se incluyen tanto las disposiciones de seguridad que redactan los distintos sectores industriales para regir su actividad interna como la *lex artis* que ordena el normal desarrollo de las diferentes profesiones²⁴⁴³.

La determinación del exacto contenido de la *lex artis* o pautas mínimas de conducta exigibles en cada profesión²⁴⁴⁴, no es tarea fácil. Así, en el terreno médico, hay que decidir qué tipo de normas conforman el contenido propio de la *lex artis* médica, es decir, si se incluyen tanto las reglas de carácter técnico que rigen la profesión como las de carácter ético²⁴⁴⁵. Sin embargo, la Deontología Médica (reglas éticas aplicables a esta profesión) no forma parte del contenido de la *lex artis* que interesa al DP para determinar el cuidado exigible en la actividad sanitaria²⁴⁴⁶. Así, el médico que utiliza a su paciente como conejillo de indias cometerá un delito imprudente (si se produce un resultado lesivo no querido) por infringir la *lex artis* (por ejemplo, al emplear métodos terapéuticos contraindicados o técnicas no suficientemente investigadas a pesar de existir tratamientos alternativos más adecuados), no por vulnerar el Código Deontológico (que prohíbe la utilización de seres humanos en la experimentación); de

²⁴³⁷ Al respecto, ver CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 93-101 y ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 65.

²⁴³⁸ GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, op. cit., p. 330.

²⁴³⁹ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 52.

²⁴⁴⁰ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 52.

²⁴⁴¹ Entre éstas se incluyen las reglas de conducta establecidas por cada federación deportiva y dan lugar a los llamados *reglamentos deportivos*.

²⁴⁴² HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 53-54.

²⁴⁴³ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 54.

²⁴⁴⁴ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 326.

²⁴⁴⁵ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 54.

²⁴⁴⁶ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 54-55.

no darse estos elementos esenciales (infracción del deber de cuidado y resultado típico objetivamente imputable a la infracción), el comportamiento, reprochable moralmente, podrá dar lugar al delito de coacciones si se actuó sin el consentimiento del paciente, pero no constituirá una imprudencia²⁴⁴⁷.

3.3.1.1.2. La *lex artis*

La actividad médico-sanitaria, es uno de los ejemplos más característicos de profesión carente de normas jurídicas de regulación²⁴⁴⁸. Para ser correcta, la actividad médico-sanitaria debe ajustar su ejecución a las reglas de la *lex artis* o reglas del arte médico²⁴⁴⁹, ya que en la actividad médico-sanitaria no es posible determinar legalmente los estándares objetivos de cuidado, debido a que están en continuo desarrollo científico, o bien a que existen multitud de circunstancias que pueden influir en su determinación en cada caso concreto²⁴⁵⁰. Por ello, el legislador no ha establecido *reglas generales de cuidado* aplicables en ese terreno, ya que, la regulación jurídica de la actuación médica choca con la imposibilidad de mantener su vigencia ante la celeridad de los avances científicos, de modo que cualquier norma jurídica quedaría rápidamente obsoleta; además, de la imposibilidad de condensar los conocimientos de la ciencia médica en preceptos legales, pues sería necesario una enciclopedia que nunca podría contemplar todos los supuestos, por lo que, el ordenamiento debe confiar en los estándares técnicos o en la opinión mayoritaria de los especialistas del ramo²⁴⁵¹.

De esta forma, la *lex artis* médica puede ser definida como aquella suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos, que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico-sanitaria²⁴⁵². Al respecto, hay que tener presente que dichas reglas se aceptan para casos similares, pero han de ajustarse a las circunstancias especiales del caso concreto valoradas *ex ante* y que, en buena medida, dependen del juicio que de la adecuación de la conducta del médico o personal sanitario realicen los expertos en el área de que se trate (peritos), más que de la opinión de los juristas²⁴⁵³. Sin perjuicio de lo anterior, hay que reconocer que el concepto de la *lex artis* es ambiguo, ya que, en medicina es difícil determinar en cada caso que es una actuación correcta, dado que no es una ciencia exacta, y siempre puede surgir lo imprevisible y lo fortuito²⁴⁵⁴. Por lo tanto, no se trata de un concepto fijo sino eminentemente dinámico, sometido a un constante proceso de evolución y cambio, por lo que continuamente se está redefiniendo lo que es científicamente correcto²⁴⁵⁵.

²⁴⁴⁷ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 55-56.

²⁴⁴⁸ VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, op. cit., p. 177.

²⁴⁴⁹ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., pp. 24-25

²⁴⁵⁰ VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, en *CPC*, op. cit., p. 177 y HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 56.

²⁴⁵¹ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 56 y VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, en *CPC*, op. cit., pp. 177-178.

²⁴⁵² HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 56-57 y VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, en *CPC*, op. cit., p. 178.

²⁴⁵³ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990, p. 25.

²⁴⁵⁴ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 57.

²⁴⁵⁵ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., p. 26 y HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 57.

No obstante lo anterior, en la actualidad se aprecia una progresiva protocolización de los procedimientos de médicos y del personal sanitario, con el fin de fijar en documentos las directrices o recomendaciones que un grupo de expertos (sociedades científicas de ámbito nacional o internacional) o especialistas (responsables de un área de sanidad de un centro hospitalario o de un servicio concreto) establecen para orientar la labor de los profesionales, con el objeto de mejorar la calidad y eficacia de la *praxis* médica y, en general, de toda la actuación sanitaria²⁴⁵⁶. Se plantea la conveniencia de que tales documentos sean acogidos por los Tribunales para identificar el *deber objetivo de cuidado* emanado de una *regla general de cuidado*, exigible en cada situación concreta, con el argumento de que así se contaría con directrices técnicas consideradas idóneas para la práctica correcta de la conducta enjuiciada, facilitando la labor de los peritos en la causa²⁴⁵⁷. Sin embargo, su mayor cualidad (alto nivel científico y especificidad) puede ser su mayor inconveniente, si el protocolo médico aportado a la causa deviene, en el momento de realizarse los hechos, obsoleto o anticuado²⁴⁵⁸ y de ahí que se sostenga que no puede afirmarse que el cumplimiento de protocolos internos o normas de conducta del centro sanitario excluya necesariamente la infracción de deberes jurídico-penales de conducta ni, en consecuencia, la sanción penal por imprudencia^{2459/2460}, ya que ello implicaría bloquear el desarrollo de la ciencia médica²⁴⁶¹. De hecho son escasos los procesos judiciales en los que se fija la *lex artis* aplicable al caso con ayuda de este tipo de documentación y, en general, tanto en la

²⁴⁵⁶ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 58.

²⁴⁵⁷ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 58.

²⁴⁵⁸ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 334.

²⁴⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999, op. cit., p. 16.

²⁴⁶⁰ En tal sentido, se discute si puede haber imprudencia o se actúa en el marco del riesgo jurídico-penalmente permitido, en aquellos casos que tienen lugar en sectores sometidos a una detallada regulación administrativa, en que el médico-sanitario se limita a cumplir dicha regulación, aunque el estado de los conocimientos científicos indique que tal normativa se halla desfasada y exija la adopción de métodos distintos o adicionales de cautela. El tema se planteado con decisiones contradictorias. Así, en el caso de las *transfusiones de sangre contaminada* del Hospital de Bellvitge en Barcelona, analizado en la STS de 18 de noviembre de 1991, en el que las nuevas pruebas de detección de anticuerpos del VIH solo se habían establecido como obligatorias en Cataluña por Orden de la Generalidad de 10 de octubre de 1986. Se planteó si había imprudencia en la transmisión del VIH producida en una transfusión realizada con anterioridad a esa fecha, en la que se había respetado la normativa administrativa existente en su momento. Al respecto la sentencia señala que: “La imprudencia, si es temeraria, por inobservancia de las más elementales normas de precaución y cautela, no precisa la remisión a norma reglamentaria alguna”. Agrega que: “la Orden de la Generalidad no condiciona necesariamente las conductas imprudentes acaecidas con anterioridad ni es en ningún caso constitutiva per se de la actividad culpable inculpada en el texto articulado del 565, vigente entonces, por hechos posteriores”. Además, refiere que: “... la imprudencia temeraria no es infracción en blanco, no depende de norma reglamentaria alguna, que puede existir, pero que no es de concurrencia inexcusable para el tipo. La valoración de la culpa esta por encima del cumplimiento a incumplimiento de la susodicha Orden, aunque, se repite, su contenido en algún caso sirva para aseverar las características y requisitos del delito en sí”. En cambio, en relación con un caso de contagio del VIH, la SAP Barcelona de fecha 17 de julio de 1993, afirma que “no puede estimarse que obra con olvido de las más elementales normas de precaución -lo que constituye la esencia de la imprudencia temeraria- el que ajusta su actuar a lo establecido en la ley dentro de los supuestos por la misma contemplados, no pudiendo por tanto exigirse de los acusados otra conducta que la del fiel cumplimiento de lo al respecto ordenado por las autoridades sanitarias competentes. Ciertamente es que la medida resulto insuficiente y hubo de ser sustituida por la obligatoriedad de las pruebas de detección de los anticuerpos del VIH, mas ello no implica la existencia de una responsabilidad penal por parte de los acusados, por el hecho de no anticiparse al criterio mantenido por las autoridades sanitarias, cuando los hechos enjuiciados se produjeron, lo que no les es jurídicamente exigible a lo menos en el ámbito penal” (SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., pp. 17-18).

²⁴⁶¹ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., p. 26.

jurisprudencia como en la doctrina se acepta que en la constatación de si se ha infringido el deber objetivo de cuidado no puede ser decisivo el incumplimiento de normas administrativas, de las prescripciones de deontología médica; o de los protocolos médicos, aun cuando pueda constituir un *indicio* de ello²⁴⁶², ya que en esta materia no se pueden establecer principios o generalidades inmutables²⁴⁶³. Sin embargo, el tema no es fácil, ya que no parece que cuando la Administración determina los niveles de cuidado debido, sea exigible a los particulares que prescindan de la valoración efectuada y procedan a analizar por su cuenta si el riesgo que generan con la conducta debe ser o no *permitido*, pero si existe un claro *estándar* objetivo de conducta en la comunidad científica o técnica que resulta más exigente que la normativa administrativa, cabría imputar imprudencia de no seguirse el referido estándar, ya que, la integración del concepto jurídico-penal *infracción del deber de cuidado* no tiene por qué recurrir a una normativa administrativa eventualmente incompleta u obsoleta, cuando resulta que existen estándares objetivos sectoriales de conducta más exigentes²⁴⁶⁴. La excepción a lo anterior, se da en el caso en que el tipo penal incorpore como elemento integrante de la conducta delictiva la vulneración de normas administrativas (leyes penales en blanco), ya que, en tal caso, la adecuación al estándar administrativo tiene un efecto de bloqueo de la tipicidad, porque se confiere a la Administración, la facultad de establecer espacios de riesgo jurídico-penalmente permitidos, omitiendo el dictado de la correspondiente regulación²⁴⁶⁵.

De otro lado, La *lex artis* no puede interpretarse en términos tan acotados que lleven a tildar de indebido, todo tratamiento que no esté tradicionalmente prescrito, porque ello llevaría a paralizar los avances científicos en ese ámbito²⁴⁶⁶. Por ello, las reglas generales deben ser interpretadas con cierta flexibilidad, admitiendo una terapia heterodoxa siempre que *no sobrepase la regla de la proporcionalidad* de forma que, aunque no se trate del tratamiento tradicionalmente indicado, sea, sin embargo, un *tratamiento razonable* tanto en sus *motivos* (por qué se adopta esa solución y no la tradicional) como en su *ejecución* (por qué se lleva a cabo de una forma determinada)²⁴⁶⁷.

Por *lex artis* debe entenderse tanto las reglas aceptadas por la generalidad de este sector profesional, como la libertad de método o procedimiento, cuya idoneidad y corrección debe ser transmitida al juez por los técnicos o peritos²⁴⁶⁸. Evidentemente la *libertad de terapia* debe ser entendida, en todo caso, no como un derecho del médico sino del paciente, quien tiene la facultad de poder elegir con libertad y con toda la información necesaria para tomar una decisión de esta naturaleza, entre las terapias disponibles para tratar la enfermedad que lo aqueja²⁴⁶⁹, con las solas limitaciones que mencionamos a propósito del consentimiento médico en el capítulo IV sobre Dignidad humana y salud individual. Esta idea es la única compatible tanto con el progreso de la

²⁴⁶² GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 335-336 y SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., p. 16.

²⁴⁶³ VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, en *CPC*, op. cit., p. 176.

²⁴⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., p. 19 y GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, op. cit., p. 331.

²⁴⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., pp. 19-20.

²⁴⁶⁶ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 59 y GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 334-335.

²⁴⁶⁷ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 59-60.

²⁴⁶⁸ ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p.

²⁴⁶⁹ CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia versus consentimiento”, en CASADO (Dir.), *Bioética, Derecho y sociedad*, op. cit., pp. 109-110.

ciencia, como con el respeto por los derechos del paciente y es de vital importancia sobre todo en el ámbito de las *medicinas alternativas*²⁴⁷⁰.

Por otra parte, hay que considerar que en cada concreta actuación médica influyen muchas circunstancias que deben ser tenidas en cuenta a la hora de identificar la *lex artis* aplicable y de ponderar su cumplimiento en el caso concreto²⁴⁷¹. Ello ha generado una multitud de reglas técnicas particulares en el ejercicio de la profesión, por lo que se sostiene que existe *para cada acto, una ley*, incluso para un sector de la doctrina se estima más adecuado hablar de *lex artis ad hoc*²⁴⁷², para hacer referencia a un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico, confeccionado teniendo en cuenta las características especiales de la profesión, ya que la corrección del acto médico- sanitario, no es un concepto abstracto, sino concreto²⁴⁷³. Entre las muchas circunstancias que deben ser valoradas a objeto de determinar la corrección de la actividad médica pueden mencionarse la patología de que se trata, las características del paciente, condiciones económicas, sociales, culturales, religiosas, etc., condiciones del medio en el que va a ser atendido el paciente (ya que no es lo mismo atender a un paciente en un hospital terciario que en un centro de asistencia primaria, ni puede desarrollarse la actividad médica de la misma manera en un hospital de campaña que en otro universitario^{2474/2475/2476}), las posibilidades de éxito del tratamiento, la complejidad y trascendencia vital del acto o la influencia de otros factores endógenos (tales como el estado del enfermo o de las instalaciones sanitarias), el grado de *especialización* que exige el acto médico en relación con los *conocimientos y capacidades especiales* del personal, para determinar si dicho acto es conforme o no al nivel de cuidado exigido en esa particular situación^{2477/2478}. Del mismo modo, se formulan *deberes mínimos* que

²⁴⁷⁰ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., p. 26. Sobre *medicinas alternativas*, ver SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona, 1999.

²⁴⁷¹ VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, en *CPC*, op. cit., p. 176.

²⁴⁷² VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, en *CPC*, op. cit., pp. 178-179.

²⁴⁷³ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 61.

²⁴⁷⁴ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 60-61 y GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 336-337.

²⁴⁷⁵ Si el centro médico no cuenta con las condiciones adecuadas para llevar a cabo el tratamiento médico, debe considerarse la urgencia de la situación a fin de evaluar las posibilidades de traslado a un centro con más recursos (VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, en *CPC*, op. cit., p. 178). En tal sentido se sostiene que en circunstancias de urgencia que le impiden remitir al paciente a otro médico o al centro hospitalario más próximo, el médico afectado puede adoptar las medidas imprescindibles necesarias si constituyen el único medio de salvar al paciente, y ello aun siendo el consciente de la falta de preparación o de medios para actuar en esa situación y prevea los riesgos en que puede hacer incurrir a su paciente. En tales hipótesis u otras semejantes, puede decirse que a pesar de que puedan llegar a ser infringidos los deberes de cuidado, no hay obligación por parte del médico de obrar de otro modo, aun cuando previo la posibilidad del resultado; su conducta no es culpable, pues el Derecho no puede reprocharle la forma en que actuó dada la situación de necesidad en que se encontraba, y quedara exento de responsabilidad. Dicha tesis ha sido sostenida por el TS en sentencia de fecha 17 de julio de 1982, al afirmar que: “Es preciso puntualizar que lo que le interesa descubrir al Juez es si la conducta inculpada merece o no reproche humano, más que estrictamente científico. Una infracción grave en que incurre un médico recién salido de la facultad o un médico rural puede no tener trascendencia penal, y sí en cambio una leve infracción de un cirujano famoso rodeado de ayudantes y medios técnicos abundantes” (ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 75).

²⁴⁷⁶ Así, se afirma que si las deficiencias del instrumental médico no son imputables a los facultativos, o no consta que lo fueran, no puede apreciarse una conducta imprudente (VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, en *CPC*, op. cit., p. 176). En tal sentido, STS de fecha 01 de diciembre de 1989.

²⁴⁷⁷ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 337-338 y HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 62.

debe observar el médico para ser respetuoso con las reglas de la *lex artis*, tales como la obligación del médico de perfeccionarse y de actualizar sus conocimientos, tanto en lo que se refiere a medicamentos y al instrumental como a las técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos²⁴⁷⁹, la de realizar pruebas para un mejor diagnóstico, la de observar la evolución del enfermo, la de prever los efectos secundarios o contraindicaciones de los fármacos que prescribe, de estudiar las condiciones orgánicas del paciente, la de comunicarle con prudencia su diagnóstico en caso de enfermedades graves, la de remitirle a otros especialistas cuando el tratamiento de la enfermedad así lo aconseje, la obligación de comunicar las instrucciones oportunas a sus colaboradores, o la de ponderar de forma exhaustiva *los pros y contras* de la terapia que va a aconsejar al paciente; la de cumplir con la libertad de terapia y con el deber de información del paciente, cuya omisión puede ser constitutiva de un delito en contra de la libertad²⁴⁸⁰.

3.3.1.1.3. Criterio o baremo para determinar la infracción del deber de cuidado

3.3.1.1.4. Conocimientos y capacidades superiores o inferiores del autor

Como señalamos al tratar la imprudencia en general, el tema en cuestión conlleva la necesidad de determinar si los conocimientos y capacidades individuales del autor del hecho han de ser valoradas en el ámbito de la tipicidad o en el campo de la culpabilidad^{2481/2482}. Lo anterior, implica decidir si en la determinación de la infracción del deber de cuidado establecido por la norma, debe valorarse conforme a un baremo general y objetivo (hombre medio) o conforme a un criterio individual²⁴⁸³. Al tratar el punto, nos inclinamos por la *teoría de los poderes individuales*²⁴⁸⁴, conforme con la cual el ordenamiento exige más a quien posee una capacidad de rendimiento superior a la del participante habitual en el tráfico *jurídico*, de modo que si causa un resultado por no emplear sus especiales aptitudes podrá ser castigado por imprudencia, pese a que esa misma conducta se juzgaría adecuada en una persona normalmente capacitada. Quien,

²⁴⁷⁸ Si el médico no está en condiciones de hacerse cargo de ese paciente por no contar con los conocimientos o capacidades necesarias, debe remitir al paciente a un especialista o a un centro hospitalario que disponga de los medios materiales y humanos necesarios, toda vez que el que no es capaz de realizar correctamente la conducta planeada debe omitirla; para él, la conducta correcta, el cuidado necesario, es la omisión de la conducta (ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 74).

²⁴⁷⁹ ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 75.

²⁴⁸⁰ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 342-344 y GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, op. cit., p. 332.

²⁴⁸¹ El ejemplo clásico dice relación con el cirujano extraordinario que realiza una - operación quirúrgica sin hacer uso de sus especiales facultades, y debido a ello el paciente muere, o resulta lesionado, en la sala de operaciones; de forma paralela, se menciona al cirujano. Otro caso discutible consiste en que el sujeto activo, médico, interviene en una situación de peligro para bienes jurídicos (accidente de tráfico) sin estar en el ejercicio de su profesión, esto es, fuera del lugar y hora? de trabajo. En estos supuestos, de producirse un resultado lesivo porque el médico, en lugar de utilizar todos sus conocimientos y capacidades específicos que posee gracias a su actividad profesional, emplea la diligencia media exigible a cualquier a cualquier individuo no cualificado, habrá que determinar si la no utilización de esos especiales conocimientos y capacidades convierten a su comportamiento (diligente en el caso del *hombre medio*) en típico. (HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 62-63).

²⁴⁸² HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 62-64.

²⁴⁸³ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 62-63.

²⁴⁸⁴ En contra ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, Madrid, 1990, p. 68.

por el contrario, está por debajo de la capacidad de rendimiento que marca el baremo objetivo de cuidado, y a consecuencia de ello produce un resultado *típico*, no actúa antijurídicamente, pese a que un ciudadano medio sería castigado por imprudencia en caso de realizar idéntica conducta; ahora bien, si las capacidades del sujeto eran no obstante suficientes para advertir su propia incapacidad, su provocación culpable por emprendimiento o asunción conduciría asimismo desde la perspectiva de esta concepción a la punición por imprudencia²⁴⁸⁵.

La cuestión relativa a las especiales características del individuo posee trascendencia a la hora de identificar la concreta norma de cuidado regia su conducta del sujeto activo. El tipo de injusto del delito imprudente incluye la infracción de la *norma de cuidado* (por ejemplo, art. 152 del CPes), cuyo concreto contenido supone a su vez la infracción de una *regla general de cuidado* (por ejemplo, deber de comprobar las alergias a determinados antibióticos antes de suministrarlos) que impone un *deber de cuidado objetivo*, determinable en cada caso en concreto. Por lo tanto, debe identificarse no solo la *norma de cuidado*, sino que también es necesario determinar la *regla general de cuidado* aplicable a cada situación en concreto, para a continuación entrar a dilucidar si fue infringido el *deber objetivo de cuidado* por el sujeto obligado a cumplirla²⁴⁸⁶. Así, el comportamiento del cirujano avezado deberá guiarse por las pautas prefijadas en el terreno profesional para llevar a cabo una delicada y riesgosa operación (para cumplir con la *regla general de cuidado*, el cirujano avezado deberá analizar las constantes vitales del paciente con especial detalle, deberá aplicar las concretas técnicas de intervención que su especial conocimiento y capacidad le permiten aplicar y dominar, etc.)²⁴⁸⁷. En cambio, en el caso del médico inexperto, la *regla general de cuidado* lo obligará a abstenerse de intervenir en éste ámbito de riesgo por no contar con la preparación adecuada para ello²⁴⁸⁸. Por lo tanto, mantener que la norma sólo puede obligar a realizar lo individualmente posible es plenamente *correcto* y no supone de ningún modo mezclar dos niveles de análisis distintos, el de la antijuridicidad y el de la culpabilidad, como dicen los críticos de esta postura dogmática²⁴⁸⁹.

3.3.1.1.5. Determinación jurisprudencial del cuidado exigible en la actividad médico-sanitaria

La jurisprudencia ha debido trabajar en la *identificación de la concreta regla general de cuidado aplicable en la conducta médica objeto de enjuiciamiento*. Si el hecho se produce en un sector ordenado mediante protocolos de actuación, el órgano judicial contara con un *indicio* para deducir la regla general de cuidado, pero es fundamental que el juez tome en consideración las circunstancias fácticas que confluyen en la situación concreta en que el autor se encontraba. Si el comportamiento a valorar no ha sido sometido a un proceso de protocolización; el juzgador debe examinar el hecho a partir de unos conocimientos ajenos al Derecho positivo, en este caso, al bagaje de la *experiencia médica*, deduciendo fundamentalmente a partir de las pruebas periciales la regla general de conducta cuyo deber objetivo de conducta era exigible al autor. La labor de determinación de la regla general de cuidado del tribunal aplicable al caso concreto, supone de parte del tribunal una especial atención en el respeto de los

²⁴⁸⁵ Al respecto, ver capítulo VII sobre el tipo subjetivo.

²⁴⁸⁶ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 713.

²⁴⁸⁷ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 71.

²⁴⁸⁸ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 72.

²⁴⁸⁹ Al respecto, ver capítulo VII sobre el tipo subjetivo.

derechos fundamentales del enjuiciado, en especial los derechos a la tutela judicial efectiva y a la motivación de la sentencia (arts. 24 y 120 CE)²⁴⁹⁰.

Así, el TS ha ido sentando criterios básicos con el objeto de delimitar el ámbito de la imprudencia médica, para a partir de ellos, y atendiendo a las circunstancias concretas del hecho, determinar posteriormente si el autor infringió con su actuación los deberes de cuidado que le eran exigibles. Estos criterios han sido seguidos por las Audiencias Provinciales²⁴⁹¹.

3.3.1.1.6. Error de diagnóstico y carencia de una pericia extraordinaria

Parte de la jurisprudencia sostiene que el error en el diagnóstico (error científico, diagnóstico equivocado²⁴⁹²) no puede conducir a responsabilidad, sin embargo, la pronta

²⁴⁹⁰ En tal sentido el TC, en Sentencia de 13 de mayo de 1987, resolvió que: “Se trata, sobre todo, de que el proceso de aplicación del Derecho no permanezca en el secreto o en el anonimato, sino que quede explicitado y reciba la necesaria y suficiente publicidad, pero significa, además, que el ciudadano tiene derecho a conocer, en el caso concreto del proceso penal, las razones por las que resulta condenado o, a la inversa, absuelto, lo cual exige, por lo menos, en algunos casos, ir más allá de lo que es una simple y escueta calificación o encaje de los hechos declarados probados en una norma jurídica, puesto que con ello las razones de la decisión pueden mantenerse todavía como desconocidas. Y ello es así por dos tipos de razones. La primera de ellas proviene de la propia naturaleza de las disposiciones legales que definen los delitos o faltas imprudentes. En la actualidad ya no caben dudas respecto del carácter *abierto* de los tipos que describen estos hechos punibles, toda vez que la infracción del deber de cuidado que los caracteriza solo puede definirse -a los efectos de la subsunción- cuando el Tribunal tiene conocimiento de todas las circunstancias del hecho. Tal definición no puede practicarla, como es claro, el legislador, quien únicamente podrá dar pautas orientadoras genéricas, demasiado amplias a los efectos de la subsunción, inclusive cuando establece reglamentos específicos en ciertos ámbitos sociales (por ejemplo del tráfico, la seguridad en el trabajo, etc.). Asimismo, es preciso que se establezca motivadamente de que manera la infracción del deber de diligencia se conecta con el resultado producido. Sin llevar a cabo fundadamente la concreción del deber de cuidado o de la diligencia exigida y su vinculación con el resultado en el caso que es objeto de juzgamiento, no cabe estimar que la Sentencia este suficientemente fundada, pues sin esta especificación no puede orientarse a convencer a la opinión pública ni al acusado de su corrección y justicia, de la misma manera que no podrá posibilitar plenamente a otro Tribunal que, disponga de competencia para ello, el control de la potestad jurisdiccional vinculada a la Ley y al Derecho”.

²⁴⁹¹ Así, por ejemplo la SAP de Madrid de 27 de enero de 2000, expone que: “a) La no incriminación, *vid.* delito o falta, de la imprudencia en función de un error científico o del diagnóstico *equivocado*, cuando se haya cumplido en el reconocimiento de la *lex artis, salvo* cuando par su propia categoría y entidad *cualitativa* o *cuantitativa* resultan de extraordinaria *gravedad*, es decir, solo la *equivocación* burda, inexplicable, absurda podrá dar lugar a un delito que se produce en este ámbito y generalmente, no tanto para el actuar médico con o sin acierto, sino por el abandono, desidia o dejación de sus más elementales obligaciones. b) Tampoco se reputa como elemento *constitutivo*, sin más, de la imprudencia, el hecho de carecer el *facultativo* de una pericia que pueda considerarse extraordinaria o de cualificada especialización, la imprudencia ha de medirse desde la *perspectiva* del médico normal. c) No es posible en este campo hacer una formulación de generalizaciones aplicables a todos los supuestos, sino que es indispensable, acaso con mayor razón que en otros sectores, la individualizada reflexión sobre el supuesto concreto que se trate. d) Mas allá de puntuales diferencias técnicas o científicas, *salvo* cuando se trate de supuestos muy cualificados, ha de ponerse el acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional, que pudiendo *evitar* con una diligencia exigible a un médico normal (la diligencia media por sus conocimientos y preparación), el resultado *lesivo* para una persona, no pone a contribución una actuación encaminada a contrarrestar las patologías existentes, con mayor o menor acierto, si este arco de posibilidades es abierto a la actuación ordinaria del profesional de la medicina; es decir, que ha de apreciarse en conjunto, la intervención del profesional en el diagnóstico, en la terapia, operación quirúrgica y sus reacciones en el curso de la enfermedad”.

²⁴⁹² La doctrina alemana prefiere la expresión *fallo en el tratamiento* que se identifica con concepto objetivo y avalorativo que supone la aplicación de cualquier actividad médica, que no se corresponde con el estándar de la ciencia. Tal expresión, desligada de cualquier sentido valorativo, se utiliza en la actualidad de modo generalizado en lugar de la tradicional expresión *fallo técnico* que era la que

y acertada obtención del diagnóstico es un factor esencial de una adecuada intervención médico-curativa²⁴⁹³. De ahí que la única interpretación razonable de la doctrina del TS es la de que el médico no puede ser hecho responsable por un *diagnóstico fallido*²⁴⁹⁴, esto es, por un mero *resultado* de error, por muy grave que este resultado sea, pero el análisis ha de centrarse en la conducta, que debe ser valorada para dilucidar si ha de conducir a responsabilidad o no²⁴⁹⁵. Por ello, *el error en el diagnóstico no conduce a responsabilidad penal, salvo que se trate de un error inexcusable, pero no si se mantiene dentro de lo tolerable*²⁴⁹⁶. Sin embargo, ello no pasa de ser una obviedad, ya que, conforme a lo dispuesto en el art. 14 del CPes, el error excusable o invencible nunca da lugar a responsabilidad, ni en el ámbito de la actividad médica, ni en ninguna otra, en cambio el error vencible o inexcusable, es susceptible de generarla, en los casos en los cuales está prevista por la ley (art. 12 del CPes), lo que sucede en el caso de los delitos en contra de la vida y de la salud conforme a lo dispuesto en los arts. 146, 152 y 158, en el caso de las imprudencias graves, y de acuerdo con lo prevenido en el art. 621, en el caso de las imprudencias graves del art. 147.2 y en el caso de las imprudencias leves²⁴⁹⁷. Por lo tanto, es posible hacer responsable al médico por errores vencibles, burdos o inexplicables en el diagnóstico²⁴⁹⁸ y ello es aplicable tanto cuando el error de diagnóstico se traduce en que al paciente no se le diagnostica la enfermedad que padece y, por ello, se ve alterada su *salud física*, como cuando el paciente no padece la enfermedad que se le atribuye y el daño es en su *salud psíquica*, planteándose el correspondiente delito de lesiones²⁴⁹⁹.

En general se acepta que si a pesar de haber utilizado para su consecución todos los medios de exploración y análisis disponibles, se demuestra que emitió un juicio equivocado, no podrá ya decirse que infringió los deberes de cuidado exigidos, y, por tanto, no podrá fundamentarse su responsabilidad. Sin embargo, la responsabilidad penal en el diagnóstico podría derivarse de situaciones tales como: a) cuando el médico adopta las medidas terapéuticas sin haber determinado previamente el diagnóstico; b) cuando se establece el diagnóstico sin haber visto ni examinado al paciente; c) si para la emisión del diagnóstico no se ha servido, siendo posible, de todos los instrumentos y aparatos que suelen ser utilizados en la práctica profesional; d) cuando habiendo practicado todas las exploraciones y análisis precisos, los resultados de los mismos no son tenidos en cuenta o no son suficientemente valorados en el momento de la emisión del diagnóstico²⁵⁰⁰.

tradicionalmente había venido siendo utilizada (en tal sentido, por ejemplo, ver JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., p. 25), toda vez que esta última, no tenía un sentido unívoco ni ausente de toda valoración jurídica en alguna de sus variantes, razones que han provocado su caída en desuso, en favor de la primera (VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales sanitarios*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, p. 95).

²⁴⁹³ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., pp. 12-13.

²⁴⁹⁴ VENTAS SASTRE, "Imprudencia médica y DP", en *CPC*, op. cit., p. 175.

²⁴⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., pp. 13-14.

²⁴⁹⁶ VENTAS SASTRE, "Imprudencia médica y DP", en *CPC*, op. cit., p. 175 y SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., p. 14.

²⁴⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., pp. 11-12.

²⁴⁹⁸ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 44 y SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., p. 14.

²⁴⁹⁹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 338-339.

²⁵⁰⁰ ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 73.

Por su parte, la carencia de una extraordinaria pericia o de una especialización cualificada tampoco es considerada por la jurisprudencia como un elemento constitutivo del desvalor de acción propio del ilícito imprudente²⁵⁰¹. Según el TS, la valoración del comportamiento debe realizarse desde la perspectiva *del médico normal*, adhiriendo con ello a la concepción objetiva del deber de cuidado, a la hora de determinar los límites superiores de la diligencia exigible al facultativo²⁵⁰². En cambio, la determinación del límite inferior de diligencia, a partir del cual la falta de pericia comienza a dar lugar a un comportamiento imprudente, es discutida²⁵⁰³.

La impericia debiera adquirir relevancia jurídico-penal cuando consista en ignorancia o ejecución defectuosa del acto requerido profesionalmente; de forma paralela, la entidad cuantitativa de esa impericia debería dar lugar a la apreciación de los grados de imprudencia grave o leve²⁵⁰⁴.

3.3.2. Injusto imprudente. Tipo subjetivo. Infracción del deber subjetivo de cuidado en la imprudencia médica

Desde el punto de vista subjetivo el ordenamiento jurídico no puede reclamar un *deber subjetivo de cuidado* respecto de un peligro objetivo no *cognoscible* para el autor²⁵⁰⁵. Para la existencia del tipo imprudente, además de la constatación de un peligro objetivo, es necesario que ese peligro sea cognoscible por el sujeto²⁵⁰⁶. Si el resultado era *ex ante previsible individualmente* (esto es, tomando en consideración tanto las circunstancias concurrentes, como los conocimientos y capacidades que el autor concreto tiene o debería tener), a partir de la conducta realizada, surge el deber de obrar con la diligencia suficiente para evitar que el riesgo degenera en daño²⁵⁰⁷. El deber subjetivo delimita el contenido del deber objetivo de cuidado, al mismo tiempo que no puede determinarse el deber subjetivo de cuidado sin atender al peligro objetivo concurrente²⁵⁰⁸. Esta interrelación implica la necesidad de acudir a un concepto de *previsibilidad individual*²⁵⁰⁹ y, por tanto, a una valoración normativa, objetiva-subjetiva, es decir, individual. La concreción del cuidado exigible a alguien que se halla inmerso en una situación determinada, solo puede lograrse definiendo con carácter previo el espectro de consecuencias previsibles de la conducta u omisión realizadas²⁵¹⁰.

Por lo tanto, el resultado lesivo producido no será imputable a imprudencia, cuando acaece de manera *imprevisible*, sin embargo, aun en casos en que el resultado se produzca de modo *previsible*, no siempre ha de surgir una atribución de responsabilidad penal, dada la eficacia especial que en la actividad curativa ha de tener la figura del *riesgo permitido*, como reverso del riesgo penalmente relevante^{2511/2512}. Lo anterior, se

²⁵⁰¹ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 91.

²⁵⁰² HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 91.

²⁵⁰³ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 91.

²⁵⁰⁴ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 91-92.

²⁵⁰⁵ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 207 y ss.; HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 88-89 y GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 334.

²⁵⁰⁶ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., pp. 218-219 y HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 88-89.

²⁵⁰⁷ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 89.

²⁵⁰⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 273.

²⁵⁰⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 273.

²⁵¹⁰ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 89.

²⁵¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., pp. 11-12.

²⁵¹² En tal sentido, Gómez Pavón recuerda que de acuerdo con la teoría del riesgo permitido, no toda puesta en peligro ha de ser necesariamente prohibida penalmente, sino sólo cuando se supera la medida de

debe a que dado lo arriesgado de la praxis médico-sanitaria, son múltiples las conductas que, pese a que su realización haga previsible la producción de un resultado lesivo, no constituyen infracción del deber objetivo de cuidado, sino que, en una ponderación global de costes y beneficios, se hallan amparadas por la referida figura del *riesgo permitido*²⁵¹³. En tales casos, no es posible fundamentar la responsabilidad penal por el resultado, a pesar de que este acabe produciéndose²⁵¹⁴, toda vez que, en términos civiles, la obligación del médico es de medios y no de resultado. El paciente no puede esperar, ni mucho menos exigir del médico, la garantía de la curación de su dolencia, sino únicamente que, conforme a los conocimientos del momento y las posibilidades a su alcance, realice de forma cuidadosa todos los actos terapéuticos y ponga en práctica todo el arsenal de medios y posibilidades de que dispone en un determinado momento para su curación, toda vez que ninguna ciencia puede presumir por entero de su exactitud²⁵¹⁵. Si pese a ello no consigue curar al paciente o si éste empeora, el médico habrá realizado una conducta amparada por el *riesgo permitido* y el resultado negativo no será más que fruto de la mala fortuna, del puro azar o, incluso, de la impotencia de la ciencia en su grado de evolución actual. Pero de eso ni es ni puede hacerse responsable al médico²⁵¹⁶. Por lo demás, hay que considerar que cuanto más aprecie la sociedad la utilidad de una actividad, en este caso la médico-sanitaria y más necesaria sea la realización del acto médico²⁵¹⁷, mayores serán los riesgos que se estarán dispuestos a aceptar²⁵¹⁸. Además, en numerosas ocasiones los niveles de permisividad de un riesgo determinado se hallan en correlación directa con el avance tecnológico de un país y el estado de desarrollo de la ciencia; de ahí que algunos riesgos que antes eran prácticamente imposibles de permitir lleguen en un momento determinado a ser tolerados por el ordenamiento jurídico²⁵¹⁹. De esta manera, el concepto de riesgo permitido sirve para valorar si ha existido una infracción al deber de cuidado²⁵²⁰.

3.3.3. Imputación objetiva

Una vez verificado el vínculo de causalidad, resulta necesario comprobar el presupuesto de imputación, para continuar con la prueba de la relación de riesgo. Así, el resultado lesivo no solo tiene que poder conectarse causalmente a la conducta imprudente, sino que *tiene que dar cuenta, específicamente, del sentido de la imprudencia realizada*, es decir, el resultado ha de ser expresión precisa del riesgo creado con la conducta imprudente²⁵²¹. Por lo tanto, será preciso establecer si la infracción de la norma general de cuidado, ha generado un riesgo no permitido y, si el resultado supone la concreción del mismo²⁵²².

Es sumamente importante seguir el orden aquí referido, esto es, comenzar por el examen del desvalor de acto, representado por la *infracción de la norma de cuidado*,

lo tolerable, podrá prohibirse por el ordenamiento jurídico (GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, op. cit., p. 329).

²⁵¹³ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., p. 12.

²⁵¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., p. 12.

²⁵¹⁵ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 325-326.

²⁵¹⁶ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 326.

²⁵¹⁷ ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 71.

²⁵¹⁸ VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, op. cit., p. 176.

²⁵¹⁹ VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, op. cit., p. 176.

²⁵²⁰ VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, op. cit., p. 176.

²⁵²¹ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., p. 12.

²⁵²² GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, op. cit., p. 333.

constitutiva de la imprudencia, cuestión que debe valorarse *ex ante*, en base al comportamiento y no por el resultado. Sin embargo, la práctica forense tiende a derivar la imprudencia de la producción del resultado *ex post* (sobre todo si este es muy grave), lo cual resulta equivocado, toda vez que dicho examen se realiza sabiendo tomando como referencia el resultado ya conocido, no colocándose el juez en la situación *ex ante* del acusado, tendiéndose a aumentar las exigencias de diligencia en el comportamiento, afirmándose, en ocasiones, la infracción o no de la norma, en función de la gravedad de las consecuencias resultantes, bajo la premisa: “se ha producido un resultado lesivo, alguien ha actuado imprudentemente”²⁵²³.

3.3.3.1. Algunos aspectos relativos a la relación entre la conducta imprudente y el resultado lesivo

Sin perjuicio de que la causalidad, el presupuesto de imputación, y la relación de riesgos, fueron ampliamente tratados en el capítulo VI, E, nos detendremos en algunos tópicos de relevancia en materia de imprudencia médica.

3.3.3.2. La incidencia de la actividad médica en una lesión previa

La infracción de un deber de cuidado puede tener lugar a través de una conducta activa ya sea mediante la creación de un riesgo típicamente relevante (médico que opera por error una rodilla sana), o bien, elevando un riesgo preexistente, por encima de los niveles permitidos por la norma²⁵²⁴. Se trata de supuestos en los que la negligencia médica tiene lugar, en la etapa dirigida a restablecer la salud del paciente afectado por lesiones causadas, dolosa o imprudentemente, por la conducta previa de un tercero²⁵²⁵.

Cuando se trata de comportamientos que intensifican un riesgo precedente, no es posible constatar en muchas ocasiones si el concreto resultado producido es reconducible o no a la conducta imprudente. La actividad sanitaria (peligrosa por definición) puede producir resultados lesivos, aun cuando se desarrolle dentro de los límites del riesgo permitido.

Sin embargo, hay casos en que la víctima lesionada por el autor muere o sufre graves daños físicos en el curso de un tratamiento médico, a consecuencia de fallos más o menos crasos²⁵²⁶. Por ejemplo, que el paciente ingrese al Hospital en estado muy grave a consecuencia de las heridas que le causó un tercero, y fallezca en el curso de una intervención de alto riesgo en la que se aprecian una serie de negligencias médicas. En esta clase de situaciones hay que preguntarse a quien es imputable el resultado final²⁵²⁷.

Al respecto se pueden distinguir cuatro clases de situaciones²⁵²⁸: a) *Supuestos en los que el error del médico pone en marcha un nuevo curso causal que conduce a la muerte* o lesiones de mayor entidad²⁵²⁹. Se trata de casos en los que la conducta médica interfiere un curso inicial que no tiene la capacidad lesiva para evolucionar hasta el

²⁵²³ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., p. 15.

²⁵²⁴ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 110.

²⁵²⁵ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 360.

²⁵²⁶ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., p. 448.

²⁵²⁷ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 360.

²⁵²⁸ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., pp. 449-471 y GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 360-369.

²⁵²⁹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 362.

resultado de muerte, creado un nuevo curso que conducirá a la muerte del afectado, como sucedería en el caso, del paciente lesionado en una pierna, de pronóstico favorable, que sufre una complicación debido a la infección derivada de una deficiente esterilización del bisturí, lo que le ocasiona una gangrena que le causa la muerte o la amputación de la pierna²⁵³⁰. En estos casos la consecuencia realizada por el error médico sobrepasa lo que era de esperar sin el tratamiento médico²⁵³¹. b) *Casos en los que se omite el tratamiento sanitario necesario*, como sucedería si víctima de un delito es llevada al hospital donde se le niega asistencia sanitaria, a consecuencia de lo cual fallece o queda gravemente lesionado²⁵³². c) *Casos en los que la culpa del sanitario da paso a un curso causal autónomo*, el cual, sin embargo, tiene lugar en el marco de un tratamiento orientado de forma directa a eliminar el peligro de muerte o de lesiones creado por la lesión inicial. En esta clase de hipótesis se trata de una lesión que tiene, por sí misma, capacidad para evolucionar hasta la muerte o hacia lesiones de mayor entidad²⁵³³. Así, por ejemplo, sucede si el sujeto lesionado gravemente o con peligro de muerte que fallece o queda gravemente lesionado a consecuencia de una reacción alérgica a la anestesia, que se le suministra sin realizar previamente las pruebas oportunas. d) *Casos en los cuales si bien, la conducta médica defectuosa tiene lugar con ocasión del tratamiento médico orientado a eliminar los daños físicos de una lesión, se verifica tras superar el peligro generado por la conducta inicial*, es decir, con posterioridad a la peligrosidad específica de la misma²⁵³⁴.

Se propone como criterio general para el análisis de estos casos, atender a si la conducta médica desplaza o no el peligro creado por el autor del comportamiento lesivo inicial, o no evita su realización²⁵³⁵. Para determinar si el resultado final puede o no ser imputado a la conducta lesiva inicial, habrá que comprobar si las posteriores condiciones que influyen en el resultado (la imprudencia médica) pueden contemplarse como una *unidad de sentido* respecto a la primera conducta tomando por base tanto las circunstancias objetivamente concurrentes como los especiales conocimientos del autor.

En los casos referidos en la letra a) y d) el análisis será de mayor simplicidad, toda vez que en ellos se produce un salto *cuantitativo o cualitativo* entre el riesgo generado por el agente inicial y la imprudencia posterior del médico²⁵³⁶. La peligrosidad inherente a la conducta lesiva inicial se agota en la producción de un resultado lesivo, de manera que las lesiones adicionales de mayor entidad o la muerte producida, que finalmente tiene lugar, sólo resultan explicables en virtud de un nuevo peligro generado por la conducta médica²⁵³⁷. En tales casos, no es posible atribuir el resultado final al autor del comportamiento inicial, a menos que en el momento de actuar, junto a la creación de peligro concreto desaprobado en dirección a la consecuencia lesiva era posible verificar en el caso concreto el propio peligro demostrable de producción de otra posterior consecuencia lesiva o de muerte debida a tratamiento médico defectuoso²⁵³⁸, lo cual es sumamente difícil. Lo mismo sucede en los casos de la letra d), en los cuales, al haberse controlado el riesgo producido por la conducta inicial, el resultado final sólo

²⁵³⁰ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 360.

²⁵³¹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., p. 450.

²⁵³² GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 362.

²⁵³³ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 362.

²⁵³⁴ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., p. 465.

²⁵³⁵ ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 401, citando las palabras de Frisch. Sigue también este criterio, GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 363.

²⁵³⁶ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 363.

²⁵³⁷ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 360.

²⁵³⁸ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., pp. 450-451.

resulta explicable por la incidencia de un nuevo peligro ajeno al comportamiento del autor de la primera lesión, atribuible al acto médico defectuoso, cuya eficacia se manifiesta en un momento secuencialmente ajeno a la realización del riesgo contenido en la lesión inicial²⁵³⁹. Estos riesgos no pueden concebirse como parte del riesgo desaprobado originariamente generado, el cual, tras concretarse en una lesión con peligro de muerte o de lesiones graves, no pueda ya impedirse. Por tanto, es el fallo médico el que se materializa en el resultado gravemente lesivo o de muerte, siendo irrelevante para la valoración, la peligrosidad inherente al comportamiento inicial, que luego eliminado o controlado²⁵⁴⁰.

En los casos signados con la letra c) la negligencia médica incide en un curso causal que tenía capacidad para producir lesiones de gravedad o la muerte, por lo cual hay que determinar si el resultado final es reconducible al riesgo generado por el primer agente o a al acto médico imprudente²⁵⁴¹. La doctrina mayoritaria adhiere al criterio de la gravedad de la negligencia del médico, de manera de que si la culpa del sanitario es *grave* (olvida una venda en el vientre del enfermo) resultaría improcedente atribuir el resultado final al primer autor y si la negligencia del médico es *leve*, no puede excluirse la imputación al primer autor del resultado grave o letal, ya que aquí el resultado es la realización del riesgo desencadenado por el comportamiento del autor inicial, el cual comprende la posibilidad de que se produzca una imprudencia leve por parte del médico. Sin embargo, este criterio solo puede ser tomado como un *indicio*, si la imprudencia del médico es *leve*, lo normal será que el peso de la explicación normativa del suceso recaiga sobre la actuación del primer agente, quien deberá responder por el resultado lesivo y si la imprudencia del médico es *grave*, normalmente, ésta introduce un salto lógico en la explicación normativa del suceso, de modo que el resultado final debe atribuirse a la actuación médica. Sin embargo, ello no puede plantearse con carácter definitivo, toda vez que de lo contrario el médico que ejecuta una operación que tiene un índice bajo de supervivencia podría llevar a cabo sin observar en absoluto las reglas de la *lex artis*, porque si el paciente se muere o queda gravemente lesionado, el médico podría escudarse en que el resultado podría haber sido el mismo, aun cuando la intervención quirúrgica se hubiera llevado a cabo, conforme a la más irreprochable técnica²⁵⁴². En todo caso respecto del autor del grave peligro inicial, sólo cuando pueda afirmarse que el resultado último es explicable porque interfiere la negligencia del acto médico profesional, estará justificada la exclusión de la responsabilidad del primer agente²⁵⁴³, ya que en esta clase de casos, la considerable gravedad del peligro creado por el comportamiento típicamente relevante del primer autor genera una relación estrecha con la peligrosidad intrínseca de un tratamiento médico complejo y riesgoso, dada la mayor probabilidad de que en el curso de las medidas facultativas de salvación, la víctima sufra daños en el mismo bien jurídico o en un *bien intermedio*, que antes había sido puesto en riesgo por el autor (lesiones graves idóneas para provocar la muerte que decantan tras un procedimiento médico defectuoso en la muerte de la víctima). Al respecto vale la pena recordar que en el delito de homicidio precisamente el legislador pretende evitar conductas que contengan un peligro desaprobado para el bien jurídico de la vida, riesgos que en estos casos se corresponden con el creado por el autor inicial. Los *riesgos inevitables o no reducibles de un tratamiento de gran complejidad*, generados por la conducta típicamente relevante, son imputables al autor inicial, toda

²⁵³⁹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 364.

²⁵⁴⁰ En sentido similar, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., p. 465.

²⁵⁴¹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 364.

²⁵⁴² GIMBERNAT ORDEIG, "Causalidad, omisión e imprudencia", en *ADPCP*, 1994, p. 34.

²⁵⁴³ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 366.

vez que se trata de riesgos desaprobados y, por tanto, abarcados por la norma, desde una adecuada interpretación, toda vez que la falibilidad humana, de la cual se derivan medidas de evitación más o menos defectuosas, sobre todo ante una compleja intervención quirúrgica, es un elemento con el cual es posible contar y, por lo tanto, no contrarresta el considerable riesgo creado por el autor inicial, sino que no es más que una condición adicional para la realización del riesgo creado por el agente inicial²⁵⁴⁴.

En los casos signados con la letra b) el autor de un riesgo típicamente relevante puede contar con el hecho de que puede ser dudoso que terceros vayan a prestar auxilio necesario a la víctima, ya que entre quienes no son profesionales, hay que contar seriamente con omisiones dolosas de índole egoísta y ante personas con capacidad para salvar, no por ello queda completamente eliminado el peligro desencadenado por el autor con su conducta, toda vez que, las omisiones médicas no son descartables. Además, el ámbito de los peligros que la norma quiere contrarrestar comprende, el riesgo de que el peligro creado por determinada conducta lesiva del autor no pueda ya ser desactivado, precisamente porque, en función de las circunstancias, no puede darse por supuesta esa posibilidad. Con mayor razón lo anterior se aplica cuando la falta de asistencia se deba simplemente a la imposibilidad de recabar asistencia sanitaria (por ejemplo, porque la agresión se produce en un lugar despoblado), no se plantean dudas para imputar en exclusiva el resultado final al agente, por mucho que pudiera demostrarse que una adecuada intervención habría evitado la producción del resultado muerte, porque al riesgo por él creado pertenece también la eventualidad de que, por el lugar, sea imposible recabar asistencia médica, en cuanto condición cognoscible en tanto preexistente o simultánea a su actuación que, como suele afirmar la doctrina mayoritaria, impide excluir la imputación²⁵⁴⁵. Así, la desaprobación de determinada conducta lesiva por la creación de peligro inherente a ella con respecto a determinada consecuencia ulterior, se basa en que no hay garantía de la eliminación del peligro; porque existe el riesgo de que las acciones facultativas posibles se omitan con imprudencia leve o grave. Materialmente esta desaprobación está comprendida asimismo en la norma que prohíbe poner en peligro la vida ajena, lo cual se sustenta en la idea de que lo disvalioso del obrar lesivo peligroso para la vida también se pone de manifiesto en los casos de omisión médica, ya que la conducta médica no anula la posibilidad de aclarar el sentido de la prohibición de poner en peligro, sino que sólo da ocasión para aclarar otros sentidos de la norma consistentes en el establecimiento de los deberes del médico y personal sanitario, por cuya infracción deberán responder penalmente²⁵⁴⁶. Al respecto dos son los títulos de castigo imaginables, por los cuales podría responder el profesional de la medicina en estos casos, por un lado, podría sustentarse la aplicación del delito de omisión del deber de socorro por parte del profesional, contenido en el art. 196 del CPes y además, podría plantearse la aplicación del correspondiente delito de homicidio o lesiones en comisión por omisión. La apreciación del art. 196 no debería plantear mayores dificultades en los supuestos en los que el médico deniega o abandona los servicios sanitarios, siempre que se trate de un profesional obligado a la prestación y cuya conducta provoca un riesgo grave. Pero con éste título de castigo no se atiende al desvalor del resultado que llegue a producirse, sino que sólo se trata de incriminar al médico por el desvalor de su conducta omisiva o denegatoria de asistencia. Respecto del resultado de lesiones o de la muerte, cabe señalar que nos encontramos ante un delito de omisión impropia y, por lo tanto, de

²⁵⁴⁴ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., pp. 458-461.

²⁵⁴⁵ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 367.

²⁵⁴⁶ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., pp. 455-457.

concurrir en el caso en concreto los presupuestos que esta figura penal presupone, no habría dificultad para fundamentar los presupuestos de un juicio de responsabilidad por omisión impropia imprudente (posición de garante, capacidad de evitación, imputación objetiva, etc.)²⁵⁴⁷.

3.3.3.3. Producción tardía de otros resultados

Se trata de la siguiente clase de situaciones: un facultativo interviene de forma descuidada la rodilla de su paciente, dejándole como secuela una parálisis en la pierna que, meses después, provoca la caída accidental del sujeto por las escaleras y su fallecimiento; un cirujano provoca imprudentemente la extirpación del bazo de su paciente, secuela que, años más tarde, causa su muerte por no contar con las defensas necesarias para hacer frente a una enfermedad contraída posteriormente; un médico de urgencias trata con un instrumental sin desinfectar la herida de un enfermo, y ordena cuando se da cuenta a un ATS que le inyecte inmediatamente una antitetánica, pero al no hacerse así este muere posteriormente a consecuencia del tétanos; un anestesista incumple las normas de cuidado propias de su profesión durante la realización de una operación quirúrgica, provocando de este modo al paciente una hipoxia que le causa la muerte, después de haber pasado dos años en coma; un técnico de laboratorio que omite la realización de las pruebas de control de la calidad de la sangre, no evita que esta sea transfundida, de forma que el receptor contrae tras la transfusión de plasma los anticuerpos del VIH/SIDA, enfermedad hoy por hoy crónica²⁵⁴⁸.

La relación de causalidad entre la acción imprudente y el segundo resultado no puede extenderse al infinito hasta el punto de afirmar, en los dos primeros ejemplos que tanto el facultativo como el cirujano han provocado el fallecimiento de sus pacientes, toda vez que acortar la vida no tiene el significado de la acción de matar^{2549/2550}. Además, no se trata de un resultado que se encuentre dentro del *ámbito de protección de la norma penal*, toda vez que la producción de estas tardías consecuencias, son imprevisibles e incontrolables para el autor del hecho y, por ello no es posible atribuírselas²⁵⁵¹. De otro lado, una distinción adecuada entre el delito de lesiones y el de homicidio, exige entender que la naturaleza mortal del hombre hace que todo homicidio sea conceptualmente un acortamiento de la vida, y toda lesión seria, en cuanto supone el consumo de recursos vitales, disminuye la esperanza de vida restante y, por ello, el concepto de homicidio ha de concebirse desde un principio de manera que no dé cabida a las consecuencias de lesiones corporales que limiten las expectativas de vida, ya que suponer lo contrario sería desconocer la relación sistemática existente entre las lesiones y el homicidio²⁵⁵². Además cabe argumentar que en estos supuestos, el médico no deberá responder del posterior fallecimiento de su *paciente porque este no ha sido causado por su acción negligente, sino por la secuela que produjo en el enfermo,*

²⁵⁴⁷ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 368-369.

²⁵⁴⁸ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 128.

²⁵⁴⁹ LUZÓN PEÑA, “Problemas de la transmisión y prevención del Sida en el DP español”, op. cit., p. 92.

²⁵⁵⁰ De acuerdo con una interpretación literal y conforme al uso social de la lengua sólo se entiende por *homicidio* un proceso que discurre en sus detalles, necesariamente y a corto plazo, desde la acción del autor al resultado, ya que, la causación de una larga enfermedad que en algún momento desemboque en la muerte no resulta abarcada por las reglas de uso de esta expresión en el lenguaje ordinario y queda fuera, por tanto, del llamado margen de significado del mismo, por desbordar el límite del tenor literal (SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., pp. 29-30).

²⁵⁵¹ SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., p. 55.

²⁵⁵² SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., pp. 30-31.

secuela que sí es imputable a su comportamiento y que adquiere relevancia a la hora de determinar la pena a imponer por lesiones imprudentes²⁵⁵³. De este modo, si el art. 152 CPes castiga más duramente la producción, por imprudencia grave, de lesiones que causen la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro, es porque ha tenido en cuenta el mayor desvalor de resultado que presentan este tipo de menoscabos frente a otras lesiones *menores*; y ese mayor desvalor radica precisamente, en que debido a esas secuelas la vida de la víctima se desarrollará en unas condiciones más precarias²⁵⁵⁴. Por otro lado, el hecho de que el lesionado haya aprendido o no a organizar sus asuntos particulares conforme a su nueva realidad como persona minusválida tampoco añade nada al análisis de la responsabilidad del médico²⁵⁵⁵. A lo anterior, cabe agregar los problemas de *seguridad jurídica* que genera la incerteza de tener que esperar por años para saber cuál será el título de castigo por el cual debería ser castigado el autor, cuestión que se suma a los problemas procesales que pudieran producirse toda vez que lo normal es que el resultado tardío más grave (la muerte) haya estado precedido de una consecuencia lesiva intermedia (lesiones) que haya sido o esté siendo enjuiciada²⁵⁵⁶. La persecución de aquel resultado más grave estará condicionada por la limitación procesal relativa al momento en que por última vez se puede modificar la calificación de los hechos, que conforme al art. 793.3 LECr habrá de tener lugar antes de dictarse sentencia, en el momento de las conclusiones definitivas²⁵⁵⁷. Una vez exista sentencia firme, por imperativo del principio de cosa juzgada, la celebración de un nuevo juicio solamente sería posible con la interposición de un recurso de revisión, algo que la mayoría de las veces, sin embargo, resultaría inviable porque los motivos que permiten su presentación se vinculan mayoritariamente a la aparición de nuevos hechos, lo que no ocurre cuando se trata de apreciar las consecuencias de una misma conducta y porque reabrir un nuevo proceso por la producción de un resultado tardío supone siempre ir en contra del reo, algo que no es posible en dicho recurso como garantía estatuida en beneficio de éste²⁵⁵⁸. Por lo tanto, estas conductas sólo pueden ser calificadas como lesiones imprudentes, porque la muerte del paciente no puede imputarse objetivamente después de que las lesiones iniciales hayan, sanado o se hayan estancado²⁵⁵⁹.

En el caso de la muerte por tétanos, si bien el resultado muerte fue causado por la conducta del médico, el fallecimiento deberá imputarse objetivamente a la omisión posterior del ATS, toda vez que el médico le comunicó la necesidad de suministrarle al paciente una vacuna antitetánica, y este no lo hizo, por lo que el resultado final podrá imputarse objetivamente a esa segunda omisión, a no ser que la víctima, a pesar de las advertencias del facultativo, decidiera no esperar a que le pusieran la inyección; pensando, equivocadamente, que *no pasaría nada* e incurriendo por ello, en *auto-imprudencia por asunción*²⁵⁶⁰.

En lo que dice relación con el contagio del VIH/SIDA me remito a lo dicho en el capítulo sobre el tipo objetivo y, particularmente, a lo señalado a propósito del concepto de enfermedad.

²⁵⁵³ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 130.

²⁵⁵⁴ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 130.

²⁵⁵⁵ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 130.

²⁵⁵⁶ SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, op. cit., p. 33.

²⁵⁵⁷ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 371.

²⁵⁵⁸ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 371-372.

²⁵⁵⁹ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 128.

²⁵⁶⁰ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 130-131.

3.3.4. Clases de imprudencia

Como lo dijimos a propósito de la imprudencia en general, tomando como referencia la distinción entre imprudencia *temeraria* y *simple* y atendiendo al contenido del *desvalor de la conducta* reflejado en la entidad de la infracción del deber objetivo de cuidado²⁵⁶¹ y no al desvalor del resultado naturalístico producido, el CPes de 1995 clasifica la imprudencia en imprudencia grave y *leve*²⁵⁶². Por lo tanto, a fin de establecer dicha separación, han de contemplarse las circunstancias concurrentes en el caso concreto, importancia de los bienes afectados²⁵⁶³, la *utilidad social* de la conducta, la proporción estadística entre la acción realizada y el resultado producido, el grado de previsibilidad del riesgo, los conocimientos y capacidades especiales del autor, aspectos que en el ámbito médico deben valorarse a la luz de la relatividad misma de la ciencia médica y con las circunstancias de tiempo, lugar o urgencia con que se practica la intervención²⁵⁶⁴.

3.3.4.1. Imprudencia grave: Incumplimiento de deberes inexcusables

Incorre en imprudencia *grave* el que actuando con olvido de los más elementales criterios de prudencia; es decir, de sensatez y de equilibrio, haciendo caso omiso de los deberes de cuidado que ha de observar, atendidas las circunstancias de tiempo, de lugar, de situaciones y de personas, ejecuta un hecho que de mediar dolo, constituiría delito^{2565/2566}. Cuando la infracción de la norma de cuidado es burda (inobservancia de una mínima diligencia, alta previsibilidad del resultado), la jurisprudencia suele calificar el comportamiento como imprudencia grave, con independencia de la fase de actividad médica (emisión de diagnóstico, prescripción del tratamiento, intervención quirúrgica del paciente, seguimiento posterior de su evolución) en la cual se haya producido el incumplimiento de los deberes de cuidado, incumplimiento que puede concretarse en la realización de una acción o en una omisión^{2567/2568}.

²⁵⁶¹ VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, op. cit., pp. 171-172.

²⁵⁶² GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 373-374.

²⁵⁶³ SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., p. 21 y VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, op. cit., p. 172.

²⁵⁶⁴ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 374. En tal sentido, Corcoy Bidasolo, a propósito de la determinación del contenido de las reglas generales de cuidado, afirma que cada una de ellas debe ser el fruto de una *ponderación de los intereses en juego*: 1º) la necesidad de la actividad de que se trate; 2º) la cantidad de riesgo -probabilístico- que supone el incumplimiento de ese deber; 3º) la merma en utilidad y eficacia de la actividad por la limitación derivada de la existencia de esa regla (CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., p. 80).

²⁵⁶⁵ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 374.

²⁵⁶⁶ En opinión de Silva Sánchez, es el olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado, es decir, aquellas que respetaría cualquier persona mínimamente cuidadosa (SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, op. cit., p. 21).

²⁵⁶⁷ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 130-131.

²⁵⁶⁸ Así, en sentencia de 22 de enero de 1999, el TS estimó la existencia de error *grave* de diagnóstico y condenó por la comisión de un delito de lesiones con imprudencia *grave*, en el caso de un ginecólogo que diagnosticó un cólico nefrítico a una embarazada, que se encontraba en avanzado estado de gestación y se quejaba de fuertes dolores lumbares; a pesar de que, además de los análisis de orina y sangre, le fue practicada una ecografía obstétrica (indicativa de una marcada disminución de líquido amniótico) y otra abdominal y de gestación (indicativa de *trabajo de parto*), el acusado insistió en su diagnóstico inicial y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno, lo que se realizó una hora más tarde, a instancias de la propia paciente, una matrona de la clínica, la cual comprobó que aquella se hallaba ya en un estado de dilatación avanzada. Tras el parto, el niño precisó inmediata asistencia para su reanimación; la hipoxia-isquémica cerebral sufrida en el período prenatal, le produjo una encefalopatía crónica, con retraso en los

3.3.4.2. Imprudencia leve: Incumplimiento de otros deberes

Es aquella en que puede incurrir cualquier persona normal, es decir, es aquella en la que incurre una persona no gravemente descuidada²⁵⁶⁹. La jurisprudencia opta, en cambio, por la calificación de falta cuando la infracción de la norma de cuidado no constituye un incumplimiento clamoroso del deber de diligencia exigido en la concreta actividad desarrollada^{2570/2571}.

3.3.4.3. Responsabilidad penal por el trabajo en equipo sanitario

Como señalamos al tratar el principio de confianza en el marco de la imputación objetiva, en la actualidad, la complejidad, variedad y especialización de fases por las que atraviesa el tratamiento médico, el avance tecnológico y la masificación del acceso a la salud, han traído como consecuencia que la actividad médica se realice habitualmente en equipo²⁵⁷², requiriendo la intervención, simultánea o sucesiva, de varios profesionales que poseen distinta formación y cumplen, de forma coordinada, diferentes funciones relacionadas con el tratamiento de los pacientes²⁵⁷³. Lo anterior se impone como una necesidad de la especialización y la colaboración en el ejercicio de la

patrones de maduración psicomotriz. Aparte de otras cuestiones, sumamente relevantes, relacionadas con el resultado lesivo producido. La sentencia subsume el comportamiento del médico ginecólogo: “La estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. La posición de garante del recurrente en los hechos enjuiciados aparece incuestionable en cuanto estaba encargado y asumió la asistencia en el embarazo y en el parto de la afectada. Tampoco ofrece cuestión que el acusado omitió varias acciones que le eran debidas; así, en primer lugar, prescindió de consultar con un urólogo u otro especialista respecto a las molestias de que se quejaba la embarazada y ello le llevó, por dos veces, a hacer un diagnóstico *equivocado*, atribuyendo a un inexistente cólico nefrítico lo que eran dolores lumbares propios de *trabajo parto* igualmente omitió el deber que le era inexcusable de reconocer ginecológicamente a la embarazada, especialmente ante los resultados que presentaban los análisis y la ecografía practicada; y en definitiva, omitió atender un parto en el momento en el que todos los síntomas lo hacían necesario. No había nada que restringiera o limitara su capacidad para realizar la acción que omitió y que le era exigible. El carácter *grave* o temerario de la imprudencia fluye sin dificultad del relato fáctico de la sentencia de instancia ya que las omisiones denunciadas implican un *olvido* total y absoluto de los más elementales deberes de previsión y cuidado”.

²⁵⁶⁹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 374.

²⁵⁷⁰ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 98.

²⁵⁷¹ Así, por ejemplo en STS de 9 de marzo de 2000, el TS enjuició la conducta del médico que atiende a un paciente aquejado de asma bronquial, y que había sido internado trece años antes en un Hospital por una crisis aguda de la enfermedad producida a consecuencia de su intolerancia al ácido acetilsalicílico. Si bien el médico preguntó al enfermo si era alérgico a algún medicamento, no le realizó pregunta alguna sobre su posible intolerancia al preparado médico que en concreto le prescribió. La ingesta de dicho medicamento le produjo la muerte pocos momentos después. En el razonamiento que lleva al Tribunal a apreciar un homicidio por imprudencia leve se mezcla una dualidad de argumentos. El primero, que si bien no formuló todas las preguntas que debía, se informó de que el enfermo padecía asma bronquial y le preguntó sobre sus posibles alergias a medicamentos. El segundo argumento relaja el grado de imprudencia del facultativo atendiendo la escasa probabilidad de este tipo de reacciones: “cuando el resultado acaecido guarda una cierta desproporción estadística entre la conducta realizada y lo que habitualmente ocurre, la gravedad de la imprudencia debe ser degradada”.

²⁵⁷² GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 394 y JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., p. 113.

²⁵⁷³ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., pp. 14-15; HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 73; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 394-395 y ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 75.

actividad médica, toda vez que no resulta posible que un médico conozca ni desarrolle al mismo tiempo todas las especialidades²⁵⁷⁴. Así, por ejemplo, una intervención quirúrgica puede exigir la participación conjunta de varios especialistas (anestesiista, cirujano, cardiólogo) como de otro personal técnico o auxiliar (ATS, auxiliar de clínica, analista)²⁵⁷⁵. Sólo cuando cada acto se realiza de forma correcta y además se hilvana a la perfección con los que realizan el resto de los profesionales puede garantizarse, si no la curación del enfermo, sí la conformidad de la terapia con las reglas de la *lex artis*²⁵⁷⁶.

El principio de *división del trabajo* según el cual varias personas colaboran para conseguir un objetivo común en una determinada actividad, en este caso médico-sanitaria²⁵⁷⁷, se ha producido debido al progreso técnico de la medicina con la consiguiente proliferación de especialidades; el paso a una medicina social con un considerable aumento del número de pacientes, que exige una organización razonable; la necesidad de delimitar la responsabilidad en la que puedan incurrir los sanitarios intervinientes en la actividad médico-quirúrgica; y el hacer posible la dedicación de cada uno a sus cometidos específicos con la exclusividad y concentración oportunas²⁵⁷⁸.

La división del trabajo y la especialización han traído grandes beneficios para el sistema sanitario y para los pacientes, pero también han aumentado las fuentes de peligro²⁵⁷⁹ y la dificultad para determinar las responsabilidades en que incurren los diferentes miembros del equipo médico cuando de su comportamiento se deriva un resultado típico; toda vez que como las actuaciones médicas se encuentran relacionadas, puede ser difícil determinar los niveles de diligencia con que se ha desarrollado cada una de ellas. La dificultad esencial, radica en determinar las *reglas generales de cuidado* que le corresponde observar, a cada integrante del grupo, conforme a las funciones que cumple, para poder constatar si fueron infringidas por el sujeto y, en caso afirmativo, si el resultado lesivo puede imputarse objetivamente a ese comportamiento descuidado. Para realizar la función de delimitación a la que hacíamos referencia se recurre al *principio de confianza*, el cual según el TS, consiste en “*un comportamiento conforme al cuidado exigido autoriza a suponer que otros partícipes del tráfico se comportaran de acuerdo con las obligaciones de cuidado que les incumben, sin que tal suposición implique, por si misma, una infracción del deber de cuidado*”^{2580/2581}. Dicho

²⁵⁷⁴ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., p. 113.

²⁵⁷⁵ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 73.

²⁵⁷⁶ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 395.

²⁵⁷⁷ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., p. 115.

²⁵⁷⁸ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 75.

²⁵⁷⁹ Jorge Barreiro, siguiendo a Carstensen, sostiene que las principales fuentes de peligro en materia médico sanitaria, provienen de: 1ª La cualificación deficiente de los colaboradores, que debe ser advertida oportunamente por el médico. El cirujano debe prestar la debida atención a sus colaboradores, poniendo en práctica las medidas de precaución necesarias como las de vigilancia, control e instrucción de los mismos. 2ª Los fallos de comunicación, que dan lugar a prestaciones médicas incorrectas, lo cual se produce cuando el médico formula, de forma imprecisa, las indicaciones a sus colaboradores o cuando éstas son erróneamente interpretadas, razón por la cual deben adoptarse las medidas adecuadas, como llevar en orden el libro de visitas, la hija del enfermo, dar instrucciones de medicación o de medicamento por escrito, para evitar fallas previsibles. 3ª La coordinación defectuosa, que aparece con mayor intensidad en aquellas actividades médicas, como la cirugía, en las que intervienen varios especialistas y personal auxiliar, por lo que será preciso sintonizar las medidas diagnósticas y terapéuticas cuando sobreviene una urgencia. 4ª Las fallas de organización, que deben evitarse por parte de la dirección del centro sanitario a través de las adecuadas medidas de control y 5ª la deficiente evaluación de la capacidad o conocimientos médicos de los sanitarios intervinientes en la actividad médico quirúrgica, a los efectos de llevar a cabo las tareas asignadas (JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., p. 116).

²⁵⁸⁰ STS de fecha 23 de abril de 1992.

principio permite organizar una tarea común sin que ésta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos ajenos²⁵⁸². Esta declaración implica, por ejemplo, que el cirujano podrá confiar, en principio, que la instrumentalista le pasara el material adecuado o solicitado, o que la actuación del anestesista será correcta en su cometido; la enfermera podrá confiar en que el medicamento y dosis prescrita por el médico están indicados, el farmacéutico puede confiar en que el medicamento o fórmula magistral prescritas por el médico son los indicados para el paciente; por su parte, al médico no le incumbe, ni pertenece a sus deberes de cuidado que el medicamento no esté correctamente preparado o conservado, etc.²⁵⁸³ Sin embargo, este principio adquiere trascendencia en la delimitación del alcance de la norma de cuidado, determinando cuando la confianza del autor en la actuación correcta de terceras personas ya no estaba permitida, por incurrir con ella en descuido o temeridad²⁵⁸⁴. La aplicación del principio de confianza depende en buena medida del grado de jerarquía que impera en la actuación conjunta; la cual puede presentarse en dos formas o modalidades de organización: la división horizontal y vertical del trabajo. Lo anterior supone la necesidad de tener que dilucidar en cada caso concreto y de acuerdo con sus propias características, la clase y urgencia de la intervención médico-sanitaria, que funciones desempeñará cada uno de los intervinientes en razón de su formación, como es su contribución en el desarrollo y cumplimiento del trabajo en común y de qué forma se pueden tratar jurídicamente las relaciones organizadas en régimen de trabajo en equipo²⁵⁸⁵.

3.3.4.4. División horizontal del trabajo y principio de confianza

La división horizontal del trabajo es aquella que tiene lugar entre profesionales, miembros del equipo, que poseen un mismo nivel de cualificación en sus respectivas ramas y, por tanto, asumen de manera conjunta y con el mismo grado de responsabilidad las respectivas fases del tratamiento, no existiendo, en consecuencia entre ellos, una relación jerárquica de subordinación entre ellos²⁵⁸⁶. Así ocurre entre el cirujano y el anestesista, que con sus conocimientos especiales, cometidos específicos e independencia, se complementan y dividen el trabajo en la intervención quirúrgica, lo que permite que cada profesional se pueda ocupar de su ámbito especializado, sin perder energías controlando si la otra persona se comporta correctamente, primando en consecuencia, el principio de la responsabilidad propia e individual de cada especialista²⁵⁸⁷, negándose en consecuencia, como regla general, la responsabilidad de

²⁵⁸¹ En opinión de Gómez Rivero, conforme al principio de confianza, cada participante en una actividad puede y tiene que confiar en que la actuación del resto de los intervinientes será correcta, de tal modo que sólo cuando existan motivos fundados para desconfiar en la conformidad a cuidado de la actuación de los terceros, podrá dejar de invocarse dicha presunción por el resto de los intervinientes (GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 395). En sentido similar, ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 76.

²⁵⁸² FEIJÓO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales*, op. cit., p. 231

²⁵⁸³ ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 76.

²⁵⁸⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales*, op. cit., p. 230 y HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 78.

²⁵⁸⁵ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., p. 115.

²⁵⁸⁶ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 76 y JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., p. 136.

²⁵⁸⁷ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 76-77.

los que actuaron correctamente²⁵⁸⁸. Así, el anestesista responde del cuidado preoperatorio del paciente a los efectos de prepararle para la anestesia, así como de la vigilancia y control de las funciones vitales del operado durante y después de la intervención quirúrgica; por su parte, el cirujano decidirá y responderá sobre si, dónde, cómo y cuándo se realiza la operación²⁵⁸⁹.

Como dijimos más arriba, para delimitar la responsabilidad entre los miembros del equipo, se recurre al principio de confianza, el cual goza de mayor aplicación en estructuras horizontales, sin embargo, los Tribunales no estiman aplicable este principio cuando existen *motivos* para sospechar que el comportamiento de otra persona es antijurídico, se detecta en el individuo una incapacidad para prestar la debida diligencia, o bien existen dudas acerca de su cualificación o fiabilidad²⁵⁹⁰. Así, por ejemplo, el cirujano no puede alegar en su descargo el principio de confianza cuando el anestesista se ausenta del quirófano, si no hay razón suficiente que justifique su salida²⁵⁹¹.

3.3.4.5. División vertical del trabajo. Los deberes secundarios de cuidado

En la división vertical del trabajo existe una estructura jerarquizada en el equipo, rigiendo, en consecuencia, el principio de delegación de funciones²⁵⁹² por parte del jefe del grupo, a una o varias personas que actúan de manera subordinada aunque la capacidad de decisión que ostenta²⁵⁹³.

Los elementos estructurales que caracterizan esta modalidad vertical de la división de trabajo médico son: 1) el orden jerárquico de distribución de deberes como los de instrucción, control y vigilancia del superior y la obligación de los subordinados de cumplir las órdenes de sus superiores jerárquicos; 2) la relación de dependencia de los subordinados en el contexto de supra-subordinación; y 3) la delegación que afecta no solo a la actividad del colaborador subordinado sino también a lo que puede suponer el desplazamiento de competencias y responsabilidad como propias de funciones ajenas, evidentemente, siempre y cuando no sean de la esencia de la actividad²⁵⁹⁴.

Sin embargo, el carácter vinculante que poseen las órdenes del jefe de grupo, es una cuestión dudosa, por ejemplo, en hospitales públicos en donde el Jefe del Equipo no elige generalmente a sus miembros y no tiene autoridad sobre otros estamentos como es el de enfermería que depende directamente de sus mandos jerárquicos. En otras situaciones, en las cuales el médico jefe elige a su equipo, conforme al principio de confianza, quien ocupa la posición jerárquica superior puede confiar en que sus órdenes serán seguidas por el subordinado (enfermera instrumentista, ATS, auxiliares, etc.), salvo que en el caso concreto se perciban circunstancias especiales (graves descuidos, manifestación de ineptitud o falta de cualificación) que le hagan pensar lo contrario, en tanto que el personal auxiliar no deberá dudar de la corrección de las indicaciones recibidas durante la operación, a no ser que tenga motivos fundados para ello. Como cada uno de los miembros cumple, en principio, sus respectivas funciones en la actuación conjunta con independencia de los demás, nada obsta para que en este ámbito

²⁵⁸⁸ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 409.

²⁵⁸⁹ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 77.

²⁵⁹⁰ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 79.

²⁵⁹¹ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 79.

²⁵⁹² GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 395.

²⁵⁹³ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 79.

²⁵⁹⁴ JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, op. cit., p. 147.

también se aplique el principio de confianza²⁵⁹⁵, porque si el superior, por el hecho de serlo, tuviera que comprobar personalmente todas y cada una de las actividades encomendadas a sus subordinados le sería imposible concentrarse en la realización de la actividad principal que le es propia y con ello, a la postre, resultaría tanto o más gravado que si tuviera que afrontarlas por sí sólo directamente²⁵⁹⁶.

No obstante, en comparación a lo que sucede en las estructuras horizontales, el principio de confianza pierde eficacia, en las estructuras jerárquicas, toda vez que en ellas pueden existir grandes desniveles en la formación y preparación de los integrantes del equipo médico (por ejemplo, médico y auxiliar de clínica)²⁵⁹⁷ y, además, es el jefe del equipo quien es el encargado de distribuir las tareas en la coordinación y organización de sus colaboradores²⁵⁹⁸, de establecer los deberes y responsabilidades que exceden el deber genérico (por ejemplo en caso de conflictos de competencia entre sus colaboradores), quien debe informar detenidamente al inferior de la actividad que debe realizar cuando le delega una tarea cuya realización puede resultar dudosa para él, y el encargado de despejar cualquier duda que sus colaboradores le planteen durante el tratamiento médico²⁵⁹⁹. Por lo tanto, el superior jerárquico puede ser responsable por la delegación a personal subalterno de funciones a que estuviera obligado él personalmente²⁶⁰⁰ y además por la *correcta preparación e instrucción* de sus ayudantes, siempre y cuando haya sido el superior el encargado de elegir a sus colaboradores, así por ejemplo sería posible fundamentar la responsabilidad del superior en comisión por omisión, si en caso de nombrar a personas que, pese a estar en posesión del título adolecen de una corta experiencia o de falta de destreza, omite su *deber de instrucción y formación continuada*, en torno a las actividades que tiene encomendada el inferior y sobreviene un resultado lesivo que guarda una relación de riesgo con las irregularidades en que haya incurrido en dicha actuación previa²⁶⁰¹. Sin embargo, en supuestos, en los que, como es propio del sector público, *la elección del subordinado no corresponde al principal*, se debe exonerar al superior de la obligación de comprobar la capacidad y destreza de sus ayudantes y de tener que realizar una labor de preparación o instrucción de sus tareas, cumpliendo, el superior, con su deber de informar y dar instrucciones al resto del personal cuando lo hace suponiendo la preparación y la habilidad normal o media que se espera de personas de la cualificación de que se trate, sin que tenga que cerciorarse de que el personal puesto a su disposición esté en condiciones de acatar dichas órdenes, a menos que concurren circunstancias que alteren la normal presunción de capacidad que es lícito suponer en las personas puestas a su orden²⁶⁰². Sin embargo, el principio de confianza deja de ser aplicable cuando concurre la conducta imprudente de un miembro del equipo y esto ha sido ya percibido por otro u otros del mismo; o cuando el propio interesado ha actuado el mismo infringiendo los deberes de cuidado²⁶⁰³.

²⁵⁹⁵ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 80-81.

²⁵⁹⁶ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 429.

²⁵⁹⁷ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 81.

²⁵⁹⁸ ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 76.

²⁵⁹⁹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 429.

²⁶⁰⁰ ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 76.

²⁶⁰¹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 430 y ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 76.

²⁶⁰² GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., pp. 430-431.

²⁶⁰³ ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, op. cit., p. 76.

El principio de confianza se relaciona con el deber de vigilancia, en el sentido de que cuanto mayor sea la confianza que cabe depositar en el ayudante, menor será el deber de vigilancia que habrá de desplegarse respecto a su actividad, sin embargo, pese a este enunciado general, el problema es determinar el alcance que debe darse en cada caso al deber de vigilancia²⁶⁰⁴. Lo que no se discute es que una vez que el responsable ha dado las instrucciones precisas para realizar una determinada tarea, debe cumplir con la obligación de supervisar y vigilar el cumplimiento de lo ordenado, conforme a los llamados *deberes de diligencia secundarios*, entre los cuales se comprende además, la obligación de asegurarse de que sus instrucciones han sido bien entendidas cuando su no seguimiento estricto pueda conllevar riesgos añadidos, e incluso intervenir ante la sospecha de una defectuosa actuación del subordinado²⁶⁰⁵. Así, por ejemplo, el cirujano podrá confiar en el auxiliar de clínica o ATS para la preparación del enfermo y la asistencia en la operación, siempre que se trate de la realización de tareas que le son propias y para las que tal personal se encuentra debidamente instruido, pero se comportara negligentemente (por infringir los deberes de diligencia secundarios), si confía ciegamente y de forma excesiva el cuidado de un paciente con traumatismo craneal o un postoperatorio delicado a un personal con formación médica insuficiente, en la medida en que tales funciones no son delegables^{2606/2607}.

El cumplimiento de los *deberes secundarios* se trata de salvaguardar mediante el establecimiento de medidas de precaución, tendentes a evitar fallos en la comunicación del médico con el personal auxiliar (previsiones tales como la *hoja clínica del paciente*, la *hoja de registro de enfermería en el quirófano*), sin embargo, el problema radica en la determinación de los *límites* de los deberes secundarios, ya que, si los superiores jerárquicos tuvieran que ocupar todo su tiempo en la vigilancia constante de la actuación de sus subordinados, se producirán menos negligencias, pero se realizarían menos tareas²⁶⁰⁸. El alcance de las obligaciones de instrucción y supervisión puede parecer más o menos clara cuando se trata de controlar la actuación de personal poco cualificado, la eficacia de tales deberes secundarios es problemática en supuestos en los que el subordinado posee conocimientos necesarios para realizar una actividad médica básica, pero no una formación suficiente para desarrollar otros tratamientos o intervenciones más especializados, así, en el caso de los médicos en formación, éstos prestan sus servicios bajo la dependencia del médico adjunto responsable, jefe de sección o jefe de servicio de la unidad a la que se encuentran adscritos, por un periodo de cinco o seis años, hasta que obtienen la especialidad, la actividad de los médicos residentes debe ser controlada y supervisada por el médico especialista, pero la observancia, por parte del superior jerárquico de los deberes secundarios de diligencia no puede extenderse al infinito, ya que, la eficacia del sistema de asistencia tutelada conlleva, necesariamente, el reconocimiento de cierto grado de independencia al médico en formación, la ponderación de la obligación de vigilancia del médico responsable y el ámbito de autonomía que en su actividad posee el *médico* residente, debe analizarse conforme a las concretas circunstancias que se den en el supuesto enjuiciado²⁶⁰⁹.

²⁶⁰⁴ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 431.

²⁶⁰⁵ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 81-82.

²⁶⁰⁶ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 82.

²⁶⁰⁷ Así, en STS de fecha 31 de mayo de 1982, afirmó que: “Confió ciegamente. y de modo excesivo en los miembros de ATS que debían observar y vigilar al traumatismo, sin tener en cuenta que la formación científica de dichos auxiliares, con ser estimable, no permite descargar sobre ellos toda la responsabilidad técnica de un caso de suma gravedad como lo era el de autos”.

²⁶⁰⁸ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., pp. 82-83.

²⁶⁰⁹ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, op. cit., p. 84.

4. Conclusiones

1. La responsabilidad del médico puede producir sus efectos en el campo del Derecho administrativo, como en el Derecho civil o en el ámbito del DP. En el ámbito del DP, la responsabilidad puede ser dolosa o imprudente, por acción o por omisión.

2. La responsabilidad médico-sanitaria, a título de *dolo*, supone la agresión consciente del bien jurídico de la salud individual de una persona, con los mismos requisitos que cualquier ciudadano. Su concurrencia no es descartable, sobre todo en el ámbito del dolo eventual. La imputación subjetiva a título de dolo directo es posible cuando el médico consciente y deliberadamente deja de prestar asistencia, a su propio paciente y por ello éste fallece o sufre consecuencias en su salud. La responsabilidad será en *comisión por omisión* y requiere que concurra la posición de garante. En todo caso, el deber de garante decae cuando el titular del derecho renuncia a él, lo que supone que el tratamiento médico no puede realizarse de manera arbitraria.

3. La actividad médico-sanitaria, se acepta dentro del ámbito del riesgo permitido, pero impone al personal sanitario el cumplimiento de ciertas medidas de cuidado, que si no se aplican, el *responsable normativo* de mantener el peligro dentro de los límites tolerados por el ordenamiento jurídico, responderá por *comisión por omisión*, en virtud del incremento del riesgo, si se produce un resultado lesivo.

4. Para que concurra la *comisión por omisión* además de la posición de garante, es preciso que el autor *hubiese podido evitar el resultado*, de haber realizado la conducta debida, lo cual no concurre en los casos de inevitabilidad del resultado. A ello hay que agregar la necesidad de verificar la equivalencia estructural con la comisión activa, conforme a lo referido en el art. 11 del CPes.

5. En el caso del *médico de guardia y rural*, es posible fundamentar la posición de garantía, ya que los pacientes tienen derecho a confiar en que serán atendidos al acudir a los médicos de guardia y rurales y no tienen que preocuparse por asegurar su demanda de asistencia en otros puntos ni adoptar ninguna otra clase de medida, existiendo de esta manera, una relación de dependencia y de exclusividad del enfermo hacia el médico. Además, dada las circunstancias geográficas o de urgencia, el paciente no tiene posibilidad de elección debido a la imposibilidad de recurrir a otros profesionales. En estos casos, existe un deber legal de actuar en casos de necesidad -médico de urgencia- o de carencia de otros profesionales alternativos -médico rural-. El riesgo que origina el médico al negarse a atender al paciente dentro de las coordenadas de la asunción voluntaria es consustancial a las situaciones de monopolio y urgencia en la prestación médica, lo cual se mantiene con independencia de un específico acto de asunción, dentro de los límites *temporales y espaciales* que acotan su ámbito competencial.

6. El médico asume una *obligación de medios*, consistente en intentar la curación o mejora del padecimiento, poniendo todos los recursos necesarios a su alcance para garantizar, la corrección del tratamiento y la paliación, del sufrimiento que ocasiona la dolencia. El médico no está obligado a realizar intervenciones que, aunque solicitadas por el paciente, no están indicadas por la *lex artis*. El especialista que ha asumido el tratamiento no responde de otras patologías que aparezcan o se descubren durante el tratamiento. La posición de garantía se extiende a los actos que directa o indirectamente forman parte del tratamiento. El médico no puede exonerarse de la suerte que pueda correr el paciente por la actuación de otros profesionales a los que, por razones de división del trabajo, bien le remite, bien realizan tareas delegadas por él, evidentemente, siempre y cuando tenga la posibilidad de decidir sobre la elección del personal que dirigirá, el que debe ser idóneo para realizar la labor encomendada. El médico es

responsable si no dispensa al enfermo los medicamentos que aliviarían o eliminarían su sufrimiento, lo que es relevante respecto de la salud psíquica del paciente.

7. La responsabilidad por imprudencia médica supone que el médico contraviene las pautas de la *lex artis*, ya sea por una actitud de descuido, de dejadez del médico que merma sus capacidades, ya sea, por efecto de la rutina, cansancio, falta de concentración, confianza en la actuación de otros, sobrevaloración de sus capacidades, falta de los conocimientos o de la capacidad necesarios para actuar, o bien, la no aplicación de sus conocimientos y habilidades, cuando se poseen. Ello se traduce en la infracción de un deber objetivo de cuidado, impuesto por una regla general, que debe dar lugar a un resultado lesivo constitutivo de lesiones, ligado a la conducta imprudente por un vínculo de causalidad y de imputación objetiva.

8. La imprudencia médica se relaciona con el concepto de *imprudencia del profesional* inserto en el ámbito de la imprudencia grave, que tiene un sentido agravatorio, al contemplar una pena adicional a la de prisión, consistente en la *inhabilitación especial* para el ejercicio de profesión, oficio o cargo. Dicha regla tiene aplicación, entre otros, en los tipos relativos al delito de lesiones (152.3).

9. La imprudencia médica como imprudencia profesional es un *delito especial impropio*, esto es, de aquellos que requieren la constatación de determinadas características en el autor para afirmar la tipicidad del comportamiento (imprudencia profesional), que de no concurrir en el sujeto, obligaría a acudir a otro precepto, más genérico, para sancionarlo (imprudencia grave común).

10. La actividad médico sanitaria abarca a los médicos, personal sanitario como ATS, técnico podólogo, enfermero, etc. La imprudencia médica profesional solo podrá ser cometida por aquellos que se encuentren habilitados para el ejercicio de la medicina o de la profesión sanitaria de que se trate, conforme a la normativa aplicable a cada tipo de actividad profesional. Si el autor de un resultado lesivo, mediante la realización de actividades médicas, no contaba con el título académico necesario, cometerá un delito imprudente genérico, además de la imputación penal por un delito doloso de intrusismo.

11. La imprudencia médica supone la *infracción de una norma de cuidado*, concepto que abarca todas las posibles conductas capaces de crear un riesgo de lesión no permitido para un bien jurídico, en razón de la previsibilidad *ex ante* del resultado lesivo.

12. La *norma de cuidado* emana de los tipos penales de la parte especial (Art. 152.3; 142.3; 146 párrafo segundo; 158 párrafo segundo, etc.). Pero, para poder determinar si se ha infringido un *deber objetivo de cuidado* en el caso concreto, hay que determinar la *regla general de cuidado* aplicable al caso. Son reglas generales de cuidado, aquellas que permiten al juez fijar la concreta norma de conducta que debía respetar el médico o personal sanitario en las circunstancias del caso concreto, para cumplir con el *objetivo deber de cuidado*, de manera de verificar su cumplimiento, luego de compararla con el comportamiento efectivamente realizado por el sujeto. Las reglas generales de cuidado pueden provenir de un reglamento o de los usos sociales existentes en ámbitos del tráfico exentos de reglamentación.

13. El *cuidado objetivo*, determinable en atención a las circunstancias concurrentes y a los conocimientos y capacidades del autor concreto, puede consistir en actuar de una forma determinada, en adquirir unos conocimientos previos o en actualizar los ya existentes, o bien en no actuar cuando no se cuenta con dichos conocimientos o con la

capacidad exigida por el cuidado debido. La infracción de la norma de cuidado, el deber objetivo y el deber subjetivo de cuidado se encuentran íntimamente relacionados.

14. Las *reglas generales de cuidado* pueden provenir de ámbitos de la vida social regulados por el ordenamiento jurídico, caso en el que su determinación es menos dificultosa y en donde la actividad peligrosa se encuentra regulada mediante preceptos extrapenales que contemplan las *reglas generales de cuidado* que deben respetarse en cada sector para minimizar los riesgos que le son inherentes. También pueden provenir de actividades, con normas más o menos formalizadas, pero no jurídicamente reguladas, como sucede con las *reglamentaciones* creadas por asociaciones o consorcios para ordenar determinadas actividades. En el terreno médico, las normas que conforman el contenido propio de la *lex artis*, son las reglas de carácter técnico que rigen la profesión y que sirven para determinar el cuidado exigible en la actividad sanitaria.

15. La *lex artis médica* es aquella suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos, que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico-sanitaria. El concepto de la *lex artis médica* es necesariamente un tanto ambiguo, eminentemente dinámico y sometido a un constante proceso de evolución y cambio. No es posible establecer legalmente *reglas generales de cuidado* que determinen estándares objetivos de cuidado en la actividad médico quirúrgica, por el continuo desarrollo científico que impide mantener su vigencia, de modo que cualquier norma jurídica quedaría rápidamente obsoleta y porque sería necesario una enciclopedia que no podría contemplar todos los supuestos, por lo que es imposible condensar los conocimientos médicos en preceptos legales. Además, las circunstancias que influyen en la determinación del deber objetivo de cuidado en cada caso concreto son innumerables. El ordenamiento debe confiar en los estándares técnicos o en la opinión mayoritaria de los especialistas del ramo. Dichas reglas se aceptan para casos similares, pero han de ajustarse a las circunstancias especiales del caso concreto, valoradas *ex ante* y que, en buena medida, dependen del juicio que realicen los peritos.

16. Sin embargo, en la actualidad hay una progresiva protocolización de los procedimientos de médicos y del personal sanitario, con el fin de fijar directrices o recomendaciones que un grupo de expertos o especialistas establecen para orientar la labor profesional, para mejorar la calidad y eficacia de la *praxis* médica y de la actuación sanitaria, pero no puede afirmarse que el cumplimiento de protocolos excluya la infracción de deberes jurídico-penales de conducta ni la sanción penal por imprudencia, ya que al momento de analizar los hechos el documento aportado a la causa puede estar obsoleto. Sin embargo, la infracción de un protocolo puede constituir un *indicio* de la infracción de un deber objetivo de cuidado. La excepción a lo anterior, se da en el caso en que el tipo penal incorpore como elemento integrante de la conducta delictiva la vulneración de normas administrativas (leyes penales en blanco). En tal caso, la adecuación al estándar administrativo tiene un efecto de bloqueo de la tipicidad, porque se confiere a la Administración, la facultad de establecer espacios de riesgo jurídico-penalmente permitidos, omitiendo el dictado de la correspondiente regulación.

17. En todo caso las reglas de la *lex artis* deben ser interpretadas con flexibilidad, admitiendo una terapia heterodoxa o *medicinas alternativas* siempre que *no sobrepase la regla de la proporcionalidad* de forma que, aunque no se trate del tratamiento tradicionalmente indicado, sea un *tratamiento razonable* tanto en sus *motivos* como en su *ejecución*. Así, en virtud del derecho del paciente a la *libertad de terapia*, éste puede elegir con libertad y con toda la información necesaria, entre las terapias disponibles, con las solas limitaciones que afectan al bien general.

18. En cada actuación médica influyen muchas circunstancias que deben considerarse para determinar la *lex artis* aplicable, por lo que se sostiene que existe *para cada acto, una ley*, o una *lex artis ad hoc*, es decir, un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico, confeccionado teniendo en cuenta las características especiales de la profesión, ya que la corrección del acto médico- sanitario, no es un concepto abstracto, sino concreto.

19. Entre las circunstancias para determinar la corrección de la actividad médica pueden mencionarse la patología a tratar, las características del paciente, condiciones económicas, sociales, culturales, religiosas, etc., condiciones del medio en el que va a ser atendido, posibilidades de éxito del tratamiento, complejidad y trascendencia vital del acto, influencia de factores endógenos, el grado de *especialización* que exige el acto médico en relación con los *conocimientos y capacidades especiales* del personal, etc.

20. Son *deberes mínimos* del médico para cumplir con las reglas de la *lex artis*, la obligación de perfeccionarse y de actualizar sus conocimientos, realizar pruebas para un mejor diagnóstico, observar la evolución del enfermo, prever los efectos secundarios o contraindicaciones de los fármacos que prescribe, estudiar las condiciones orgánicas del paciente, comunicarle con prudencia su diagnóstico en caso de enfermedades graves, remitirle a otros especialistas cuando el tratamiento lo aconseje, comunicar las instrucciones oportunas a sus colaboradores, o ponderar *los pros y contras* de la terapia que va a aconsejar al paciente; cumplir con la libertad de terapia y con el deber de información.

21. La determinación de la infracción del deber de cuidado, debe valorarse de acuerdo a un baremo individual, consistente en la *teoría de los poderes individuales*, conforme con la cual el ordenamiento exige más a quien posee una capacidad de rendimiento superior a la del participante habitual en el tráfico *jurídico*, de modo que si causa un resultado por no emplear sus especiales aptitudes, podrá ser castigado por imprudencia. Quien está por debajo de la capacidad de rendimiento medio, y a consecuencia de ello produce un resultado *típico*, no actúa antijurídicamente; pero, si su capacidad era suficiente para advertir su propia incapacidad, su provocación culpable por emprendimiento o asunción conduciría a la punición por imprudencia.

22. El tipo de injusto del delito imprudente incluye la infracción de la *norma de cuidado*, cuyo concreto contenido supone a su vez la infracción de una *regla general de cuidado* que impone un *deber de cuidado objetivo*, determinable en cada caso en concreto. Luego hay que dilucidar si fue infringido el *deber objetivo de cuidado* por el sujeto obligado a cumplirla. Así, el comportamiento del cirujano a menudo deberá guiarse por las pautas prefijadas en el terreno profesional para llevar a cabo una delicada y riesgosa operación, en cambio, la *regla general de cuidado* obligará al médico inexperto a abstenerse de intervenir en éste ámbito de riesgo por no contar con la preparación adecuada para ello.

23. El error en el diagnóstico no conduce a responsabilidad penal, salvo que se trate de un error inexcusable, pero no si se mantiene dentro de lo tolerable. Según el art. 14 del CPes, el error excusable no da lugar a responsabilidad, en cambio el error vencible, es susceptible de generarla, cuando está prevista en la ley (art. 12 del CPes), como sucede con los delitos contra la salud individual. Es posible hacer responsable al médico por errores vencibles en el diagnóstico, ya sea que ello se traduzca en el no diagnóstico de la enfermedad, lo que alterada su salud física, como cuando se diagnostica una enfermedad que el paciente no padece, lo que daña su salud psíquica.

24. La responsabilidad penal en el diagnóstico podría derivarse de situaciones tales como: a) cuando el médico adopta las medidas terapéuticas sin haber determinado previamente el diagnóstico; b) cuando se establece el diagnóstico sin haber visto ni examinado al paciente; c) si para la emisión del diagnóstico no se ha servido, siendo posible, de todos los instrumentos y aparatos que suelen ser utilizados en la práctica profesional; d) cuando habiendo practicado todas las exploraciones y análisis precisos, los resultados de los mismos no son tenidos en cuenta o no son suficientemente valorados en el momento de la emisión del diagnóstico.

25. Desde el punto de vista subjetivo, es necesario que ese peligro sea cognoscible por el sujeto. Si el resultado era *ex ante previsible individualmente*, a partir de la conducta realizada, surge el deber de obrar con la diligencia suficiente para evitar que el riesgo degenera en daño. El deber subjetivo delimita el contenido del deber objetivo de cuidado, al mismo tiempo que no puede determinarse el deber subjetivo de cuidado sin atender al peligro objetivo concurrente. Esta interrelación implica la necesidad de acudir a un concepto de *previsibilidad individual* y, por tanto, a una valoración normativa, objetiva-subjetiva, es decir, individual. La concreción del cuidado exigible a alguien que se halla inmerso en una situación determinada, solo puede lograrse definiendo con carácter previo el espectro de consecuencias previsibles de la conducta u omisión realizadas.

26. El resultado no será imputable a imprudencia, cuando acaece de manera *imprevisible*, pero dado los habituales riesgos de la praxis médico-sanitaria, son múltiples las conductas que, pese a que su realización haga previsible la producción de un resultado lesivo, no constituyen infracción del deber objetivo de cuidado, sino que, en una ponderación global de costes y beneficios, se hallan amparadas por la referida figura del *riesgo permitido*, toda vez que la obligación del médico es de medios. Cuanto más aprecie la sociedad la utilidad de la médico-sanitaria y más necesaria sea la realización del acto médico, mayores serán los riesgos que se estarán dispuestos a aceptar. Los niveles de permisividad de un riesgo dependen del avance tecnológico y el estado de la ciencia. El concepto de riesgo permitido sirve para valorar si ha existido una infracción al deber de cuidado.

27. Verificado el vínculo de causalidad resulta necesario comprobar el presupuesto de imputación, para continuar con la prueba de la relación de riesgo. En virtud de la imputación objetiva, será preciso establecer si la infracción de la norma general de cuidado, ha generado un riesgo no permitido y, si el resultado supone la concreción del mismo. Es importante comenzar por el examen del desvalor de acto, representado por la *infracción de la norma de cuidado*, constitutiva de la imprudencia, cuestión que debe valorarse *ex ante*, en base al comportamiento y no por el resultado como lo suele hacer la jurisprudencia.

28. En los *casos de incidencia de la actividad médica en una lesión previa*, se propone como criterio general de análisis, atender a si la conducta médica desplaza o no el peligro creado por el autor del comportamiento lesivo inicial, o no evita su realización. Para determinar si el resultado final puede o no ser imputado a la conducta lesiva inicial, habrá que comprobar si las posteriores condiciones que influyen en el resultado (la imprudencia médica) pueden contemplarse como una *unidad de sentido* respecto a la primera conducta tomando por base tanto las circunstancias objetivamente concurrentes como los especiales conocimientos del autor.

29. En *casos de producción tardía de otros resultados* derivados de la negligencia médica, hay que tener presente que el vínculo de causalidad no se puede extender al

infinito, razón por la cual, habrá de tener en consideración los criterios de imputación objetiva de manera que se compruebe de manera adecuada, tanto el presupuesto de imputación como la relación de riesgos, de manera que tanto el autor del hecho, como el médico respecto de su acto negligente, respondan efectivamente por las consecuencias propias de su conducta típica y no más allá, toda vez que las consecuencias tardías pueden ser imprevisibles e incontrolables y por tanto, no imputables penalmente.

30. La clasificación de la imprudencia y el principio de confianza ya fueron debidamente tratados en capítulos anteriores y a esas conclusiones me remito.

Capítulo VIII

Modalidades específicas de lesiones

B. Lesiones deportivas

Sumario: I. Introducción.— II. Las lesiones deportivas.— 1. Teorías que sobre la atipicidad de las lesiones deportivas.— 1.1. Teoría del fin reconocido por el Estado.— 1.2. Teoría de las normas de cultura.— 1.3. Teoría consuetudinaria.— 1.4. Teoría del caso fortuito.— 1.5. Teoría del consentimiento.— 1.6. Teoría del riesgo permitido.— 1.7. Teoría de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho u oficio.— 1.8. Teoría de la adecuación social.— 1.9. Toma de posición. 2. Clasificación de los deportes y criterios aplicables. — III. Conclusiones.

I. Introducción

La voz *deporte* viene de “estar *de portu*” y proviene del lenguaje gremial de los marineros del Mediterráneo, para aludir al momento de la conversación y del juego *en el puerto*²⁶¹⁰. Luego, entre los trovadores provenzales aparece ya la palabra *deports*, referida al entretenimiento de la conversación y la poesía, mientras que la voz *solatz* se entendía como el ejercicio del cuerpo, propio de actividades como la caza, cañas, justas, anillos y danzas²⁶¹¹. Finalmente, en un sentido más cercano al utilizado hoy en día, se usa el término *deporte* referido a la caza²⁶¹².

En la actualidad, el deporte se ha profesionalizado a tal punto que podemos hablar de la existencia de una industria del deporte, en la cual se transan grandes sumas de dinero e intereses económicos, con lo cual la relación entre el Derecho y el deporte ha evolucionado a pasos acrecentados. Ello ha traído aparejado que a la discusión en torno a la aplicación de los tipos clásicos, entre los cuales se cuentan los delitos de homicidio, lesiones, injurias²⁶¹³, falsedades, delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico y contra la hacienda pública, surjan nuevos tipos penales. Así, en el año 2003, la ocurrencia de diferentes altercados producidos en espectáculos deportivos provocó la modificación del CP con la incorporación al texto punitivo de dos tipos agravados de desórdenes públicos en el art. 557. En el año 2006, la búsqueda fraudulenta de un mejor rendimiento deportivo motivó la creación del art. 361 bis, dedicado a sancionar el dopaje deportivo. En el año 2009, para combatir el mayor peligro al que se enfrenta en la actualidad el deporte, el Proyecto de reforma del CP aprobado por el Gobierno incorporó al texto punitivo, entre los delitos contra la corrupción entre particulares, la corrupción en el ámbito de las competiciones deportivas, art. 286 bis apartado 4º, dedicado a sancionar las conductas más graves de corrupción y fraude en el deporte. Lo anterior, permite afirmar la existencia de una disciplina especializada en materia penal deportiva, consistente en el DP del deporte²⁶¹⁴.

Evidentemente el análisis de cada uno de estos temas superaría con creces los objetivos de esta investigación, razón por la cual nos limitaremos a desarrollar

²⁶¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 778.

²⁶¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 778.

²⁶¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 778.

²⁶¹³ ESER, “Lesiones deportivas y DP”, en *LL*, nº 2499, 1990, p. 1132.

²⁶¹⁴ Al respecto ver ampliamente VICENTE MARTÍNEZ, *DP del deporte*, Barcelona, 2010 y VALLS PRIETO, “La intervención del DP en el actividad deportiva”, en *RECPC*, documento disponible en internet, página www.criminet.urg.es.

brevemente los problemas particulares que respecto del delito de lesiones se producen en el ámbito del deporte.

II. Las lesiones deportivas

1. Teorías que sobre la atipicidad de las lesiones deportivas

1.1. Teoría del fin reconocido por el Estado

Corresponde a la postura más tradicional sostenida por Lizst, Garraud o Peco y en España por Jiménez de Asúa²⁶¹⁵, quienes sostienen que las lesiones deportivas son impunes porque se trata de una actividad lícita y oficial, tal como las consecuencias que de ella emanen²⁶¹⁶, toda vez que interesa prevalentemente al Estado y a la sociedad en general el mejoramiento de la salud y vigor de la raza humana²⁶¹⁷. Garraud, por su parte, pasando revista a la legislación francesa sobre deportes, sostiene que los juegos violentos están admitidos como hechos lícitos y que no pueden ser punibles las lesiones resultantes, siempre que se hayan respetado las reglas esenciales del juego, que no se pueda reprochar imprudencia ni negligencia alguna, y que exista consentimiento válido de sufrir eventualmente los riesgos del deporte por parte del que padece las consecuencias lesivas²⁶¹⁸. Sin embargo Quintano objeta a esta teoría, señalando que el argumento no ampararía a las competiciones privadas de toda espectacularidad, al margen de las formalidades administrativas, pero en las cuales puede darse y se da can idéntica problemática el delito de lesiones deportivas, susceptible asimismo de justificarse, por ejemplo, en competiciones a juegos privados²⁶¹⁹.

1.2. Teoría de las normas de cultura

La teoría de las normas, sostenida por Mayer, fue aplicada concretamente al problema que nos ocupa, por Majada Planelles, quien afirmaba que los juegos y luchas deportivas forman parte del acervo cultural de los pueblos civilizados modernos; están

²⁶¹⁵ Quien sostenía que: “En la mayor parte de los deportes el tipo está ausente, porque quien da un golpe permitido en el juego a quien con él compite en el fútbol o en el *rugby*, no puede decirse que comete el delito de lesión, porque no “golpea”, sino que *carga*. Si quisiéramos profundizar en la antijuridicidad y en la justificación, alegraríamos no sólo la realización de actos conducentes a un fin reconocido por el Estado, ya que el deporte se halla permitido por las autoridades y las leyes -se cobran impuestos en el espectáculo, se mantiene el orden entre los espectadores, etc., etc.-, sino que nos basaríamos sobre todo en la valuación de los bienes. El deporte se admite y reglamenta porque persigue un objetivo salúfero y de belleza corporal, superior a las meras violencias y golpes (ni la muerte ni las heridas graves son contenido del juego). Las miras de mejorar la salud y el vigor de la raza humana, es lo que recubre con la protección de una justificante las violencias y leves lesiones originadas en los deportes. Enraizada esta eximente en ese fin genérico de índole salúfera, no hay para qué ensayar distingos, gratos a los ingleses y norteamericanos, sobre la naturaleza profesional o aficionada de los jugadores. Todo género de deportes violentos queda, pues, incluido en ese objetivo sanitario e higiénico. Sólo se exigirá como particular requisito, que se hayan respetado las reglas fundamentales del juego, instituidas con un espíritu de prudencia, tendientes a disminuir el nesgo en la lucha, y con el designio plausible de exaltar la lealtad y eliminar la, perfidia (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, pp. 789-790).

²⁶¹⁶ GARCÍA VALDÉS, “Responsabilidad por lesiones deportivas”, en *ADPCP*, 1993, p. 974.

²⁶¹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, pp. 788.

²⁶¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, pp. 786-787.

²⁶¹⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 789.

englobados en ese concepto, aunque un poco vago, de claridad evidente, de la norma de cultura²⁶²⁰. El deporte y sus riesgos son reconocidos socialmente por el Estado y, en consecuencia, su ejercicio y, aun sus resultados dañosos, en cualquier caso, no serían antijurídicos, sin necesidad de descender a la esfera de la culpabilidad efectos, de resolver la cuestión²⁶²¹.

1.3. Teoría consuetudinaria

Antón Oneca, sostenía la *costumbre* legitimadora de todo acto lesivo en los deportes, tesis que sustentan en Italia por Maggiore, Stevenson, en Brasil, quien señalaba que en estos casos la costumbre complementaba a la ley escrita, a la que añadía, además, los *principios generales del Derecho*. Sin embargo, Quintano Ripollés criticaba esta teoría porque malamente se podría invocar en estos casos la costumbre, cuando la mayor parte de los deportes son más bien modernos²⁶²².

1.4. Teoría del caso fortuito

Sostenida por Cuello Calón, la teoría del caso fortuito se basa en el antiguo art. 8.8 del CPes, acorde con el cual: “El que en ocasión de ejecutar una acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo”²⁶²³. A partir de ello, Cuello afirma que si el jugador obra con prudencia y respeta los reglamentos del juego, los hechos luctuosos, como heridas o muertes, se amparan en el caso fortuito; en la hipótesis contraria, sostiene que hay imprudencia, cuando no se pretende intencionalmente esos resultados o dolo si se pretende el resultado²⁶²⁴.

Sin embargo, esta teoría pugna abiertamente con la voluntad netamente agresiva y dañosa de determinados deportes violentos, tales como el rugby, el *catch*, el judo y, sobre todo, el boxeo, en los cuales hay un propósito concreto y específico de dañar al contrincante, siendo la finalidad del último de los mencionados dejarlo fuera de combate, en vista de lo cual resulta una verdadera ironía decir que el boxeador que golpea con toda la fuerza de sus puños lesiona al vencido por mero accidente²⁶²⁵.

1.5. Teoría del consentimiento como causal de justificación

A la teoría del consentimiento como causa de justificación adhiere Bajo Fernández, para quien el consentimiento justifica las lesiones deportivas, siempre que se hayan respetado las reglas del juego²⁶²⁶. Sin embargo, me parece que se trata de una

²⁶²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 787.

²⁶²¹ GARCÍA VALDÉS, “Responsabilidad por lesiones deportivas”, op. cit., p. 974.

²⁶²² QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 788 y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 786.

²⁶²³ VENTAS SASTRE, “Las lesiones en la práctica deportiva: casuística y eventual trascendencia penal”, en *CPC*, 2007, p. 73 y GARCÍA VALDÉS, “Responsabilidad por lesiones deportivas”, op. cit., p. 974.

²⁶²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 784.

²⁶²⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 784.

²⁶²⁶ VENTAS SASTRE, “Las lesiones en la práctica deportiva: casuística y eventual trascendencia penal”, op. cit., p. 73 y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 786.

cuestión que puede resolverse en el ámbito de la tipicidad²⁶²⁷. Así por ejemplo, no parece razonable estimar que el boxeador realiza una conducta típica de lesiones cuando da un golpe de KO a otro, de manera que haya que recurrir a las causales de justificación para sostener que el hecho no es antijurídico, toda vez que se trata de una actividad, que aunque violenta y altamente riesgosa, toda vez que consiste precisamente en agredirse con golpes de puño y en intentar dejar en situación de inconsciencia al rival (KO), está permitida por el ordenamiento jurídico y se encuentra reglamentada y aceptada socialmente.

1.6. Teoría del consentimiento en el riesgo permitido como causal de atipicidad

Berdugo sostiene que el deportista acepta el riesgo de una eventual lesión y por lo tanto, sostiene que su comportamiento es irrelevante para el DP, porque concurre el consentimiento del eventual lesionado, sobre una conducta arriesgada pero cuidadosa, ya que si el consentimiento no existiera y el resultado fuera objetivamente imputable a la acción del sujeto, estaríamos ante lesiones relevantes. Berdugo sostiene, que al contenido de la conducta arriesgada consentida hace referencia la adecuación social o el riesgo permitido, pero para fundamentar su irrelevancia penal es, a su juicio, condición previa e ineludible²⁶²⁸. Queralt, por su parte, hace presente que cuando una persona otorga de manera libre y voluntaria su consentimiento, lo hace para participar en una actividad deportiva, de la cual emanan ciertos riesgos de lesión, por lo tanto, no se trata de que consienta en una intencionada²⁶²⁹. García Valdés sostiene que el fundamento de la exculpación es complejo, debiendo elaborarse desde la exigencia de la *lex artis* deportiva y la teoría del riesgo permitido, criterio similar al utilizado por la jurisprudencia. Así, conforme a esta tesis, si el reglamento ha sido respetado por los participantes en el juego o competición y, con arreglo al mismo, no se comete infracción alguna, no cabe hablar de conducta penalmente ilícita, aunque las consecuencias de la acción puedan ser de la máxima gravedad (piénsese en la muerte, pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal en el deporte del boxeo).

1.7. Teoría de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho u oficio

Quintano Ripollés, se inclina por la circunstancia justificante del ejercicio legítimo de un oficio o derecho, extendiendo su ámbito de aplicación no sólo a los deportistas profesionales, sino también a los aficionados, pues si para aquellos es un oficio, para estos es un derecho, cuyo ejercicio legítimo se encuentra también amparado por la Ley²⁶³⁰. Rodríguez Devesa, se decanta también por la teoría del ejercicio legítimo de un derecho, señalando que la lesión inherente a la práctica de un deporte está legitimada por el consentimiento en el riesgo o por la autorización administrativa que permite el espectáculo²⁶³¹. En opinión de Cerezo Mir, el fundamento se encuentra en el ejercicio legítimo de un derecho cuando el deportista ha observado el cuidado

²⁶²⁷ Ya WELZEL, creador de la teoría de la *adecuación social*, sostenía que: “Como ámbito de las formas de conducta de normal libertad social de acción, se diferencia la adecuación social de las causas de justificación, porque éstas conceden también una libertad de acción, pero de naturaleza especial, a saber, un permiso especial, que autoriza la realización de acciones típicas, es decir, socialmente inadecuadas” (WELZEL, *DP alemán*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 68).

²⁶²⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit., p. 83.

²⁶²⁹ QUERALT JIMÉNEZ, *Manual de DP español*, op. cit., p. 102.

²⁶³⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, p. 789.

²⁶³¹ RODRÍGUEZ DEVESA, *DP español, PG*, Editorial Dykinson, Madrid, 1994 pp. 513-514.

objetivamente debido (el cual, a su juicio, coincidirá con lo dispuesto en el reglamento) y ha actuado con el ánimo o voluntad de ejercer el derecho a la práctica del deporte (en el caso del deportista aficionado) o la profesión (en el caso del deportista profesional). De lo contrario, afirma que habrá lesiones dolosas o imprudentes según sea el caso²⁶³². Sin embargo, esta teoría ha sido criticada porque el ejercicio legítimo de una profesión o de un derecho, por ejemplo, no son aplicables cuando las lesiones se producen con incumplimiento de las reglas del juego^{2633/2634/2635}.

1.8. Teoría de la adecuación social

En opinión de Muñoz Conde, un caso especial dentro de la *autopuesta en peligro* lo constituyen las *lesiones ocasionadas en las prácticas deportivas*, en las cuales, además del *consentimiento libre y válido* del que resulta lesionado respecto al riesgo de lesión, se requiere que el causante de la lesión se atenga a las normas reglamentarias o, caso de que no existan o sean poco claras, a criterios de *adecuación social*²⁶³⁶. El consentimiento, tácito o expreso, a prácticas antirreglamentarias, realizadas y asumidas por ambas partes, sólo puede eliminar la relevancia penal en la medida en que se refiera al peligro propio y no ponga en peligro a los demás²⁶³⁷.

1.9. Toma de posición

Si bien la *teoría del riesgo* asumido es la más utilizada por la jurisprudencia, teniendo presente las características particulares del ámbito en el que nos encontramos, no parece ser adecuado sostener la existencia de un solo criterio de solución que excluya

²⁶³² CERESO MIR, *Obras completas*, op. cit., T. I, pp. 751-753.

²⁶³³ GONZÁLEZ RUS, “*Las lesiones*”, op. cit., p. 146.

²⁶³⁴ En tal sentido, Mir Puig sostiene que si efectivamente el art. 20, 7 del CPes bastase para la correcta solución de los casos que intenta resolver la teoría de la adecuación social, ésta perdería su sentido, sin embargo, no siempre que se realiza una conducta *socialmente adecuada* que en absoluto determina reprobación social puede afirmarse el ejercicio de un derecho, ni menos el cumplimiento de un deber, toda vez que, ya resulta forzado afirmar la presencia de un *derecho* en los casos en que el sujeto no se halla en situación jurídica concreta alguna que le otorgue un específico derecho subjetivo, e identificar, así, el *ejercicio de un derecho* con la *actuación lícita o no prohibida*, pero, sobre todo, no siempre puede decirse que la conducta adecuada socialmente se halle permitida por el Derecho, lo que en particular sucederá siempre que falte a la conducta algún requisito de licitud concomitante y tal falta no aumente su normal peligrosidad, como sucedería en el caso de la conducción de vehículos perfectamente ajustada al riesgo permitido en el tráfico por quien carece de permiso de conducción pero sabe conducir correctamente, en donde concurrirá la responsabilidad inherente a la ilicitud concomitante, pero sería absurdo añadir la responsabilidad penal por el resultado causado (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 522-523).

²⁶³⁵ En tal sentido, PAREDES CASTAÑÓN, “Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales”, en *ADPCP*, 1990, op. cit., p. 636.

²⁶³⁶ La teoría de la adecuación social fue originariamente desarrollada por Welzel y su idea básica es que aquellas acciones que se *mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad*, y que por tanto son *socialmente adecuadas*, no pueden encajar nunca en un tipo, aunque según su tenor literal se las pudiera subsumir en el mismo. Así p.ej. las lesiones y las muertes producidas en el funcionamiento regular de ferrocarriles, minas, fábricas, etc., debido a su adecuación social no encajarán de antemano en el tipo de los §§ 212 y 223 ss.; la entrega al cartero del pequeño regalo usual en año nuevo, debido a su aprobación general, no se considerará cohecho conforme al § 331, y así sucesivamente. Inicialmente esta posición se fundamentó con el (certero) razonamiento de que *el tipo es la tipificación del injusto penal* y que por ello nunca puede describir acciones socialmente adecuadas (ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 293).

²⁶³⁷ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 126-129.

a los demás y que pueda resolver por sí solo todos los casos. En la especie nos encontramos ante una actividad como el deporte, que procura promover hábitos que favorecen la salud de las personas y valores tales como la integración social, la solidaridad y el trabajo en equipo, en el caso de los deportes colectivos, etc., lo que incluso le ha valido ser reconocida constitucionalmente como un derecho de los ciudadanos. Sin embargo, como toda actividad de la vida moderna, el deporte supone riesgos para la salud e incluso para la vida, lo cual supone ya un conflicto a resolver. De otra parte, hay que considerar que el deporte es una actividad compleja que agrupa una inmensa cantidad de disciplinas, cada una con sus propias reglas, características y sobre todo, con distintos niveles de riesgos para la salud individual, por lo que la solución no dependerá de un solo criterio específico, sino de las características de la disciplina de que se trate y sobre todo de las circunstancias del caso concreto en las cuales se desarrolle la actividad, así como de la modalidad de la agresión o el cumplimiento o incumplimiento de las reglas del juego, por lo que en algunas veces habrá que acudir al criterio del consentimiento, en otras a la adecuación social, en otras situaciones deberá primar el criterio del riesgo permitido^{2638/2639}.

2. Clasificación de los deportes y criterios aplicables

Una buena forma de realizar un esfuerzo sistematizador, consiste en tratar las lesiones deportivas en atención a las características particulares de cada actividad. Para ello, recurriremos a las clasificaciones que ha aportado la doctrina.

De gran utilidad me parece aquella clasificación que tiende a agrupar a los deportes en atención al grado de violencia y, por lo tanto, de peligro para la salud individual, que tales deportes suponen²⁶⁴⁰.

En tal sentido podemos distinguir, aquellos deportes que *no suponen una lucha directa contra el adversario*, tales como el ciclismo, el atletismo (la maratón, el lanzamiento del martillo o discos etc.), los cuales no implican la posibilidad normal de lesiones o de golpes entre los competidores, aun cuando ello no se pueda descartar.

Otras disciplinas pese a *involucrar una lucha con un rival, se caracterizan por el uso de la destreza y la exclusión del uso de la violencia*, como sucede con el esgrima, el tenis, etc., en los cuales, sólo por un accidente desgraciado, puede acaecer un resultado lesivo para la salud de los jugadores.

Existen actividades deportivas que se caracterizan justamente por estar orientadas a causar lesiones, como sucede, por ejemplo, en el caso del boxeo, del

²⁶³⁸ De acuerdo con esta opinión se manifiesta VENTAS SASTRE, “Las lesiones en la práctica deportiva: casuística y eventual trascendencia penal”, op. cit., p. 74; ESER, “Lesiones deportivas y DP”, op. cit., p. 1135 y PAREDES CASTAÑÓN, “Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales”, op. cit., pp. 641-642.

²⁶³⁹ También se decanta por una opción múltiple González Rus, quien sostiene que en las lesiones (o la muerte) producida como consecuencia del deporte, las múltiples hipótesis que pueden plantearse, variables con la forma del deporte, la modalidad de agresión, el incumplimiento o no y en qué grado de las reglas del juego, la gravedad del resultado producido, etc., hacen insuficientes las soluciones basadas en un único criterio excluyente y por ello, se impone una visión múltiple que hará aplicable, según los casos, unas veces directamente el consentimiento, otras la *adecuación social*, el *riesgo permitido* o el ejercicio legítimo de un derecho o de una profesión (GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 146).

²⁶⁴⁰ Tal criterio era utilizado por Quintano Ripollés (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, op. cit., T. I, V. I, pp. 783-791), por Jiménez de Asúa (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, pp. 776-795) y por Paredes Castañón, (PAREDES CASTAÑÓN, “Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales”, op. cit., p. 639).

Karate, etc. Aquí se plantean sobre todo problemas respecto al consentimiento²⁶⁴¹, ya que, quien acepta participar en un juego peligroso, actúa en riesgo propio y consiente por ello de lesiones que de allí puedan surgir²⁶⁴².

Otras actividades deportivas que se caracterizan por una lucha entre contrarios, en los cuales los ataques corporales no son el objetivo primordial del juego, pero resultan inevitables en una lucha cuerpo a cuerpo, razón por la cual, los golpes y heridas aparecen como una consecuencia normal de sus reglas y métodos²⁶⁴³. Así sucede, por ejemplo, con aquellos deportes en equipo que se desarrollan en torno a una pelota, como el balonmano, el baloncesto, el *rugby* y el fútbol, en los cuales es una característica de la esencia la existencia de contacto físico y, por lo tanto, la eventualidad de un accidente es tan normal que todo aquel que lo acepta lo sabe, de manera que los reglamentos se ocupan con frecuencia del caso en que un jugador quede herido y contemplan la posibilidad de reemplazarlos a fin de impedir que el juego se interrumpa²⁶⁴⁴, cuando se trata de deportes colectivos llevados a cabo de manera profesional o amateur federada.

Tomemos como objeto de análisis la práctica del fútbol, dada su actual importancia social. Si en la final de un campeonato profesional, un jugador de fútbol se escapa sólo en demanda del arco contrario, en una jugada que lo más probable termine en gol y el defensa que lo persigue ve como única medida para evitar la conquista que le dará el campeonato al equipo contrario, lanzarle un tacle deslizante para derribarlo por detrás y lo consigue, lo más probable es que el árbitro cobre la falta, el defensa salga del campo expulsado por haber derribado al atacante por detrás en una jugada de juego brisco grave y por haber sido él mismo el último rival que se antepone al atacante (obviamente además del portero que esperaba en el arco) y, por último, que el atacante quede con alguna lesión que incluso podría ser de cierta consideración, sin embargo, el hecho únicamente sería sancionado administrativamente, pero no traerá consigo consecuencias penales, a pesar de tratarse de una conducta llevada a cabo de manera dolosa, toda vez que aunque la conducta fue claramente antirreglamentaria, si se enmarca en el contexto de una jugada propia del fútbol y de los roces que una actividad de contacto físico supone. Por lo tanto, todas aquellas teorías que afirman la atipicidad o la justificación de la conducta sólo en tanto con su conducta el jugador hubiere respetado las reglas del juego^{2645/2646}, deben ser rechazadas por no guardar

²⁶⁴¹ ESER, “Lesiones deportivas y DP”, op. cit., p. 1132.

²⁶⁴² ESER, “Lesiones deportivas y DP”, op. cit., p. 1133.

²⁶⁴³ ESER, “Lesiones deportivas y DP”, op. cit., p. 1132.

²⁶⁴⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, op. cit., T. IV, p. 779.

²⁶⁴⁵ En tal sentido, JESCHECK sostiene que en las lesiones que suelen suceder en muchas clases de deporte como el boxeo, rugby, hockey sobre hielo o fútbol, sólo surge la responsabilidad penal en caso de que concurra una infracción del deber objetivo de cuidado exigible, no, en cambio, si se observen cuidadosamente las reglas de juego (JESCHECK, *Tratado de DP, PG*, op. cit., pp. 268-269).

Del mismo modo, Serrano y Serrano, afirman que en las competiciones deportivas de riesgo como son el boxeo, fútbol, karate, etc., los contendientes han de respetar las reglas que regulan los mismos, aceptando el riesgo que se deriva de su práctica. Ello no supone prestar consentimiento para las lesiones que se puedan producir por quienes no respetando las referidas reglas. Las denominadas *reglas del juego* de cualquier deporte no eximen de responsabilidad criminal por las conductas dolosas o imprudentes que den lugar a un resultado lesivo. No obstante, en el deporte profesional no se suele recurrir a la vía penal, sino a una sanción disciplinaria pese a que hay obligación de denunciar las infracciones que puedan ser constitutivas de delitos o falta” (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., pp. 130-131).

²⁶⁴⁶ Eser incluso solo acepta la posibilidad de aplicar la adecuación social cuando se han respetado las reglas deportivas (ESER, “Lesiones deportivas y DP”, op. cit., p. 1135).

correspondencia alguna con lo que ocurre en la realidad²⁶⁴⁷. En efecto, ¿puede imaginarse un partido de fútbol normal *sin* faltas, *ni* lesión alguna provocada dolosa o imprudentemente, con infracción de reglamento?²⁶⁴⁸, cualquiera que haya practicado un deporte de contacto físico, de manera más o menos formal y habitual, sabe que esta clase de conductas no solo ocurren normalmente, sino que son, por todos los que se dedican a esta clase de actividades, aceptadas como propias del juego, evidentemente dentro de ciertos márgenes, bastantes difíciles de concretar. Además, dichas teorías no toman en cuenta, un aspecto también conocido por quienes practican asiduamente este tipo de actividades: la inmensa mayoría de las reglas (por no decir la casi totalidad), no están en sí dirigidas a garantizar niveles de seguridad, sino dedicadas a propósitos relacionados con la dinámica y con el desarrollo del juego²⁶⁴⁹. De acuerdo con ello, Feijóo Sánchez sostiene que se trata, normalmente, de normas que cumplen una finalidad en el juego, pero no tienen el fin inmediato de preservar la integridad de los deportistas²⁶⁵⁰. Sin embargo, discrepa de la opinión de Eser, para quien existen reglas que tienen como finalidad la protección del jugador (como en el fútbol la prohibición de poner una zancadilla o de saltar sobre otro empujando) y otras reglas que tienen como finalidad exclusivamente la regulación del desarrollo del juego o la garantía de la igualdad de condiciones entre los equipos (en el fútbol la prohibición de tocar la pelota con la mano o la pérdida intencionada de tiempo)²⁶⁵¹. En contra de esta posición, Feijóo sostiene que, incluso normas como las que prohíben poner zancadillas tienen sólo una finalidad de índole estrictamente deportiva, operando la protección de la integridad del deportista como *reflejo de protección* y no como finalidad de protección²⁶⁵².

A mi juicio, en los reglamentos deportivos no solo existen reglas que tienen por finalidad la regulación del desarrollo del juego o la garantía de la igualdad de condiciones entre los equipos (en el fútbol la prohibición de tocar la pelota con la mano o la pérdida intencional de tiempo), sino que además es posible distinguir normas que tutelen la salud individual del deportista. Así, por ejemplo, la regla que impide entrar por detrás al rival poniendo en peligro su salud individual, en una jugada de juego brusco grave, no solo tiene por finalidad impedir la no obstaculización del desarrollo del partido, sino que fue creada precisamente para evitar las lesiones derivadas de la alta peligrosidad de lesión que esta clase de conductas conllevan y con ello, tutelar la salud de los futbolistas²⁶⁵³, razón por la cual me parece correcta la clasificación planteada por Eser.

Volviendo a las teorías aquí criticadas, sostener que la conducta lesiva es atípica (o justificada) cuando la lesión se ha producido a pesar de haber respetado las normas del juego, no pasa de ser una obviedad, si se considera que se trata de actividades reconocidas constitucionalmente y muchas de ellas bastante reglamentadas. Dicho comentario no aporta nada al debate, si se considera que en dicha situación se estaría evidentemente obrando dentro de los límites del riesgo permitido y la lesión no sería más que fruto del azar.

²⁶⁴⁷ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación en DP*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pp. 171-172.

²⁶⁴⁸ En sentido similar, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación en DP*, op. cit., p. 172, nota N° 323.

²⁶⁴⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 286 y CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación en DP*, op. cit., p. 172, nota n° 323.

²⁶⁵⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 286, nota n° 852.

²⁶⁵¹ ESER, "Lesiones deportivas y DP", op. cit., p. 1136.

²⁶⁵² FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 286, nota n° 852.

²⁶⁵³ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., p. 286, nota n° 852.

El problema no radica esta clase de situaciones, claramente atípicas, sino en aquellas como las referidas en el ejemplo señalado más arriba, es decir, en aquellos en los cuales concurren conductas dolosas²⁶⁵⁴ o imprudentes²⁶⁵⁵.

Al respecto es bueno tener en cuenta que no toda conducta dolosa o imprudente es típica²⁶⁵⁶. En la vida social hay *actividades peligrosas o lesivas que por su utilidad social se consideran lícitas como ocurre en el caso de los deportes*, en los cuales la *adecuación social*, opera como criterio a nivel del *presupuesto de imputación*, excluyendo de la tipicidad, de comportamientos socialmente adecuados, a través de una interpretación teleológica que restringe el alcance literal de los tipos penales de la parte especial, teniendo por impunes, hechos que de otro modo, aparecerían como imprudentes o dolosos^{2657/2658}. Lo anterior tiene su fundamento en que en DP democrático, es necesario evitar posibles contradicciones entre las valoraciones jurídicas y las sociales²⁶⁵⁹. De esta manera, la adecuación social permite que las normas penales estén en consonancia con la evolución social, aun sin la intervención del legislador²⁶⁶⁰. Por lo tanto, deben permitirse comportamientos que, siendo útiles, no son directamente lesivos, sino sólo peligrosos y que de no concurrir este criterio, serían imputables a título de imprudencia²⁶⁶¹, de lo contrario el riesgo jurídico-penal del deportista sería inmenso, ya que aquí las infracciones levemente imprudentes de las reglas se producen frecuentemente²⁶⁶² y en la práctica, muchas disciplinas deportivas deberían desaparecer si se quisiera perseguir penalmente cada infracción levemente imprudente de las reglas que lleve a una lesión del adversario²⁶⁶³. En otros casos, incluso se permiten conductas dolosas, como ocurre en el boxeo, que consiste precisamente en agredir al rival y, en donde la actividad peligrosa socialmente

²⁶⁵⁴ Así, por ejemplo, Feijóo Sánchez junto con sostener que el interés de la actividad deportiva mezclado con la asunción de los riesgos de dicha actividad por parte de los perjudicados hacen que golpes, derribos o patadas que supondrían un injusto en otro contexto, en el ámbito deportivo se consideren una desdicha, agrega, a mi juicio erróneamente, que lo anterior es válido sólo mientras no se objetive claramente un comportamiento *doloso*, aun cuando, reconoce que no hace falta ser un caballero con el contrincante, afirma que el *dolo* descontextualiza la lesión deportiva, equiparándola a una lesión producida en cualquier otro ámbito de la vida. Por último, Feijóo señala que en la práctica, son relevantes para el DP todas aquellas acciones que no tienen más sentido que lesionar o mermar al contrario (FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., pp. 284-286).

²⁶⁵⁵ En tal sentido, y aludiendo a las lesiones imprudentes en el ámbito de los deportes con contacto físico como el fútbol, Roxin, acudiendo al criterio del riesgo permitido, afirma que: “Asimismo, la infracción de reglas de los deportes tampoco fundamenta sin más la imprudencia jurídico-penal, ni siquiera cuando éstas pretenden preservar la seguridad física de los jugadores. Pues en las especialidades deportivas con enfrentamiento, como el fútbol, son inevitables y se asumen las infracciones leves de las reglas resultantes de emplearse con dureza. Incluso cuando dan lugar a un *penalty* se mantienen aún jurídico-penalmente en el marco del riesgo permitido. Este sólo es rebasado cuando de modo contrario a las reglas se crea el peligro de lesiones serias.” (ROXIN, *DP, PG*, op. cit., p. 1004).

²⁶⁵⁶ MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. I. p. 277.

²⁶⁵⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 522 y MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. I. p. 280.

²⁶⁵⁸ Si bien considera que se trata de una idea equivocada, Paredes Castañón afirma que implícitamente los tribunales siguen esta idea, por tratarse de actividades que, incluso en sus manifestaciones anormales, no dejan de ser socialmente adecuadas y quedan, por lo tanto, fuera del campo del DP (PAREDES CASTAÑÓN, “Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales”, op. cit., p. 636).

²⁶⁵⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 522-523.

²⁶⁶⁰ MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. I. p. 280.

²⁶⁶¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 522.

²⁶⁶² MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. I. p. 279.

²⁶⁶³ MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. I. p. 282 y ESER, “Lesiones deportivas y DP”, op. cit., p. 1138.

adecuada, no dejará de estar permitida por el hecho de que se emprenda dolosamente²⁶⁶⁴.

Como dijimos más arriba, se trata de un problema de tipicidad y no de justificación, toda vez que conforme a la postura aquí asumida, el tipo cumple la función de seleccionar los *comportamientos penalmente relevantes por su especial gravedad, y debe, por lo tanto*, limitarse a describir lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos de cierta importancia tanto por el valor del bien lesionado o por la proximidad de su puesta en peligro, como por la forma en que se efectúan^{2665/2666}. Ya sea por su escasa gravedad o por la valoración social del contexto en que se producen, las actividades socialmente adecuadas, como el deporte, *no realizan ningún tipo*²⁶⁶⁷. Así, el fútbol conlleva ciertos peligros para determinados bienes jurídico-penales, que sin embargo, se consideran socialmente adecuados por el contexto en que se producen. Dependiendo de las circunstancias, puede jugar algún papel básico el consentimiento de la víctima en participar en el juego^{2668/2669}, como sucede en el ejemplo propuesto en el capítulo VI, sobre el tipo subjetivo, en el acápite sobre relación o vínculo de causalidad y de imputación objetiva, en el cual miembros de la policía obligan a muchachos de un hogar de acogida a jugar un partido de fútbol, al término del cual, los menores terminan todos golpeados y lesionados. En este caso no se puede, siquiera afirmar que los menores hayan podido consentir válida, libre y voluntariamente en poner en riesgo su salud individual, ante personas adultas y físicamente desarrolladas y entrenadas, como ocurre en el caso de los policías. Sin embargo, en los deportes federados y profesionales, el futbolista si bien consiente en realizar una actividad riesgosa, en principio no debería sufrir ningún tipo de lesiones, de hecho lo más probable sea que al entrar a la cancha confíe en que no sufrirá lesión alguna, por lo tanto, decir que de lesionarse, la lesión estaría justificada en virtud de un consentimiento presunto en la lesión, sería establecer una presunción artificial que solamente podría ser tomada en cuenta en deportes manifiestamente peligrosos como el boxeo²⁶⁷⁰, el cual implica una serie de malos tratos intencionales y lesiones dolosas (aunque sea con dolo eventual), sin embargo, en estos casos, a pesar de la gravedad material que la actividad implica, su significado social impide que reciban una suficiente desvaloración social²⁶⁷¹.

²⁶⁶⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 522.

²⁶⁶⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 523-524.

²⁶⁶⁶ Desde una visión finalista, Maurach y Zipf, sostienen que: “La adecuación social no pueden ser concebidas como causales de justificación. La conformidad con el Derecho y la adecuación social representan una conducta genéricamente correcta y, por lo tanto, contienen un mandato genérico de comportamiento, representan un modelo de conducta. Las causales de justificación solamente permiten una conducta determinada con el fin de dar solución a una situación concreta de conflicto. De ahí se deduce la necesidad de una clara distinción entre la conformidad con el derecho y la adecuación social, por una parte, y las causales de justificación, por la otra, tanto con el objeto de definir correctamente ambos campos dentro del marco del ilícito de acción, como para lograr que la teoría de la antijuricidad no se confunda con fenómenos esencialmente diferentes a aquélla” (MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. I. p. 282).

²⁶⁶⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 524.

²⁶⁶⁸ ESER, “Lesiones deportivas y DP”, op. cit., p. 1131 y MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 524.

²⁶⁶⁹ Recuérdese, el ejemplo propuesto en el capítulo VI, sobre el tipo subjetivo, en el acápite sobre relación o vínculo de causalidad y de imputación objetiva, consistente en el caso en el cual miembros de la policía obligan a muchachos de un hogar de acogida a jugar un partido de fútbol, al término del cual, los menores terminan todos golpeados y lesionados, en donde no se puede, siquiera afirmar que los menores hayan podido consentir válida, libre y voluntariamente en poner en riesgo su salud individual, ante personas adultas y físicamente desarrolladas y entrenadas, como ocurre en el caso de los policías.

²⁶⁷⁰ ESER, “Lesiones deportivas y DP”, op. cit., p. 1134.

²⁶⁷¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 524.

Sin perjuicio de lo anterior, considerando que en la actividad deportiva, las relaciones interpersonales pueden afectar bienes fundamentales como la salud y la vida, no pueden quedar todos los supuestos en manos de meros mecanismos de autorregulación como el referido a las federaciones y a sus reglamentos²⁶⁷². En efecto, no procede hablar de atipicidad, respecto de lesiones intencionales de bienes jurídicos llevados a cabo bajo la apariencia de una supuesta adecuación social²⁶⁷³. Así, por ejemplo, no caben en este criterio, las agresiones que, aunque producidas durante el transcurso de un partido de fútbol, nada tienen que ver con el desarrollo mismo de la actividad. Un ejemplo de aquello, sería si ante la expulsión del campo de juego, en el ejemplo propuesto más arriba, el jugador le propinara un golpe de puño en el ojo al árbitro o a un jugador del equipo rival, quien quedara con lesiones graves a consecuencia del golpe (por ejemplo desprendimiento de retina). En estos casos tendremos una conducta típica y antijurídica constitutiva del delito de lesiones, a lo sumo, atenuada por la circunstancia minorante consignada en el art. 21. 3º, en el caso de que concurren los requisitos del caso²⁶⁷⁴.

Pasando a otra clase de supuesto, es posible sostener que no siempre es la adecuación social el criterio que permite solucionar todos los casos en los supuestos deportivos. En efecto, en la actualidad, podemos distinguir los llamados *deportes extremos o de aventura*²⁶⁷⁵, que son todos aquellos deportes que comportan además de la exigencia física y mental, una real o aparente peligrosidad por las condiciones difíciles o extremas en las que se practican. Así por ejemplo, en el excursionismo podemos mencionar disciplinas tales como la escalada en hielo, escalada en roca, el bungee, el snowboard, el descenso de un río etc. Esta clase de deportes se caracterizan por el alto nivel de riesgo inherente a la actividad, riesgo que se multiplica.

En esta clase de actividades, en las cuales el sujeto es informado previamente y de manera adecuada sobre los altos niveles de riesgos que comporta la actividad y pese a ello consiente en llevarla a cabo, asume el peligro que de la actividad se produzca en el caso concreto, razón por la cual de producirse el resultado lesivo para la salud individual o incluso la vida del afectado, estaríamos en presencia de un caso de *autopuesta en riesgo de la víctima*.

Otra clasificación de los deportes es aquella que los agrupa en aquellos que se realizan de manera individual como el ski y los que se llevan a cabo de manera colectiva como el fútbol²⁶⁷⁶.

Tomemos, ahora, como objeto de análisis el Ski, dada la masificación que ha alcanzado en los últimos tiempos.

²⁶⁷² ESER, “Lesiones deportivas y DP”, op. cit., p. 1130.

²⁶⁷³ MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, op. cit., T. I. p. 281.

²⁶⁷⁴ En el mismo sentido, ESER, “Lesiones deportivas y DP”, op. cit., pp. 1136-1137 y PAREDES CASTAÑÓN, “Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales”, op. cit., 636-637. Este último autor sostiene que en casos como estos no cabe hablar de conducta socialmente adecuada, sino que simplemente de conducta tolerada o indebidamente tolerada. Ante infracciones leves, sin embargo, admite la aplicación de la adecuación social.

²⁶⁷⁵ Cancio Meliá, habla de actividades deportivas regulares, por tratarse a su juicio de verdaderos deportes reconocidos y no actividades cuasideportivas como una carrera irregular de motocicletas (CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación en DP*, op. cit., p. 172, nota nº 321). Sin embargo, hay que recordar que muchos deportes de nuevo cuyo, hoy en día reconocidos, han partido en la forma señalada por Cancio Meliá.

²⁶⁷⁶ Esta clasificación es la utilizada por Venta Sastre, en su artículo, “Las lesiones en la práctica deportiva: Casuística y eventual trascendencia penal”, ya citado en esta investigación.

La normativa de la Federación Internacional de Esquí (FIS) pone de relieve el riesgo que comporta este deporte y la necesidad de practicarlo de forma controlada, adaptando la velocidad a la habilidad personal y a las condiciones generales del terreno, nieve y tiempo, así como a la densidad del tráfico en las pistas, pudiendo responder civil o penalmente quien provoque un accidente por haber infringido estas normas^{2677/2678}. Tal como sucede en el caso de los deportes extremos o tal vez, con un poco menor grado de intensidad, en deportes como el esquí el riesgo típico se intensifica, siendo asumido por el esquiador de un modo libre y consciente; de ahí que sea difícil encontrar sentencias condenatorias²⁶⁷⁹.

Pese a que tanto la jurisprudencia civil como la penal, ha acudido a la *teoría del riesgo asumido* para justificar la impunidad de las lesiones, e incluso fallecimientos, causados por la práctica del esquí²⁶⁸⁰, si consideramos que este deporte se realiza en un medio particularmente hostil y el particular grado de riesgo al que se expone el esquiador, debería aplicarse, como en el caso de los deportes aventura de riesgo unilateral la teoría de la *autopuesta en peligro de la víctima* como fundamento de la impunidad de las lesiones que haya sufrido el propio deportista a consecuencia de su insensata práctica, debiendo ser el esquiador quien asuma las consecuencias de su propia puesta en peligro, excluyéndose la tipicidad salvo que exista otro agente que haya provocado o incrementado el riesgo, caso en el que existiría una conducta punible si se acredita, además la relación de causalidad y de riesgo éntrela actuación del agente que ha violado una norma de cuidado y el resultado lesivo producido²⁶⁸¹.

Si bien es difícil encontrar sentencias condenatorias en contra de directores, responsables y empleados de estaciones de esquí, si las hay en supuestos de colisión entre esquiadores, ya que el esquiador además de asumir el riesgo de un choque fortuito

²⁶⁷⁷ VENTA SASTRE, “Las lesiones en la práctica deportiva: Casuística y eventual trascendencia penal”, op. cit., p. 87.

²⁶⁷⁸ En tal sentido, la SAP de Huesca de 31 de julio de 1996 sostiene que: “el deporte del esquí es un deporte de riesgo que se supone aceptado por todos aquellos que lo practican, quienes en todo momento pueden decidir el grado de riesgo alcanzado, en función de su propio nivel y de la pista elegida para deslizarse, siendo el propio esquiador quien debe cuidar de mantener bajo control su deslizamiento y permanencia en la pista”. Por su parte la SAP de Huesca de 9 de abril de 2002, señala que: “el deporte del esquí, tanto para quienes se inician en dicha actividad como para los que ya la dominan, lleva implícito el riesgo de sufrir caídas de las que en ocasiones se derivan graves lesiones”. La SAP de Girona, de fecha 19 de noviembre de 2004, sostiene, por su parte, que: “El esquí es un deporte que conlleva cierto peligro por lo frecuente de los golpes, y por ello se acepta que ciertas lesiones pueden producirse pese a la asistencia, ayuda y vigilancia de los monitores”.

²⁶⁷⁹ VENTA SASTRE, “Las lesiones en la práctica deportiva: Casuística y eventual trascendencia penal”, op. cit., p. 87.

²⁶⁸⁰ Así, por ejemplo la SAP de Huesca de 13 de mayo de 1996 sostiene que: “ha quedado testificalmente acreditado que existían carteles advirtiendo al público del grado de dificultad y condiciones de la pista por la que voluntariamente se desplazaba el recurrente asumiendo los riesgos que ello comporta, que no costa que fueran incrementados por la acción u omisión alguna personalmente imputable a cualquiera de los acusados. Así, es de resaltar de un lado que el recurrente fue quien no supo dominar sus esquís atemperando su velocidad y trazada a las circunstancias de la pista por la que esquiaba y, por otro lado, que no consta que la pista por la que esquiaba y, por otro lado, que no consta que la pista tuviera tan malas condiciones como para hacer necesario su cierre, que es lo que la acusación viene reprochando al acusado; al tiempo que no se sostiene la acusación dirigida contra el representante de la estación por el hueco existente en la pared, pues aunque se llegara a reconocer (cosa que ni se afirma ni se niega ahora) que era exigible la existencia de una red capaz de detener en todo caso a una persona caída y resultara perceptible el hueco en la red antes de desencadenarse el accidente, no consta en absoluto que la comprobación de su estado correspondiera personalmente al representante legal de la estación”.

²⁶⁸¹ VENTA SASTRE, “Las lesiones en la práctica deportiva: Casuística y eventual trascendencia penal”, op. cit., p. 88.

con otros esquiadores, debe actuar con la diligencia debida, esto es, observando las máximas medidas de precaución respecto del resto de los esquiadores, sobre todo si están situados debajo de él o si se incorpora a una pista, así como practicar este deporte de forma controlada, adaptando la velocidad a su propia habilidad, a la densidad del tráfico en las pistas y a las condiciones del terreno y de la nieve, tal y como señala la Federación Internacional de Esquí. La inobservancia de estas reglas de cuidado podría dar lugar a un fallo condenatorio^{2682/2683}.

Sin embargo, a mi juicio no es descartable la responsabilidad penal en contra de directores, responsables y empleados de estaciones de esquí, si se demuestra el incumplimiento personal en las medidas de cuidado que de ellos dependen, tales como las derivadas de una adecuada información sobre las condiciones atmosféricas o sobre el estado de la nieve en la estación de esquí, o la falta de pistas adecuadamente acondicionadas para su práctica. En tales casos, la conducta imprudente, podría dar lugar a un caso de responsabilidad penal en comisión por omisión²⁶⁸⁴.

III. Conclusiones

1. En cuanto a las teorías que pretenden explicar la atipicidad de las lesiones deportivas, no parece ser adecuado sostener la existencia de un solo criterio de solución que excluya a los demás y que pueda resolver por sí solo todos los casos. En la especie nos encontramos ante una actividad que procura promover hábitos que favorecen la salud de las personas y valores tales como la integración social, la solidaridad y el trabajo en equipo, en el caso de los deportes colectivos, etc., sin embargo, el deporte supone riesgos para la salud e incluso para la vida, lo que supone un conflicto a resolver y hay que considerar que el deporte es una actividad compleja que agrupa una inmensa cantidad de disciplinas, cada una con sus propias reglas, características y sobre todo, con distintos niveles de riesgos para la salud individual, por lo que la solución no dependerá de un criterio específico, sino de las características de la disciplina de que se trate y sobre todo de las circunstancias del caso concreto en las cuales se desarrolle la actividad, así como de la modalidad de la agresión o el cumplimiento o incumplimiento de las reglas del juego, por lo que en algunas veces habrá que acudir al criterio del consentimiento, en otras a la adecuación social y en otras situaciones deberá primar el criterio del riesgo permitido.

²⁶⁸² VENTA SASTRE, “Las lesiones en la práctica deportiva: Casuística y eventual trascendencia penal”, op. cit., pp. 97-98.

²⁶⁸³ Así, por ejemplo, la SAP de Huesca, de 16 de julio de 2002, condenó por una falta de lesiones por imprudencia leve prevista en el art. 621.3 del CP de 1995, a un esquiador que colisionó con una menor al introducirse en una zona sin visibilidad, creada por un desnivel o cambio de rasante, sin haber moderado previamente su velocidad, lo que le habría permitido detenerse ante la presencia de la menor. En tal sentido, la sentencia sostiene que: “Su actuación fue negligente porque el esquiador debe tener visibilidad y adaptar su velocidad a las condiciones generales del terreno. El incumplimiento de esta regla general de previsión del daño, la cual también está recogida en las normas de comportamiento F.I.S. y sugerencias de la F.E.D.I. produjo el accidente y las lesiones objeto de denuncia”. A consecuencia del accidente la menor sufrió graves lesiones, como fractura de clavícula Izquierda, que le dejaron importantes secuelas.

²⁶⁸⁴ Así, por ejemplo, Eser se caracteriza esta clase de actividades deportivas, como aquellas que pueden llevarse a cabo por un número indeterminado de personas en un mismo centro deportivo, sin que este tipo de ejercicio deportivo conlleve un contacto físico recíproco directo y que ni siquiera tienen que estar dirigidas a un objetivo común, en las cuales, ya un simple encuentro físico con otra persona puede suponer un contratiempo, del cual, si resultasen lesiones, generalmente solo se plantean cuestiones de imprudencia (ESER, “Lesiones deportivas y DP”, op. cit., p. 1131).

2. Los deportes pueden clasificarse en atención al grado de violencia y, por lo tanto, de peligro para la salud individual, que tales deportes suponen en: a) aquellos que *no suponen una lucha directa contra el adversario*, los cuales no implican la posibilidad normal de lesiones o de golpes entre los competidores, aun cuando ello no se pueda descartar, b) aquellos que pese a *involucrar una lucha con un rival, se caracterizan por el uso de la destreza y la exclusión del uso de la violencia*, en los cuales, sólo por un accidente desgraciado, puede acaecer un resultado lesivo para la salud de los jugadores, c) los que se caracterizan por estar orientadas a causar lesiones, en los cuales se plantean problemas respecto al consentimiento, ya que, quien acepta participar en un juego peligroso, actúa en riesgo propio y consiente por ello de las lesiones que de allí puedan surgir, y d) los que se caracterizan por una lucha entre contrarios, en los cuales los ataques corporales no son el objetivo primordial del juego, pero resultan inevitables en una lucha cuerpo a cuerpo, razón por la cual, los golpes y heridas aparecen como una consecuencia normal de sus reglas y métodos y, por lo tanto, la eventualidad de un accidente es tan normal que todo aquel que lo acepta lo sabe, de manera que los reglamentos se ocupan con frecuencia del caso en que un jugador quede herido y contemplan la posibilidad de reemplazarlos a fin de impedir que el juego se interrumpa, cuando se trata de deportes colectivos llevados a cabo de manera profesional o amateur federada.

3. La clasificación entre reglas que tienen como finalidad la protección del jugador y otras reglas que tienen como finalidad exclusivamente la regulación del desarrollo del juego o la garantía de la igualdad de condiciones entre los equipos propuesta por Eser, es correcta. En los reglamentos deportivos no solo existen reglas que tienen por finalidad la regulación del desarrollo del juego o la garantía de la igualdad de condiciones entre los equipos, sino que además es posible distinguir normas que tutelen la salud individual del deportista. Así, por ejemplo, en el fútbol, la regla que impide entrar por detrás al rival poniendo en peligro su salud individual, en una jugada de juego brusco grave, no solo tiene por finalidad impedir la no obstaculización del desarrollo del partido, sino que fue creada precisamente para evitar las lesiones derivadas de la alta peligrosidad de lesión que esta clase de conductas conllevan y con ello, tutelar la salud de los futbolistas.

4. No toda conducta dolosa o imprudente es típica. En la vida social hay *actividades peligrosas o lesivas que por su utilidad social se consideran lícitas como ocurre en el caso de los deportes como el fútbol*, en los cuales la *adecuación social*, opera como criterio a nivel del *presupuesto de imputación*, excluyendo de la tipicidad, comportamientos socialmente adecuados, a través de una interpretación teleológica que restringe el alcance literal de los tipos penales de la parte especial, teniendo por impunes, hechos que de otro modo, aparecerían como imprudentes o dolosos. Lo anterior tiene su fundamento en que en un DP democrático, es necesario evitar posibles contradicciones entre las valoraciones jurídicas y las sociales.

5. Se trata de un problema de tipicidad y no de justificación, toda vez que el tipo cumple la función de seleccionar los *comportamientos penalmente relevantes por su especial gravedad, y debe, por lo tanto, limitarse a describir lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos de cierta importancia, tanto por el valor del bien lesionado o por la proximidad de su puesta en peligro, como por la forma en que se efectúan*. Ya sea por su escasa gravedad o por la valoración social del contexto en que se producen, las actividades socialmente adecuadas, como el deporte, *no realizan ningún tipo*.

6. Sin perjuicio de lo anterior, no procede hablar de atipicidad, respecto de lesiones intencionales de bienes jurídicos llevados a cabo bajo la apariencia de una supuesta

adecuación social. Así, por ejemplo, no caben en este criterio, las agresiones que, aunque producidas durante el transcurso de un partido de fútbol, nada tienen que ver con el desarrollo mismo de la actividad. En estos casos tendremos una conducta típica y antijurídica constitutiva del delito de lesiones, a lo sumo, atenuada por la circunstancia minorante consignada en el art. 21. 3, en el caso de que concurran los requisitos del caso.

7. En los llamados *deportes extremos o de aventura* que se caracterizan por el alto nivel de riesgo inherente a la actividad, en las cuales el sujeto es informado previamente y de manera adecuada sobre los altos niveles de riesgos que comporta la actividad y pese a ello consiente en llevarla a cabo, asume el peligro de que se produzca un resultado lesivo en el caso concreto, razón por la cual, estaríamos en presencia de un caso de *autopuesta en riesgo de la víctima*.

Capítulo VIII

Modalidades de lesión

C. Violencia de género

Sumario: 1. Introducción.— 2. Denominación.— 3. ¿Era necesaria la creación de una regulación especial sobre violencia doméstica y de género? .— 4. Regulación de la violencia doméstica en el CPes.— 4.1. Tipo cualificado de lesiones (art. 148 circunstancias 2, 3, 4 y 5) .— 4.1.1. Problemas concursales.— 4.1.2. Cuestiones penológicas.— 4.2 Ejercicio de violencia doméstica no habitual o maltrato singular (art. 153).— 4.2.1. Bien jurídico protegido.— 4.2.2. Sujetos.— 4.2.3. Conducta.— 4.2.4. Medios comisivos.— 4.2.5. Agravaciones del art. 153.3.— 4.2.6. La atenuación especial de la pena (art. 153.4).— 4.2.7. Concursos.— 4.2.8. Cuestiones penológicas.— 4.3. Delito de amenazas leves (171).— 4.3.1. Cuestiones penológicas.— 4.4. Delito de coacciones leves (172.2).— 4.5. Maltrato habitual (173.2).— 4.5.1. Bien jurídico.— 4.5.2. Sujetos.— 4.5.3. Conducta.— 4.5.4. Habitualidad.— 4.5.5. Tipo subjetivo.— 4.5.6. Ejecución imperfecta.— 4.5.7. Justificación.— 4.5.8. Problemas concursales.— 4.5.9. Cláusula legal relativa al concurso de delitos (art. 177).— 4.5.10. Agravaciones del art. 173. 2, párrafo II.— 5. Posibilidad de aplicación de los delitos tradicionales a los supuestos enjuiciados.— 6. La violencia doméstica y de género en Chile.— 6.1. Aspectos procesales.— 6.2. Aspectos sustantivos.— 6.2.1. El delito de maltrato habitual.— 6.2.2. Modificaciones introducidas por la Ley 20.066 en el tipo penal común de parricidio (art. 390 del CP) .— 6.2.2.1. Origen de la iniciativa legal.— 6.2.2.2. Posición de la comisión mixta del congreso.— 6.2.2.3. Posición de la doctrina y de la jurisprudencia. 6.2.2.4. Posición personal.— 6.2.3. Modificaciones introducidas por la Ley 20.066 en materia de agravantes especiales que agravan los delitos de lesiones.— 6.2.3.1. Agravante especial del art. 400 del CP. Primera parte.— 6.2.3.2. Agravante especial del art. 400 del CP, primera parte y principio de non bis in idem.— Conclusiones.

1. Introducción

La violencia de género y doméstica no es sólo un problema español, sino que muy por el contrario, se trata de un problema cultural y social, universal o global, toda vez que afecta a todas las sociedades, sean éstas Orientales u Occidentales^{2685/2686}, sin

²⁶⁸⁵ Un estudio confeccionado por el Centro Reina Sofía y realizado en sesenta países revela que esta lacra social universal que afecta a todas las culturas, desde Oriente a Occidente. En Europa hay siete países por encima de España en cifras de mortalidad de mujeres en el ámbito de la pareja: Finlandia, Noruega, Dinamarca, Suecia, Luxemburgo, Reino Unido y Alemania. La Unicef sitúa en un 20% de la población femenina que sufre algún tipo de violencia, incluyendo en este porcentaje, además de las muertes y de los malos tratos físicos y psíquicos, las agresiones sexuales y las ablaciones genitales. Por ello la Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995, afirmó que la violencia contra la mujer es el crimen más encubierto y numeroso del mundo (QUERALT JIMÉNEZ Y D'ARGEMIR I CENDRA, "La violencia de género: política criminal y ley penal", en Jorge Barreiro y otros (Dir.), LH al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 1186-1187).

²⁶⁸⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Ciudadanía, sistema penal y mujer", en GARCÍA VALDÉS Y OTROS (COORD.), L.H. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Editorial Edisofer, Madrid, 2008, pp. 194-198; CORCOY BIDASOLO, "Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica", en Revista de Derecho de la PUCV, 2010, V. XXXIV, p. 305 y en CORCOY BIDASOLO, "Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes", en JORGE BARREIRO Y OTROS

embargo, sólo algunas han decidido considerarla un mal intolerable que debe ser tratado como una cuestión de orden público y no de orden privado^{2687/2688}. Ello ha traído consigo aspectos positivos tales como la sensibilización de la sociedad respecto de un problema real y hasta unas décadas atrás bastante escondido e impune²⁶⁸⁹, que sólo afloraba en la conciencia colectiva (y en la Administración de Justicia) mediante sus manifestaciones más extremas, normalmente en forma de muerte de las víctimas²⁶⁹⁰. La demanda ciudadana por una mayor reacción de los poderes públicos, se ha traducido en la creación de instancias especializadas encargadas de perseguir²⁶⁹¹ y castigar los hechos constitutivos de violencia de género y doméstica²⁶⁹², así como la adopción de

(DIR.), L.H. al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 1229 y García Álvarez (Dir.), “DP español, PE”, op. cit., p. 354.

²⁶⁸⁷ CORCOY BIDASOLO, “Tendencias de la política criminal en materia de violencia doméstica y de género”, en MIR PUIG Y CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Política criminal y reforma penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, p. 273.

²⁶⁸⁸ En este sentido, la “Exposición de Motivos” de la LO N° 1/2004, De medidas de protección integral contra la violencia de género, comienza diciendo: “La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia dirigida contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.

²⁶⁸⁹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 354.

²⁶⁹⁰ FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Lecciones de DP*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, p. 102.

²⁶⁹¹ A fin de favorecer la persecución de esta clase de conductas, la LECrim. en su art. 103 lo que sigue: “Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1° Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia. 2° Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros”.

²⁶⁹² En el ámbito procesal penal, los principales instrumentos elaborados estos últimos años han sido los juicios rápidos, la creación de una orden de protección a la víctima de esta clase de violencia, (en tal sentido, el art. 544 *ter* LECrim, establece un amplio catálogo de medidas de protección para las víctimas de violencia doméstica, estableciendo en su apartado 1: “El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del CP, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo”. Las personas mencionadas en el art. 173.2, son las mismas que las del art. 153), que integra un conjunto de medidas cautelares civiles y penales como la expulsión del agresor del domicilio familiar o la prohibición de aproximarse a la víctima, reformas de la prisión provisional que facilitan el encarcelamiento preventivo del agresor (arts. 503 y 544 *bis* LECrim) y la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Sin embargo, se critica el escaso desarrollo que en España, en comparación con otros países, tiene la cultura de la mediación y de las formas de justicia reparadora (TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 132). Ofrece especial interés las medidas cautelares que se toman en los supuestos en que el testigo sea un menor de edad. Se busca evitar la confrontación visual del testigo con el inculpado, a través de las disposiciones contempladas en los arts. 448 y 707 de la LECrim. También se toman precauciones en materia de careos con testigos que sean menores de edad en los arts. 448 y 713 de la LECrim. En materia de protección a las víctimas de malos tratos y la LECrim. hay que tener en cuenta además, los arts. 13, 14, 103, 104, 109, 448, 455, 707 y 713, y se añade un nuevo art., el 544 *bis* (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 194). Del mismo modo, Muñoz Conde destaca la redacción del art. 57 del CPes, acorde con el cual: “1. Los jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48, por un tiempo que no excederá de 10 años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al

diversa clases de medidas tales como: a) la *agravación sistemática de las penas* cuando el hecho se comete en este contexto, como sucede, por ejemplo, en el caso de los arts. 148.4 y 5²⁶⁹³; b) la *creación de nuevas penas y medidas de protección* a favor de la víctima, orientadas a la disuasión y prevención de agresiones -como sucede por ejemplo, la medida de alejamiento del hogar común-, así como la adaptación de su ejecución a tales necesidades (ejemplo de ello son las penas previstas en el art. 48 del CPes). Dicho sistema que resulta reforzado por la imposición de prisión en caso de incumplimiento de las referidas penas y medidas (art. 468.2 CP, delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar²⁶⁹⁴; c) *medidas educativas* o de formación, como campañas publicitarias que promuevan la erradicación de la violencia y de las desigualdades entre hombres y mujeres; d) *medidas asistenciales*, como la creación de centros terapéuticos que otorguen tratamiento psiquiátrico o psicológico a las víctimas; y e) *medidas sociales*, como la contemplación de ayuda económica y de orden laboral para las víctimas²⁶⁹⁵. Sin embargo, ello también ha traído consigo aspectos negativos tales como la proliferación de acusaciones falsas, el abuso en la imposición de medidas de alejamiento y de prisión preventiva, así como la desproporción entre la pena prevista e impuesta y el desvalor del hecho²⁶⁹⁶. Del mismo modo, aun cuando el legislador pretendió dar un tratamiento más severo a esta clase de supuestos, considerando como insuficientes los tipos clásicos que castigan el uso de la violencia²⁶⁹⁷, muchas veces la calificación jurídica conforme a las figuras penales creadas al efecto, terminan siendo más benévolas que si se aplicaran los tipos penales clásicos de homicidio, lesiones, violaciones, amenazas, violación de morada.

2. Denominación

Si bien se suele utilizar conceptos tales como “violencia familiar” o “violencia intrafamiliar”, ello no se compadece con la expresión “análoga relación aun sin

de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea. 2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los 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 su custodia o guarda en centros públicos o privados, se acordará en todo caso la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 por un tiempo que no excederá de 10 años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior. 3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los arts. 617 y 620” (MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 126-127).

²⁶⁹³ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 117.

²⁶⁹⁴ FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 102.

²⁶⁹⁵ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 305.

²⁶⁹⁶ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 305.

²⁶⁹⁷ RAMÓN RIVAS, *Violencia de género y violencia doméstica*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 30.

convivencia” utilizada en la ley o con la violencia que se suscita entre personas que conviven aun sin ser familiares²⁶⁹⁸. También se utiliza el concepto de violencia doméstica²⁶⁹⁹. De otro lado, la Ley N° 1/2004, sobre “Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, no ayuda a clarificar el panorama, toda vez que, por una parte, no contempla supuestos de violencia de género²⁷⁰⁰ contra la mujer, tan evidentes como las agresiones sexuales de todo tipo, que se producen en un contexto de voluntad de dominación de un sexo sobre el otro, incluido el acoso sexual²⁷⁰¹, y por la otra, abarca supuestos que difícilmente tienen que ver con la problemática del género, como en el caso de las *personas vulnerables*, las cuales evidentemente pueden ser hombres o mujeres.

Luego, pareciera ser que la atención se pone más en el contexto en el cual se produce la violencia, que en si la afectada por el hecho pertenece al género femenino. Así, por ejemplo, la STC N° 59/2008, de 14 de mayo de 2008, afirma que el art. 153 del CPes, es aplicable objetivamente siempre que se produzca la situación de violencia entre una pareja o en el ámbito doméstico, es decir, supuestos en los que se trata de la violencia derivada de situaciones de *convivencia familiar o análoga*, más o menos

²⁶⁹⁸ CORCOY BIDASOLO, “Tendencias de la política criminal en materia de violencia doméstica y de género”, op. cit., p. 276.

²⁶⁹⁹ La RAE emitió un informe sobre la expresión “violencia de género”, como consecuencia del “Proyecto de Ley Integral contra la Violencia de Género”. Hace un estudio exhaustivo sobre el origen de la expresión *violencia de género*, análisis sobre la conveniencia de su uso en español, documentación de las diversas expresiones usadas en español para expresar el concepto, propuesta de denominación, en la que se tiene en cuenta el uso lingüístico en otros países. Su conclusión fue: “en los medios de comunicación españoles predomina hoy, bien que con titubeos, la denominación *violencia doméstica*. La opción lingüística que la próxima Ley adopte resultará claramente decisiva para fijar el uso común. De ahí la necesidad, a juicio de la RAE, de que el Gobierno considere su propuesta”. Además, la RAE, hace presente que la referencia que se hace en la ley a *género*, incluye tanto al hombre como a la mujer; ya que el género es masculino o femenino. El informe de la RAE dice: “las palabras *género* (y no *sexo*), mientras que los seres vivos tienen *sexo* (y no *género*). En español no existe tradición de uso de la palabra *género* como sinónimo de *sexo*” (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 122).

²⁷⁰⁰ Concepto definido en la IV Conferencia Mundial de Mujeres celebrada en Beijing en 1995 como “cualquier acto de violencia basada en el género que tiene como resultado o es probable que tenga como resultado unos daños o sufrimientos físicos, psíquicos o psicológicos para las mujeres, incluyendo las amenazas de los referidos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto la pública como la privada”. Según Tamarit Sumalla, la construcción conceptual, elaborada en el ámbito lingüístico inglés por impulso de orientaciones sociológicas y jurídicas feministas, parte de la voluntad de distinguir entre *Sex* y *Gender*: así como el sexo es una característica biológica, perteneciente al mundo del “ser”, el género es una característica cultural, relativa al mundo del “deber ser”. Señala este autor, que el Derecho, también el penal, es concebido como tecnología de género, como proceso de producción de subjetividades, y se reclama, desde estos sectores, un “Uso alternativo” del mismo, para que no sólo sea, como es de modo predominante, un instrumento patriarcal, un Derecho de género masculino, sino que asuma una posición militante en la superación de los valores androcéntricos, en base, por ejemplo, al concepto de discriminación positiva, lo cual es criticado por Tamarit Sumalla, por no compadecerse con los mecanismos y fines propios del DP, en donde los tipos cualificados obedecen a situaciones de vulnerabilidad y no a discriminaciones que afectan el derecho a la igualdad contemplado en el art. 14, que prohíbe trato discriminatorio por razón de sexo. (TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 118-120).

²⁷⁰¹ En cambio, la Declaración de Naciones Unidas sobre eliminación de la violencia contra la mujer, contenida en la Resolución N° 48/104, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 20 de diciembre de 2003, contempla todos los supuestos de violencia contra la mujer, tanto en la esfera privada como en la pública y limita su objeto al problema del sexo femenino. Esta resolución reconoce que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente consolidadas entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación y discriminación de la mujer, siendo la violencia contra ésta uno de los mecanismos utilizados por algunos hombres para mantener esta situación.

estables. Si lo que se pretende evitar es la violencia en contra del género femenino, la convivencia no debería constituir un requisito esencial para poder calificar unos hechos como violencia de género, por el contrario, lo importante, más que el contexto, debería ser la necesidad de prevenir las agresiones a mujeres que se producen por el mero hecho de serlo, es decir, supuestos en los que la violencia ejercida, cualquiera que sea su naturaleza, tiene su origen en el desprecio, odio o miedo hacia la mujer. Ello no quita que muchas de estas situaciones se produzcan en el ámbito doméstico, pero ello no es lo esencial. En tal sentido, las Audiencias Provinciales, habían sostenido que la aplicación de los arts. 153, 148.4, 171.4 y 172.2, requiere que realmente la violencia se haya ejercido por razón del género, con intención de dominación o desprecio, es decir, con la finalidad de dominación del hombre sobre la mujer²⁷⁰². Por lo tanto, de acuerdo con una interpretación teleológica de estos preceptos, es posible excluir la aplicación de los tipos de violencia doméstica o de género, si la agresión es absolutamente ajena al contexto criminológico de estas figuras delictivas, es decir, cuando la conducta no esté motivada, propiciada o facilitada por la especial relación existente entre autor y víctima²⁷⁰³ o cuando la violencia no se ha ejercido como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad o con la finalidad de dominación del hombre sobre la mujer^{2704/2705}.

Luego, si hablamos de violencia de género, dicho término no debería excluir a los hombres, toda vez que al menos semánticamente, se refiere a supuestos en los cuales la violencia se produce en razón del sexo de la persona agredida y, por lo tanto, deberían incluirse casos en los que la violencia es ejercida por la mujer en contra del hombre por el sólo hecho de serlo. Así, de estimarse necesaria una regulación especial que prevenga la violencia de género, cuestión que de antemano me parece más que discutible, pareciera más conforme al principio de igualdad, no distinguir en razón del sexo, aún cuando claramente los tipos penales que se crearan al efecto, se aplicarían en su gran mayoría, a sujetos activos varones.

En España, atendiendo más al contenido de la actual regulación que al nombre de la misma, pareciera más adecuado utilizar el nombre de *violencia doméstica* que violencia de género, puesto que no se contemplan todos los casos de violencia contra la mujer y, en cambio, se incluyen supuestos en los que la víctima no necesariamente es mujer. Además, dicho término es el más generalizado en España, integrando la idea de convivencia con la de relación familiar, en ambos casos con una comprensión de la convivencia y de la relación familiar muy amplia, por no decir indeterminada.

Evidentemente, lo anterior no implica dejar de reconocer que si bien, la violencia doméstica socava a menores, hombres y ancianos, en su mayor magnitud las personas afectadas son mujeres, razón por la cual no es impropio utilizar la denominación *violencia de género*, aun cuando habría que agregar el adjetivo “femenino” o la expresión “violencia contra la mujer”, para describir el supuesto más frecuente, en donde el agresor es el hombre y la agredida es la mujer y la dinámica de violencia se

²⁷⁰² CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 318 y SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 123.

²⁷⁰³ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 77 y SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 123.

²⁷⁰⁴ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 123.

²⁷⁰⁵ En este sentido, en la SAP de Sevilla de 18 de marzo de 2005, se descarta la aplicación del art. 153 CP y se opta por calificar como simple falta de lesiones el caso siguiente: a raíz de una disputa acerca de la propiedad de unos ventiladores entre diversas personas, se produce un forcejeo para apoderarse de los objetos en el que se ven involucrados, entre otros, Serafín y Olga, que habían mantenido una relación sentimental durante seis años, relación que había finalizado medio año antes de los hechos. Olga resulta herida levemente a causa de la pugna con Serafín por cerrar una puerta.

produce en virtud de relaciones de poder, de dominio, y de posesión que históricamente ha ejercido el primero sobre la segunda, fundamentalmente en el ámbito de pareja, derivado de una estructura familiar patriarcal, basada en la supuesta superioridad del hombre sobre la mujer, problema ancestral que responde a una construcción social que ha potenciado un reparto desigual de las actividades productivas, en base a roles asignados en función del sexo^{2706/2707}. En el *marco de la cultura patriarcal se ha desarrollado la violencia masculina*, como instrumento idóneo para controlar las relaciones de poder²⁷⁰⁸, discriminando con ello a la mujer, bajo patrones culturales machistas profundamente enraizados en la sociedad, que explican la *permissividad social* de la violencia masculina²⁷⁰⁹. Así, son los hombres de forma abrumadora los sujetos activos de la violencia tanto en los supuestos de violencia en la pareja (en un 90% de los casos el imputado es hombre); en los supuestos de agresión a menores (niños o niñas el 75% de los inculpados son hombres), así como en el caso de los ascendientes (el 86, 7% de los inculpados son hombres)²⁷¹⁰.

3. ¿Era necesaria la creación de una regulación especial sobre violencia doméstica y de género?

Antes de comenzar el análisis de la regulación sobre violencia de género y a la luz de los resultados obtenidos a partir de su instauración en el ordenamiento jurídico español, conviene realizar algunas disquisiciones previas. En primer lugar cabe preguntarse si en verdad era necesario crear una regulación especial sobre la violencia doméstica y de género o, si por el contrario bastaba con los tipos penales del DP nuclear. En efecto, debido a múltiples razones culturales, religiosas, psicológicas y sociológicas y en particular a otras de carácter práctico, como el temor de las víctimas por denunciar, la aplicación de los respectivos tipos penales era casi nula. Luego a partir de las últimas reformas, con las cuales se ha creado un soporte material y técnico para perseguir y castigar esta clase de delitos, y la amplia difusión del tema por los medios de prensa, se ha creado conciencia social sobre la gravedad del problema. Por lo tanto, pareciera ser que la mayor aplicación de estos nuevos tipos penales se debe más que a la implantación de una regulación especial, a un cambio cultural y de actitud frente al tema, de parte de la sociedad, así como también a la creación de instancias encargadas de perseguir y sancionar esta clase de conductas y a la dotación de medios materiales y

²⁷⁰⁶ QUERALT JIMÉNEZ Y D'ARGEMIR I CENDRA, "La violencia de género: política criminal y ley penal", op. cit., p. 1185.

²⁷⁰⁷ En tal sentido, en la Declaración de Naciones Unidas sobre eliminación de la violencia contra la mujer, contenida en la Resolución N° 48/104, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 diciembre de 1999, afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales que le impide, total o parcialmente, ejercer esos derechos y libertades y se establecen pautas de actuación de política legislativa de los Estados miembros, de carácter preventivo, penal, educativo, asistencial, recogidas en gran medida, en la LO N° 1/2004.

²⁷⁰⁸ Así, resulta constatado que un grupo de hombres maltratadores, sólo son violentos con su pareja, pero globalmente exhiben un control y racionalidad envidiables. Por lo tanto, no se trata de un enfermo, alcohólico o patológico, como se creía en antaño, sino de personas normales que utilizan la violencia ya sea para conseguir determinadas prestaciones a las que creen tener derecho, para mantener la "posesión" de su mujer, o bien, el control del dinero. Así, la violencia instrumental, dirigida a conseguir determinados objetivos no puede tildarse de simbólica o irracional (LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 17).

²⁷⁰⁹ QUERALT JIMÉNEZ Y D'ARGEMIR I CENDRA, "La violencia de género: política criminal y ley penal", op. cit., pp. 1185-1186.

²⁷¹⁰ QUERALT JIMÉNEZ Y D'ARGEMIR I CENDRA, "La violencia de género: política criminal y ley penal", p. 1186.

humanos para que las autoridades competentes puedan afrontar desde un punto de vista multidisciplinario el problema de la violencia doméstica y de género. Luego, cabe preguntarse si en realidad no hubiese bastado con establecer un soporte material y técnico especializado para perseguir y castigar esta clase de conductas a través de los tipos clásicos y la creación de medidas de protección, educacionales, sociales y asistenciales antes referidas, evitando la proliferación de tipos penales de nuevo cuño, con bienes jurídicos de difícil determinación y cuestionable justificación, que conducen a enmarañadas soluciones concursales con efectos penológicos reñidos con el principio de proporcionalidad de las penas. En definitiva se trata de cuestionar, hasta qué punto una adecuada interpretación del DP nuclear, y en particular, de los tipos penales relativos al delito de lesión, sumado a la adopción de las medidas multidisciplinarias accesorias, hubiese permitido contar con un sistema más coherente que permitiera dar soluciones más condignas con los principios penales de seguridad jurídica, legalidad, proporcionalidad y con los principios procesales de la presunción de inocencia, in dubio pro reo, derecho de defensa, etc. Estas interrogantes trataremos de resolver en las próximas líneas, aun cuando de antemano, sea necesario señalar que la cascada legislativa producida en los últimos años, al menos en materia penal, pone de manifiesto que no se tiene muy claro el modelo de protección que se quiere construir²⁷¹¹.

4. Regulación de la violencia doméstica en el CPes

4.1. Tipo cualificado de lesiones (art. 148 circunstancias 2, 3, 4 y 5)

La LO 1/2004, añadió tres nuevos supuestos de agravación a los tres ya existentes en el art. 148 del CPes²⁷¹², conforme con el cual, las lesiones previstas en el apartado 1 del art. 147 pueden sancionarse con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 2º Si hubiera mediado ensañamiento o alevosía; 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, o bien, 5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

A la circunstancia agravatoria del art. 148.2, fue incorporada por la LO 1/2004, la de haber obrado con alevosía²⁷¹³. Esta circunstancia supone el empleo de *procedimientos* que facilitan el hecho y concurre, según el art. 22.1, cuando: “el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo para su persona que pudiera preceder de la defensa por parte del ofendido”²⁷¹⁴. Según la doctrina no procede estimarla por el hecho de que el *sujeto pasivo* sea un niño o un ser

²⁷¹¹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 351.

²⁷¹² El art. 148 es un tipo penal agravado y contempla hipótesis en donde el mayor injusto no se funda en el resultado sino que en el mayor desvalor de la conducta. Conforme a esta disposición la pena del tipo básico de lesiones puede experimentar un importante incremento (prisión de dos a cinco años) si la conducta contiene elementos susceptibles de un desvalor suplementario. En general, en tanto intento por abandonar una concepción de las lesiones dominada exclusivamente por el resultado finalmente producido, se trata de un acierto del legislador (FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 69)

²⁷¹³ La STS de 21 de noviembre del 2002, considera alevosía a las mordeduras por todo el cuerpo. La STS de 20 de marzo de 2002, sostiene la presencia de alevosía ante seis pinchazos con arma blanca. Son además ejemplos de alevosía una puñalada en el muslo por la espalda.

²⁷¹⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 624.

indefenso constitucionalmente, ya que se tratase de una agravante referida a los *procedimientos* de comisión (“medios, modos o formas en la ejecución”), sin embargo, la jurisprudencia tradicional no comparte esta opinión²⁷¹⁵. La alevosía exige que los procedimientos empleados tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución, evitando el riesgo de una posible defensa del ofendido, así, son ejemplos de ataques alevosos, los que se producen por *la espalda* y sin desafío previo, o estando la víctima *en la cama o de rodillas*, o bien, los ataques *a traición*²⁷¹⁶. Puesto que la ley exige que se tienda a evitar una posible defensa procedente del ofendido, no concurrirá alevosía por el hecho de que se evite una defensa proveniente de terceros²⁷¹⁷. Según el art. 22.1, la alevosía sólo es aplicable a los *delitos contra las personas*, es decir, a los delitos contra la vida independiente y los de aborto y de lesiones²⁷¹⁸.

Ya contemplada como agravante general, no se comprende bien el motivo por el cual la LO 1/2004 ha incluido entre sus modificaciones esta circunstancia, la cual al establecerse junto al ensañamiento, parece evidente que no será sólo de aplicación ante víctimas pertenecientes a los vínculos de protección de las mujeres o de las personas especialmente vulnerables, sino ante cualquier víctima²⁷¹⁹. Este subtipo es de aplicación siempre y cuando las lesiones producidas no sean constitutivas de un delito más grave (arts. 149 y 150 del CPes), en cuyo caso se castigaría por la figura correspondiente más la agravante genérica de parentesco del art. 23 del CPes, si concurren los requisitos del caso²⁷²⁰.

A continuación analizaremos ahora los supuestos del art. 148.4 y 5, adelantando que lo que se dirá en relación a los sujetos -mujeres y personas especialmente vulnerables- es válido para los otros preceptos que a ellos se refieren (arts. 153, 171 y 172 del CPes).

La circunstancia del art. 148.4, fue introducida por la LO 1/2004 se refiere al círculo de la violencia de género, de las que son o han sido esposas o mujer que hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia²⁷²¹. En este círculo no se tiene en cuenta si la mujer es especialmente vulnerable o no y la convivencia no es requisito, puesto que puede haber terminado o, incluso no haber existido nunca por tratarse de relaciones de noviazgo^{2722/2723}. Con ello se quiere introducir en la legislación penal y en la determinación de la competencia de los JVM la perspectiva de género, como algo distinto del ámbito doméstico²⁷²⁴. Lo que sí está claro, es que la víctima debe ser mujer, aún cuando ello no basta, ya que el precepto exige que

²⁷¹⁵ SSTS de 24 mayo 96 y 21 marzo 97.

²⁷¹⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 624.

²⁷¹⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 624-625.

²⁷¹⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 625.

²⁷¹⁹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 358.

²⁷²⁰ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 71.

²⁷²¹ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 71 y GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 356.

²⁷²² GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 153 y GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 356.

²⁷²³ En contra, en cambio, se ha dicho que las relaciones de noviazgo no pueden incluirse, porque no tienen el componente de compromiso más o menos definitivo que comporta el matrimonio, sin embargo, González Rus contesta que una exclusión así está falta de fundamento, puesto que expresamente se alude a la innecesariedad de la convivencia efectiva entre autor y víctima para que la relación pueda quedar comprendida en el precepto y, además, socialmente se califican como relaciones de noviazgo situaciones de convivencia efectiva planteadas desde el punto de vista de la estabilidad y permanencia en términos semejantes a los del matrimonio (GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 153).

²⁷²⁴ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 356.

se trate de la esposa (relaciones matrimoniales) o la compañera (relaciones extramatrimoniales), por lo tanto quedan excluidas la madre, la hija, la cuñada o la suegra y el sujeto activo debe ser un varón, concretamente el marido o compañero sentimental, pero no otros varones, como el hijo, el hermano o el padre, es decir, se trata de la violencia que sobre la mujer ejerce el hombre que es o ha sido su marido o su compañero, lo cual se deduce de lo prescrito en el art. 1.1 de la LO 1/2004^{2725/2726/2727}. A pesar de su sustento legal, esta interpretación no está exenta de polémica toma vez que implica dejar a fuera del precepto el supuesto en que el sujeto activo es la mujer casada con otra mujer o la mujer ligada por análoga relación de afectividad a otra mujer. Del mismo modo, Deben también excluirse los casos de violencia en los que sujeto activo y pasivo son dos hombres o aquellos en los que el sujeto activo es la mujer y el pasivo su marido o compañero²⁷²⁸, así como todos los casos en los que la víctima es una mujer no vinculada al autor por relación matrimonial o análoga²⁷²⁹. Sin embargo, sí se encuentran incluidos en el precepto el supuesto de parejas con uno o dos miembros transexuales, si hay inscripción en el registro del nuevo sexo, el cual ha de ser el que deberá tenerse en cuenta a la hora de aplicar los nuevos tipos de violencia de género. Según la Ley 3/2007, Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo, la rectificación tendrá efectos constitutivos desde su inscripción y según lo dispuesto en el art. 5º: “*permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición*”, con lo cual la protección por violencia de género se extiende ahora a estas personas que no tienen un aparato sexual femenino, pero que se identifican con el sexo femenino y que jurídicamente son mujeres y como tales están inscritas²⁷³⁰.

Mención aparte merece la expresión “análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. Esta descripción es tan amplia y ambigua que surgen serias dudas respecto del respeto del principio de legalidad, toda vez que no se explica en qué consiste, ¿cuáles deberían ser los hechos probados para poder afirmar que existe una relación de afectividad análoga a la del matrimonio pero aun convivencia?, ¿la existencia de relaciones sexuales? y si es así, ¿con qué frecuencia?, y ¿cómo se prueban estos hechos?²⁷³¹ No se trata de festinar con la descripción legal, pero en verdad, hay que reconocer que no queda clara la naturaleza de vínculo que debe existir entre los sujetos para estar en presencia de esta figura penal, toda vez que si la relación debe ser análoga a la de una unión matrimonial, ¿deberían concurrir ciertos requisitos como la

²⁷²⁵ LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., pp. 91-92 y GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., pp. 379-380.

²⁷²⁶ En efecto, el art. 1.1 de la LO 1/2004, prescribe que: “Art. 1. Objeto de la Ley. 1º. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

²⁷²⁷ En contra de esta interpretación Córdoba Roda y García Arán sostienen que es posible sostener que la alusión a relaciones análogas al matrimonio incluye a las parejas integradas por miembros del mismo sexo, ya que es posible que en su seno se produzcan conductas de la gravedad de las aquí sancionadas y porque la analogía respecto del matrimonio se refiere a la relación de afectividad (“análoga relación de afectividad”), dato expresamente mencionado por el Código, no al carácter heterosexual de la pareja unida por el matrimonio (CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 259).

²⁷²⁸ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 154 y LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 92.

²⁷²⁹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 360.

²⁷³⁰ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 360.

²⁷³¹ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 320.

permanencia por un cierto espacio de tiempo?, ¿debe existir un proyecto de vida en común?, ¿quedan afuera o adentro las relaciones entre “novios”?, ¿alcanza a cubrir el precepto a las relaciones homosexuales?²⁷³² Sí queda claro, que la mención a las relaciones análogas de afectividad incluye tanto a las parejas de hecho que conviven como a aquellas que han convivido sin mediar relación matrimonial²⁷³³. También me parece nítido concluir que la expresión a quien “haya sido” cónyuge o “haya estado” ligado al sujeto activo por análoga relación de afectividad, permite incluir relaciones ya concluidas, siendo innecesaria la convivencia en este supuesto²⁷³⁴.

Aun cuando es más discutible la inclusión de las relaciones de noviazgo, toda vez que la relación debe ser análoga en afectividad a la de un matrimonio, me parece que la supresión de la expresión “de forma estable” (llevada a cabo por la LO 11/2003), y la expresión contenida en el precepto “aun sin convivencia”, permiten concluir que con ello el legislador pretende incluir relaciones de noviazgo u otras relaciones de una cierta intensidad que no suponen convivencia, que con la regulación anterior no se admitían en el ámbito de este delito²⁷³⁵. Por lo tanto, deben entenderse ajenas al concepto de relación afectiva análoga al matrimonio la que mantiene un cliente con una prostituta, la que se tiene en chats o foros de Internet, la relación sexual única o el sexo ocasional que no implica ninguna otra vinculación^{2736/2737}.

La circunstancia del art. 148.5, fue introducida por la LO 1/2004, a partir de presiones ejercidas por grupos de defensa de la infancia, aun cuando nada tiene que ver con la violencia de género y la verdad es que desenfoca el problema de fondo²⁷³⁸. Esta circunstancia de agravación se refiere al círculo de las personas especialmente vulnerables con las que convive el autor y, por lo tanto incluye víctimas, que con independencia de su sexo²⁷³⁹, reúnen dos requisitos: 1º su especial vulnerabilidad, que debe probarse en cada caso (con excepción de los menores de 12 años y de los

²⁷³² Según Muñoz Conde la respuesta debe ser afirmativa (MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 188).

²⁷³³ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 259.

²⁷³⁴ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 258.

²⁷³⁵ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 118; FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 77; CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 259; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 188 y LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 93. En el mismo sentido, STS de fecha 11 de mayo de 1995.

²⁷³⁶ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 360.

²⁷³⁷ En STS N° 510/2009, de 12 de mayo se sostiene que “la convivencia es una obligación en el matrimonio y un elemento esencial en las parejas de hecho, pero afirma que no es requisito para la aplicación de los arts. 153 y 173.2 pues no pueden excluirse casos en los que hay un proyecto de vida en común, pero en domicilios separados por razones personales, profesionales o familiares. Si se trata de relaciones de afectividad análogas al matrimonio lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedaran, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones”.

En opinión de García Álvarez, a la vista de las consideraciones que hace esta resolución puede entenderse que las relaciones adúlteras estables, con vocación de futuro, en las que exista componente afectivo, aun sin convivencia por mantenerse lo matrimonial, caben en el precepto. Es decir, el matrimonio de uno o de los dos sujetos que son amantes no impide la consideración de que mantienen una relación análoga a lo matrimonial si se dan los requisitos señalados, aunque no quepa compromiso matrimonial entre ellos ni convivencia (GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 360).

²⁷³⁸ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 117.

²⁷³⁹ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 154.

incapaces incluidos en la disposición de aplicación preferente del art. 148.3) y no concurrirá automáticamente por el hecho de tratarse de un menor, un anciano o un enfermo, requiriéndose además que el autor haya aprovechado esa especial vulnerabilidad al cometer el delito; y 2º la convivencia con el autor, con independencia del sexo de la víctima y del autor²⁷⁴⁰. Siendo un requisito la convivencia, debe descartarse que se siga protegiendo a estos sujetos una vez finalizada la convivencia²⁷⁴¹.

La *especial vulnerabilidad* puede deberse a cualquier circunstancia o condición de la víctima, comprendiendo las causas de incapacidad dependencia física o psíquica respecto del autor que hacen a la víctima particularmente susceptible de recibir de éste herida o lesión física o moral²⁷⁴². Se requiere que esa situación de debilidad respecto del autor sea de cierta entidad e importancia lo que se deduce de la expresión “*especialmente*”²⁷⁴³. Es indiferente cuál sea la relación que se encuentra en el origen de la especial vulnerabilidad: relaciones familiares, afectivas, económicas, etc.²⁷⁴⁴. Hay que tener presente que las agravaciones previstas en el art. 148 son de aplicación potestativa, por lo que los jueces pueden no apreciarlas si estiman que, además del dato objetivo de ser mujer, debe concurrir como fundamento de agravación, la especial vulnerabilidad de la víctima²⁷⁴⁵.

La *convivencia* debe ser interpretada en los mismos términos que se reclaman para el delito de violencia doméstica, entendiendo que lo importante es la vinculación existencial estable de la persona con el autor, lo que permite considerarla presente aunque se produzcan alejamientos transitorios o ausencias intermitentes²⁷⁴⁶.

En cuanto al *tipo subjetivo*, las circunstancias deben ser comprendidas por el *dolo* del autor.

Como se verá más adelante, este círculo no coincide exactamente con la mención del art. 173.2 CP la cual se refiere a personas localizadas en centros de cuidado idóneos acordes a sus circunstancias, mientras que acá se trata de sujetos, también especialmente vulnerables, pero integrados en el ámbito de convivencia doméstica o familiar que comparten con el autor de la violencia, tampoco coincide exactamente con el contenido de la circunstancia contenida en los arts. 153, 171 y 172, ya que tratándose del art. 148, hay que tener en cuenta los supuestos de agravación del N° 3, referidos a la víctima menor de 12 años o incapaz; en cuyo caso es claro que se trata de víctimas especialmente vulnerables y débiles y su presencia servirá para agravar la pena sin necesidad de probar esa especial vulnerabilidad, que se presume por la edad o la falta de capacidad, no requiriéndose convivencia entre el autor y la víctima y, por lo tanto, tratándose de lesiones del art. 148 será de aplicación preferente el supuesto 3º, que es ley especial respecto del 4º. Por el contrario, cuando se trate de los arts. 153, 171 y 172, que no incorporan tal supuesto de incapaces o menores de 12 años, y estemos ante estas víctimas deberá probarse la especial vulnerabilidad y que haya convivencia con el autor²⁷⁴⁷, a pesar de lo odiosa que resulta la comparación y lo absurdo que resulta la decisión del legislador.

²⁷⁴⁰ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 355.

²⁷⁴¹ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 77.

²⁷⁴² GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 154.

²⁷⁴³ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 154.

²⁷⁴⁴ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 154.

²⁷⁴⁵ LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 89.

²⁷⁴⁶ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 154.

²⁷⁴⁷ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 362.

Para aplicar las nuevas agravantes no puede atenderse sólo a la condición de la víctima, sino que han de valorarse el resultado o el riesgo²⁷⁴⁸. El art. 148 no obliga a apreciar automáticamente sus supuestos de agravación, sino que lo supedita al “*resultado causado o al riesgo producido*”, es decir puede estarse ante una víctima incapaz o víctima mujer o haberse actuado con alevosía y, sin embargo, no proceder la agravación por no evidenciarse un mayor resultado o riesgo como consecuencia de tal supuesto²⁷⁴⁹. Si esto ocurre y no se agrava la lesión del tipo básico del art. 147.1, podría aplicarse el tipo atenuado del art. 147.2, en virtud del medio empleado o del resultado producido²⁷⁵⁰.

En todo caso, si la LO 1/2004 tenía por finalidad establecer medidas de protección integral contra la violencia de género, cabe preguntarse ¿por qué incluye, como sujeto pasivo en esta clase de delito, a otros sujetos que nada tienen que ver con la violencia de género, como en el caso de las personas especialmente vulnerables que conviven con el agresor?²⁷⁵¹

4.1.1. Problemas concursales

Al respecto, surge la duda de la relación concursal que puede producirse entre esta disposición y el maltrato habitual previsto en el art. 173.2, máxime si se considera que respecto de este delito la ley contempla una cláusula concursal en el art. 177. De antemano, podríamos afirmar que en el caso del art. 173.2 se requiere de habitualidad, razón por la cual de tratarse de un solo acto, habría que sancionar conforme a lo dispuesto en el art. 148, sin embargo, también sabemos que tanto en la violencia doméstica como en la violencia de género, se producen ciclos de violencia razón por la cual es bien posible que el acto constitutivo de lesiones del art. 148.3, 4 o 5, vaya acompañado de otros actos constitutivos de lesiones que pudieran ya haber sido ya sancionados. Por lo tanto, de aplicarse el art. 173.2 en concurso con el art. 148, en razón de la norma concursal del art. 177, cabe preguntarse si se está infringiendo el principio de *non bis in idem* y el principio de *proporcionalidad*²⁷⁵² en razón de que podría estarse sancionando el mismo hechos dos veces y la pena que pudiera resultar de la cláusula concursal legal, pudiere superar con creces la responsabilidad por el hecho concreto cometido. Así, resulta vital determinar cuál es el bien jurídico que protege el art. 173.2 del CPes, como veremos más adelante.

Asimismo es discutible la nueva redacción del art. 148 apartados 4º y 5º, que agravan la pena cuando la víctima sea la mujer o ex mujer, o análoga relación aun sin convivencia y cuando sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Especialmente porque ya está prevista como agravante que la víctima sea menor o incapaz, en estos casos si la víctima es menor o incapaz y además convive con el autor ¿se puede aplicar esta agravación conjuntamente con la agravante genérica de abuso de superioridad o la mixta de parentesco?²⁷⁵³

²⁷⁴⁸ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 358.

²⁷⁴⁹ En tal sentido se pronuncia la Circular FGE 4/2005, de fecha 18 de julio.

²⁷⁵⁰ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 361.

²⁷⁵¹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 353.

²⁷⁵² CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 317.

²⁷⁵³ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 337.

Además, la introducción mediante la LO N° 1/2004, concebida como *Ley integral contra la violencia de género*, de los supuestos de persona vulnerable, resulta conflictiva, toda vez que ello escapa del concepto de violencia de género y, por consiguiente, también de la pretendida justificación de su tratamiento diferenciado. Parece evidente que esta modificación se fundamentó en las críticas que se vertieron en el sentido de que la Ley, tal como estaba prevista, podría ser inconstitucional, por infracción del principio de igualdad contemplado en el art. 14 de la CE, acorde con el cual “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”²⁷⁵⁴. Para un sector de la doctrina, sin embargo, la especial protección de las personas vulnerables es insuficiente, al estar prevista únicamente respecto de aquéllas que convivan con el autor, señalando que debería comprender también la protección de aquellas personas vulnerables que convivan con la víctima, como sería el caso del maltrato a los hijos que viven con la madre²⁷⁵⁵.

4.1.2. Cuestiones penológicas

Respecto de este delito se ha criticado que el solo hecho de ser la víctima mujer pareja o persona especialmente vulnerable permita incrementar la pena de dos a cinco años de prisión; pues, si la víctima no reúne esta cualidad, el marco penal sería de seis meses a tres años de prisión (art. 147)²⁷⁵⁶.

4.2. Ejercicio de violencia doméstica no habitual o maltrato singular (art. 153)

El art. 153 del CPes, modificado por la LO 1/2004, se refiere a comportamientos no acompañados de habitualidad y constitutivos de falta (lesiones físicas o psíquicas que no precisan atención médica contenidas en el art. 617.1 y los malos tratos de obra que no conllevan lesión alguna, tipificadas en el art. 617.2), pero que se castigan como delito en atención a la especial relación que existe entre el autor y la víctima²⁷⁵⁷. Pese a que el TC resolvió en la STC N° 59/2008, de 14 de mayo, las objeciones sobre proporcionalidad de la pena, surgen críticas relativas a cuestiones sobre discriminación y vulneración del principio de culpabilidad²⁷⁵⁸.

En el apartado primero se sanciona al que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el CP, o golpear o maltratare 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.

El apartado 2°, establece una pena atenuada en el límite inferior de la pena privativa de la libertad, si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere

²⁷⁵⁴ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 123.

²⁷⁵⁵ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., pp. 337-338.

²⁷⁵⁶ LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 89.

²⁷⁵⁷ CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., pp. 154 y ss.; SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 124; TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 131; FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 76 y MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 126.

²⁷⁵⁸ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., pp. 364-365.

alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el art. 153.1.

En el apartado 3º se agrava la pena a imponer en los apartados 1º y 2º, si el delito se comete en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del CPes o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. En estos casos la sanción debe imponerse en su mitad superior.

En el apartado 4º, se introduce por la LO 1/2004, contempla la posibilidad de atenuar la pena si así lo estima el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho. En estos casos puede imponerse la pena inferior en grado en cualquiera de los apartados anteriores. Se trata de una atenuación cualificada, porque permite imponer la pena inferior en grado escala y no al límite mínimo de la pena aplicable, como ocurriría en el caso de una atenuante general.

4.2.1. Bien jurídico protegido

La inmensa disparidad de criterios en orden a determinar cuál es el bien jurídico protegido en el tipo penal contenido en el art. 153 del CPes es realmente abismante, lo cual no es sino un claro reflejo de la artificialidad del tipo penal en comento. En efecto, para las *teorías monistas*, el objeto jurídico es o bien la integridad moral de ciertos miembros familiares²⁷⁵⁹ o bien la paz y armonía familiar²⁷⁶⁰ o la salud e integridad física y psíquica²⁷⁶¹ o la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y más concretamente su derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante alguno²⁷⁶². Para las *teorías mixtas* en cambio, los bienes jurídicos en juego son la salud individual y pacífica convivencia y armonía familiar; o bien, indirectamente la salud individual y directamente la integridad moral o la integridad moral y la pacífica convivencia y armonía familiar, o la salud individual y la autonomía personal de la mujer como manifestación de su dignidad personal²⁷⁶³, o la integridad corporal y salud física y psíquica así como la dignidad de la persona dentro del ámbito doméstico²⁷⁶⁴.

Cierto es que de la hipótesis que requiere “causar a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito”, podría sostenerse que se tutela el bien jurídico de la *salud individual*, pero ello sin lugar a dudas no justifica por sí solo la conversión de faltas en delitos²⁷⁶⁵ y mucho menos se justifica en el caso de los meros malos tratos de obra. De este modo, a fin de dotar de autonomía al precepto, así como de legitimar y limitar su aplicación, el TS en sentencias de 24 de junio de 2000 y 22 de enero de 2003, entre otras, ha sostenido que “*el bien jurídico protegido en el artículo 153 del CP trasciende a la integridad personal, en tanto que el maltrato familiar, pese a la*

²⁷⁵⁹ SAP de Almería de 06 de octubre de 1999. Conforme a esta postura, cuando la existencia de actos de violencia no puede ser probada cabe apreciar un delito en contra de la integridad moral.

²⁷⁶⁰ RAMÓN RIVAS, *Violencia de género y violencia doméstica*, op. cit., p. 56. En el mismo sentido, se pronuncia la STS de 23 de mayo de 2006.

²⁷⁶¹ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 157.

²⁷⁶² CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., pp. 154 y ss.

²⁷⁶³ QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1212.

²⁷⁶⁴ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 124.

²⁷⁶⁵ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 320.

distorsión que se produce con el aumento de relaciones que se incluyen en el tipo, afecta a valores constitucionales de primer orden; la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad son valores que protege ese precepto, más allá de la integridad". Con la misma finalidad, la "Exposición de motivos" de la LO N° 11/2003, señala que *el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convenir aquel ámbito en un microcosmos regidos por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder sobre su pareja y menores convivientes*". En el mismo sentido, la Ley orgánica N° 1/2004, en la "Exposición de Motivos", se refiere a la necesidad de adoptar medidas tendentes a evitar la situación de subordinación y dominio que tradicionalmente ha sufrido la mujer por parte del hombre.

Por lo tanto, en esta figura penal, pareciera ser que al igual que en el caso del art. 173.2, se protege, además de la integridad moral, la paz familiar, razón por la cual, no se entiende cuál es la diferencia sustancial en la que se fundamenta la distinta ubicación legal, del delito del art. 153 y del art 173.2 del CPes²⁷⁶⁶.

4.2.2. Sujetos

El art. 153 del CPes es un *delito especial*²⁷⁶⁷, toda vez que el tipo penal requiere para su concurrencia en el art. 153.1, que el *sujeto activo* sea el esposo, ex esposo o la pareja de hecho o ex pareja de hecho de la víctima, o bien, se trate de una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor; en tanto que en el art. 153.2, el tipo exige que el sujeto activo se encuentre relacionado con la víctima por alguno de los vínculos indicados en el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el art. 153.1 del CPes²⁷⁶⁸. La constatación del vínculo existente entre el sujeto activo y la víctima, deben ser tenidos en cuenta en el caso de que el *intraneus* se sirva de un *extraneus* para cometer el delito²⁷⁶⁹.

A mi juicio, se trata de un delito especial *impropio*²⁷⁷⁰, ya que, más allá de la teoría que se sustente acerca de cuál es el bien jurídico protegido en esta figura penal, lo cierto es que si no concurrieran las circunstancias especiales en el autor exigidas por el tipo penal del art. 153, las conductas no quedarán impunes, sino que deberán ser sancionadas acorde con los tipos penales comunes contenidos en los arts. 617.1 y 2^{2771/2772}.

²⁷⁶⁶ LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 89.

²⁷⁶⁷ GONZÁLEZ RUS, "Las lesiones", op. cit., p. 157.

²⁷⁶⁸ QUERALT JIMÉNEZ Y D'ARGEMIR I CENDRA, "La violencia de género: política criminal y ley penal", op. cit., p. 1212.

²⁷⁶⁹ QUERALT JIMÉNEZ Y D'ARGEMIR I CENDRA, "La violencia de género: política criminal y ley penal", op. cit., p. 1212.

²⁷⁷⁰ Así, Mir Puig, sostiene que los delitos especiales impropios son aquellos que guardan correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 228).

²⁷⁷¹ De acuerdo con esta opinión, se manifiestan QUERALT JIMÉNEZ Y D'ARGEMIR I CENDRA, "La violencia de género: política criminal y ley penal", op. cit., p. 1212.

²⁷⁷² En contra de esta opinión se manifiesta González Rus, para quien el tipo tiene la naturaleza de delito especial propio ya que hace que sólo los sujetos cualificados puedan ser autores, coautores o autores mediatos, en tanto que los extraños pueden ser partícipes (GONZÁLEZ RUS, "Las lesiones", op. cit., p. 159).

Al respecto vale la pena recordar que son delitos especiales propios los que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser autores *ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma*

La diferenciación entre los apartados 1º y 2º, en relación al sujeto pasivo, se realiza con efectos de pena, ya que en el apartado 1º correspondiente a la esposa o compañera, aun sin convivencia (vínculo que incluye a la relación matrimonial y a los casos de separación legal, divorcio, nulidades, rupturas matrimoniales e incluso a los noviazgos²⁷⁷³), o la persona especialmente vulnerable con la que conviva el autor, la pena privativa de libertad es de 6 meses a 1 año y en tanto que en el apartado 2º, correspondiente a alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, salvo las ya mencionadas en el párrafo 1º, la pena privativa de la libertad es de 3 meses a 1 año. Las demás penas son iguales en ambos casos. Con ello se demuestra que el sentido de la reforma es el de castigar con superior pena los malos tratos contra la esposa o la compañera, aunque no haya convivencia, y contra las personas especialmente vulnerables con las que se conviva, y con pena menor los malos tratos contra los otros sujetos, pero la diferencia es pequeña y se refiere sólo al límite mínimo de la pena, quedando el máximo igual en todos los casos²⁷⁷⁴. Quedan fuera de la pena superior los malos tratos contra el esposo o compañero causados por su mujer o compañera o por su marido o compañero y los de una mujer contra su esposa o compañera²⁷⁷⁵.

4.2.3. Conducta

La conducta consiste en causar a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el CPes, es decir, de aquellas que sólo requiera una primera asistencia médica o facultativa (art. 617.1), o bien, golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, siempre que la víctima 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 se trate de una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor²⁷⁷⁶.

En esta figura, se transforman en delito las faltas en contra de las personas, cuyo contenido coincide con el de las faltas del art. 617²⁷⁷⁷, referidas, en el caso del art. 617.1, a una lesión no delictiva, consistente en una lesión que no precisa tratamiento médico o quirúrgico, bastando con una primera asistencia facultativa, o bien en la afectación de la salud psíquica del sujeto pasivo, sin que baste el simple maltrato psíquico que no provoca efectivo quebranto de la misma²⁷⁷⁸; y en el caso del art. 617.2, a la conducta de golpear o maltratar de obra a otro, sin causar lesión a la víctima y sin requerir primera asistencia facultativa. De esta manera, podemos decir que la conducta típica no requiere un especial menoscabo físico, ya que puede no haberlo²⁷⁷⁹. El plus de punibilidad vendría justificado por la especial relación entre la víctima y el victimario²⁷⁸⁰, sin embargo como ya hemos explicado la concurrencia de esta circunstancia no tiene como consecuencia la aplicación automática de este tipo

conducta (MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 228). Como se aprecia, no estamos en el caso de análisis, en presencia de un delito especial propio, toda vez que la no concurrencia de las circunstancias personales no tiene como consecuencia la impunidad del hecho, sino la aplicación de ciertos y determinados tipos penales comunes.

²⁷⁷³ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 159.

²⁷⁷⁴ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 365.

²⁷⁷⁵ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 365.

²⁷⁷⁶ LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 87.

²⁷⁷⁷ En tal sentido, se pronuncia la STS N° 580/2006, de fecha 23 de mayo.

²⁷⁷⁸ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 160.

²⁷⁷⁹ QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1213.

²⁷⁸⁰ QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1213.

agravado, si no concurren los fundamentos del mismo, siendo posible excluir la aplicación del precepto, cuando la agresión es absolutamente ajena al contexto criminológico de estas figuras delictivas, lo que ocurrirá cuando la conducta no está motivada, propiciada o facilitada por la especial relación existente entre autor y víctima²⁷⁸¹ o cuando la violencia no se ha ejercido como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad o con la finalidad de dominación del hombre sobre la mujer. Una interpretación en contrario vulneraría claramente el principio de igualdad²⁷⁸². Por lo tanto, podemos señalar que el tipo no castiga todo ataque a una mujer, sino sólo a determinadas mujeres, en determinadas relaciones y cuando la agresión fuera propinada por determinados sujetos activos²⁷⁸³.

Respecto de la agravación contemplada en el art. 153, relativa a la falta de lesiones del art. 617.1, deben concurrir los requisitos generales necesarios para los delitos de lesiones²⁷⁸⁴, los cuales han sido latamente analizados a lo largo de esta investigación.

Como se aprecia, el art. 153 del CPes, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 173.2 del CPes, no requiere de habitualidad, sino que basta con un solo acto, es decir, se sanciona “el maltrato” en singular.

En cuanto al *tipo subjetivo*, se trata de comportamientos dolosos²⁷⁸⁵, siendo posible el dolo eventual²⁷⁸⁶, ya que el sujeto activo debe tener presente no sólo la conducta, sino que además la relación en la cual ésta tiene lugar²⁷⁸⁷.

Aun cuando probablemente el motivo del ascenso a delito de tales faltas sea que ello facilita la adopción de medidas cautelares de protección a las víctimas así como la imposición de penas accesorias (de las previstas en los arts. 48 y 57 del CPes) de mayor duración, varios son los principios que en la práctica pudieran verse vulnerados²⁷⁸⁸.

Así, por ejemplo, respecto del principio de proporcionalidad²⁷⁸⁹, si bien, en el caso de las lesiones la transformación de falta en delito debería hacerse, en general, es decir, cuando se requiera asistencia médica, no parece proporcional realizarlo en el caso del maltrato ni en el caso de una vejación aislada^{2790/2791/2792}. La generalidad con la que

²⁷⁸¹ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 77 y SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 123.

²⁷⁸² QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1213.

²⁷⁸³ QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1214.

²⁷⁸⁴ QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1213.

²⁷⁸⁵ Así, STS N° 566/2009, de fecha 28 de mayo.

²⁷⁸⁶ Así, GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 160 y STS N° 92/2009, de 29 de enero.

²⁷⁸⁷ QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1214.

²⁷⁸⁸ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., pp. 76-77.

²⁷⁸⁹ En tal sentido, González Rus afirma que: “El incremento de gravedad que supuso la reforma de 2003 y que ha consolidado la de 2004, convirtiendo simples faltas en un delito castigado con penas de prisión de hasta un año, por el simple hecho de que sujeto pasivo de las mismas son unas concretas personas, constituye una violación palmaria del principio de proporcionalidad. Lo que puede provocar, paradójicamente, efectos indeseables, pues lo desmesurado de la respuesta penal puede generar una cierta reluctancia en juzgados y tribunales a imponer penas tan desproporcionadas, buscando subterfugios y abriendo agujeros que acaben vaciando el tipo penal en relación con el texto de la reforma de 2003” (GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 158).

²⁷⁹⁰ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 316.

se ha operado la transformación de las faltas en delito lleva a castigar con penas de hasta un año de prisión conductas muy poco peligrosas para la salud individual²⁷⁹³, hechos que, en cualquier otro contexto, son castigados únicamente con una pequeña pena de multa o de localización permanente conforme a lo dispuesto en el art. 617 del CPes^{2794/2795}. Así, por ejemplo, un empujón entre cónyuges o una bofetada al hijo deben considerarse siempre y en todo caso un comportamiento delictivo, pese a lo cual, como ya se ha indicado, el ATC 332/2005, de 13 de noviembre, consideró que no se faltaba al principio de proporcionalidad por esta conversión de faltas en delito²⁷⁹⁶.

Del mismo modo, en cuanto a los principios de igualdad y de culpabilidad, surgen grandes dudas, en cuanto a la modificación introducida por la LO 1/2004, referida a la mayor pena por razón de género aplicable automáticamente cuando la víctima es mujer, como sucede en el caso de los malos tratos recíprocos entre los dos miembros de una pareja, con conductas idénticas, en donde ambos se acometen con igual intensidad y resultado y la pena que se les debe aplicar a cada uno es distinta, al hombre la más grave del art. 153.1 y a la mujer la menos grave del art. 153.2²⁷⁹⁷.

Además de estos cuestionamientos, siempre queda latente la idea de que el mayor grado de injusto o de culpabilidad que pueden concurrir cuando el hecho se comete respecto de un familiar, podría perfectamente haber sido considerado a través de

²⁷⁹¹ Larrauni Pijoan, menciona que la crítica se produjo tanto respecto de la transformación en delito de la falta de lesiones como de los malos tratos de obra, casos en los que la pena podría resultar desproporcionada (LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 87).

²⁷⁹² Por su parte, Carbonell Mateu y González Cussac advierten que la necesidad de convertir estas faltas en delito no puede argumentarse apelando genéricamente a la imposibilidad de adoptar medidas cautelares en las faltas, porque desde la Ley 27/2003, en los casos de violencia doméstica esto no es así salvo en cuanto se refiere a la prisión provisional y parece cuestionable la necesidad de recurrir a ésta y no a otras medidas cautelares menos gravosas en estos casos. Agregan que la justificación del salto de falta a delito ha de buscarse en criterios de necesidad de pena; pero debe advertirse del peligro de que la alarma social que despierta este problema acabe llevando a castigar más de lo que el principio de proporcionalidad impone, y en todo caso la relación parental entre ofensor y ofendido no parece elemento suficiente para justificar j9er se este incremento de la gravedad de la respuesta penal (CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., pp. 154 y ss.).

²⁷⁹³ Carbonell Mateu y González Cussac sostienen que no hay tacha de constitucionalidad alguna, en los casos en los que el legislador agravó las conductas llevadas a cabo por un hombre contra una mujer, sin embargo, opinan que el problema consiste en la tipificación de conductas de tan escasa significación y tal grado de cotidianeidad que permiten afirmar que el DP ha invadido de manera irrefrenable la vida de los ciudadanos convirtiendo en absolutamente normal la comisión de delitos, con un despliegue de arsenal punitivo y de diversas disposiciones normativas, las cuales no parecen lograr efectos considerables; lo que no es de extrañar si se considera que se trata de una delincuencia con fuerte arraigo social, relacionada con patrones de conducta aprendidos de generación en generación y asociada además con frecuencia a víctimas colaboradoras con el agresor. Acertadamente, sostienen estos autores que el DP no puede jugar en estos casos más que un papel esencialmente simbólico, de llamada de atención; la solución pasa por medidas educativas ciertamente más costosas a las arcas públicas que la promulgación de leyes, y de las que no puede esperarse eficacia sino a medio y largo plazo, ya que se trata de las manifestaciones más primarias de la naturaleza humana: la violencia más cruel contra los seres más cercanos como simple expresión de dominio, pese a lo cual, deberíamos resistir la tentación de pensar que la solución está en el DP (CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., pp. 155-156).

²⁷⁹⁴ FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, op. cit., p. 76.

²⁷⁹⁵ En tal sentido, Carbonell Mateu y González Cussac señalan que un empujón a un pariente en el interior de la morada se transforma en delito y, dado que aquí no existe habitualidad, es preciso entender que lo que justifica la condición de delito y la gravedad de la pena es precisamente la relación entre ofensor y ofendido... pero, ¿realmente y en todo caso es este un argumento defendible? (CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 154 y ss.).

²⁷⁹⁶ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 366.

²⁷⁹⁷ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 118-120 y GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 367.

las circunstancias de abuso de superioridad (art. 22.2); alevosía (art. 22.1); discriminación en razón del sexo (art. 22.4), o bien, mediante la circunstancia mixta del parentesco (art. 23)²⁷⁹⁸.

4.2.4. Medios comisivos

El tipo penal del art. 153 del CPes, al menos en sus hipótesis básicas, es un tipo de medios abiertos, toda vez que se puede cometer por cualquier medio o procedimiento, razón por la cual admite la comisión por omisión.

4.2.5. Agravaciones del art. 153.3

El art. 153.3 contiene una hipótesis agravada aplicable a los apartados 1 y 2 de la misma disposición, en virtud de la cual, la pena debe imponerse 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 art. 48 del CPes o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

En cuanto a los casos en que se ejecute el hecho *en presencia de menores*²⁷⁹⁹, debe entenderse por menores las personas que no han alcanzado la mayoría de edad, es decir los menores de 18 años, toda vez que la ley no ha especificado para esta disposición una edad más baja²⁸⁰⁰. La cualificación debe entenderse basada en la mayor afectación psicológica que supone para menores que presencian los hechos sin padecer directamente el maltrato, por lo que se limita a los menores, también incluidos en las relaciones familiares o similares protegidas por esta figura legal^{2801/2802}. Por la misma razón, la agravante especial requiere que el menor se encuentre en condiciones de percibir el hecho violento y, por lo tanto, no procede cuando se trate, por ejemplo, de un

²⁷⁹⁸ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 316.

²⁷⁹⁹ Queralt Jiménez y D’Argemir i Cendra afirman que la *ratio* del precepto consiste en propender a un efecto multiplicador de la violencia, evitando que esta se interiorice en los menores y, en el futuro, los menores sean igualmente maltratadores; no debemos olvidar que la violencia no es algo innato, sino que se aprende y se aprende con facilidad. Pero, situada así esta agravación supone un agravamiento de la pena no basado en un incremento objetivo de la peligrosidad objetiva de la acción para con el bien jurídico-penalmente protegido, sino que ese plus de penalidad sólo cabe basarlo en un pronóstico incierto de agresividad del menor, que podrá reproducir o no a lo largo de su vida. Si bien parece una constante el que muchos maltratadores en edad adulta han sido maltratados -o han sido testigos del maltrato- en su infancia o juventud, no cabe inferir la conclusión contraria: que todo maltratador actual ha sido testigo de maltratos anteriores. Agregan que hacer depender el castigo o su plus respecto al tipo básico del peligro que la acción enjuiciada pueda tener en el futuro, si el ejemplo, consciente o inconscientemente es seguido o emulado por terceros comporta una punición incasable con un DP del acto, es decir, un DP basado en actos propios. Señalan que desde esta perspectiva ni quisiera resulta aceptable limitar por vía de interpretación que haya de limitarse la agravación cuando el hecho fuere cometido ante menores cuando estos estuvieren relacionados con la víctima o su victimario, dejando fuera del ámbito de la norma que quepa considerar la presencia de *cualquier menor* como elemento desencadenador de esta semiagravación (QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., pp. 1215-1216).

²⁸⁰⁰ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 368.

²⁸⁰¹ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 121.

²⁸⁰² Así lo entiende la Circular de la FGE 4/2003, de 30 de diciembre, con el argumento de que no se agravan las lesiones entre extraños causadas en presencia de menores.

hijo de un mes²⁸⁰³. Teniendo en cuenta que lo que se agrava es que el menor presencia la agresión, no debe aplicarse la agravante cuando la víctima es el propio menor, toda vez que así se infiere de la comparación entre la expresión utilizada y la propia de las cualificaciones basadas en la menor edad del sujeto pasivo²⁸⁰⁴ y, además, en el caso de análisis, la presencia del menor es inherente al delito e irrelevante para justificar una mayor penalidad²⁸⁰⁵. Desde el punto de vista subjetivo resulta necesario que el dolo del sujeto abarque el conocimiento de la presencia física del menor²⁸⁰⁶.

Respecto de la agravante de *utilización de armas* incluida en el art. 153.3, hay que señalar que ésta no se encuentra en los arts. 171 y 172, pero sí aparece en el art. 173.2. La ausencia de referencia a “otros instrumentos peligrosos”, que sí aparece en otros preceptos del CPes, impide incluirlos en la agravación, razón por la cual, ha de manejarse un concepto de *armas en sentido estricto*, es decir, aquellos que se tienen por tales y no cualquier instrumento peligroso²⁸⁰⁷, restringiéndolo, por lo tanto, únicamente a las armas blancas y a las de fuego, pero no otros artefactos susceptibles de ser utilizados como armas²⁸⁰⁸.

El arma ha de ser utilizada, lo cual implica que al menos sea exhibida, toda vez que con ello se justifica el plus de injusto derivado del peligro en abstracto para la salud de la víctima y el especial efecto intimidatorio propio de esta conducta^{2809/2810}, máxime si se considera que el tipo penal incluye no sólo la afectación de la salud física sino que también considera la afectación de la salud psíquica, por ello no basta con el mero hecho de portar el arma²⁸¹¹. Si bien se sostiene que el delito de tenencia ilícita de armas sin licencia puede entrar en concurso con el maltrato sin quebrar el principio *ne bis in idem*, pues lo que aquí serviría para agravar no sería la tenencia irregular de un arma, sino su utilización (se cometa o no delito de tenencia ilícita del arma)²⁸¹², no comparto dicha apreciación. En efecto, en el delito de tenencia ilícita de armas, nos encontramos ante un delito de mera actividad y de peligro abstracto, cuyo bien jurídico de naturaleza universal, es la seguridad colectiva y cuya finalidad es evitar la clase de peligro derivada del porte o de la tenencia de un medio tan peligroso como lo es un arma en sentido estricto, peligro que en la especie se ha materializado o concretado en la afectación del bien jurídico tutelado en el art. 153, toda vez que en este supuesto el arma que se exhibe o que se usa es ni más ni menos que el medio utilizado para cometer el delito de maltrato singular. Así las cosas, la exhibición o el uso de arma considerado como circunstancia agravante en el art. 153.3, no puede volver a ser utilizado, ahora como una infracción independiente, sin pasar a llevar con ello, el principio del non bis in idem, encontrándonos, por lo tanto, ante un concurso de leyes penales resuelto por el

²⁸⁰³ Así, por ejemplo, SAP de Vizcaya, N° 301/2005, de fecha 14 de enero.

²⁸⁰⁴ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 133.

²⁸⁰⁵ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 369.

²⁸⁰⁶ Queralt Jiménez y D’Argemir i Cendra opinan que por esta razón debería quedar excluido el caso en que el niño o niña oigan la disputa y/o los ruidos que la violencia genere (QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1215).

²⁸⁰⁷ QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1216.

²⁸⁰⁸ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 262.

²⁸⁰⁹ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 133.

²⁸¹⁰ En contra de esta opinión se manifiestan Queralt Jiménez y D’Argemir i Cendra, para quienes no basta con esgrimirla sino que debe ser efectivamente utilizada en el hecho (QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1216).

²⁸¹¹ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 133 y QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1216.

²⁸¹² GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 369.

principio de consunción. Así las cosas, para que en la especie nos encontremos ante un concurso de delitos y no ante un concurso de leyes penales, debería concurrir, además del peligro ínsito en la circunstancia del art. 153.3, una conducta distinta generadora de un peligro para la seguridad pública, constitutiva de un desvalor adicional y distinto, no abarcado por el desvalor inherente al tipo agravado del art 153.3, en cuyo caso no cabría aplicar el criterio de la consunción propia del concurso de leyes penales y debería sancionarse la conducta de porte ilegal de arma de fuego de manera autónoma o independiente.

La circunstancia agravante consistente en que el hecho *tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima*, se presenta además del art. 153.3, en los arts. 171.5 y 172.2 del CPes. Muchas son las interrogantes que plantea esta circunstancia. Así por ejemplo cabe preguntarse ¿qué entendemos por domicilio común o de la víctima?, ¿solamente el habitual o también una segunda residencia?, ¿cabe abarcar el domicilio de padres, hermanos o amigos, en los que la víctima se encuentre acogida? Segundo, ¿cuál sería la relación concursal con un eventual delito de allanamiento de morada, cuando no se trate del domicilio común?, ¿el tipo agravado o habría un concurso de delitos entre el tipo básico, con delito de allanamiento de morada? Problemática que se complica en los casos en que ese domicilio siga siendo el del autor ¿cabe en estos casos aplicar la agravante?, máxime cuando la justificación que se propone respecto de estos delitos es precisamente la protección de la “paz familiar” del “espacio íntimo de convivencia”²⁸¹³.

Pareciera ser que el fundamento de esta circunstancia cualificante se basa en el mayor impacto psíquico de las agresiones producidas en el entorno físico más inmediato de la víctima, toda vez que la agresión se produce en el lugar o espacio que suele brindar protección anímica a la misma^{2814/2815}. En caso de que la agresión se produzca el domicilio exclusivo de la afectada la agravación se fundamenta además, en el atentado que la conducta del acusado representa para la intimidad domiciliaria de la afectada²⁸¹⁶. Por domicilio debe entenderse el espacio que constituye la residencia habitual, lo cual no es incompatible con la existencia de más de un domicilio, por ejemplo una segunda residencia donde se suele ir de vacaciones o los fines de semana o el domicilio de los padres de la víctima, siempre que concurra la nota de habitualidad²⁸¹⁷. En caso de que el domicilio dejó de ser común, pasando a ser del agresor luego de la separación o divorcio, debe rechazarse la aplicación del tipo cualificado dado que resulta exigible la

²⁸¹³ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 322.

²⁸¹⁴ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 133.

²⁸¹⁵ Para Queralt Jiménez y D’Argemir i Cendra, en cambio, en esta circunstancia se parte de la base de la *mayor peligrosidad objetiva* del sujeto activo para la indemnidad de la víctima, toda vez que el *ataque en el domicilio* aún conjunto supondría *aprovechar la ventaja* que la proximidad da para el maltratador que abusa de su relación de poder para con su aun pareja, reduciendo, incluso, la eventual escapatoria de la víctima. A juicio de estos autores, el peligro no decrece cuando, rota la relación, el agresor se apersona en el domicilio de la víctima, al que ya es ajeno, pues lo conoce. Y si no ha habido prácticamente convivencia, sostienen que el peligro no viene tanto dado por la seguridad que ello pudiera producir en el agresor, sino en que el ataque se produce donde la víctima se considera a salvo de las injerencias externas, incluidas las violentas (QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1216).

²⁸¹⁶ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 262.

²⁸¹⁷ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 133.

actualidad de uso²⁸¹⁸. Con mayor razón no procede la agravante si la agresión tiene lugar en el domicilio exclusivo del agresor²⁸¹⁹.

Algunos autores rechazan esta agravación por entender que lo normal en casos de violencia doméstica o de género, es que la agresión ocurra, precisamente, en el domicilio, su “particular campo de batalla”, señalándose además que la agravación es inútil cuando además hay allanamiento de morada -por tratarse del domicilio que sólo es de la víctima pues se alcanza la misma pena agravando el maltrato que haciendo entrar el concurso medial el tipo básico de maltrato y el allanamiento²⁸²⁰.

En los supuestos en los cuales el agresor entre al domicilio de la víctima, puede concurrir la última circunstancia de agravación en caso de vulnerarse con ello una orden de alejamiento²⁸²¹.

Por último, el precepto contempla la agravación del tipo penal, en caso de que los hechos se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

La circunstancia coincide con la tipicidad del art. 468 del CPes, razón por la cual, para evitar la vulneración del principio *ne bis in idem*, debe considerarse la aplicación de un concurso de leyes penales en virtud del principio de alternatividad, según lo dispuesto en el art. 8.4, aplicando el precepto que contempla mayor pena, para algunos y para otros la regla a aplicar, es la contemplada en el art. 8.1, esto es, el principio de especialidad, sin embargo, en ambos casos el tipo que deberá aplicarse es el del art. 153.3²⁸²².

Estas cualificantes son las mismas que las previstas en el art. 173.2.II, confirmándose así la relación entre ambas figuras. Del mismo modo, salvo la no contemplación del uso de armas en el caso de las coacciones, en el art. 153.3, se recogen las mismas circunstancias de agravación existentes para amenazas contenidas en el art. 171 (al uso de armas agrega la utilización de otros instrumentos peligrosos) y para las coacciones tratadas en el art. 172.

La agravación obligatoria procede con una sola de las circunstancias, ya que se establecen en régimen de alternatividad; es aplicable en agresiones con víctimas de cualquiera de los tres círculos, dada la referencia a los apartados 1 y 2, Si hay dos o más circunstancias, con una se aplicará la pena en su mitad superior (art. 153.3) y la segunda o ulteriores se tendrán en cuenta para medir la pena, o entrarán en concurso, en los casos en los que dan vida a un delito distinto (allanamiento de morada, quebrantamiento de condena o tenencia ilícita de armas)²⁸²³.

4.2.6. La atenuación especial de la pena (art. 153.4)

El art. 153.4, del CPes contempla la posibilidad de atenuar la pena si así lo estima el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho. En estos casos puede imponerse la pena inferior en grado en cualquiera de los apartados anteriores. Larrauni

²⁸¹⁸ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 133.

²⁸¹⁹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 369.

²⁸²⁰ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 369.

²⁸²¹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 370.

²⁸²² GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 370.

²⁸²³ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 368.

Pijoan, menciona esta norma como una de aquellas formas que permite contrarrestar la elevación de penas operada en el art. 153.1 que tanta discusión ha ocasionado²⁸²⁴.

La atenuación del art. 154.4, también se contempla en los arts. 171 y 172 y es aplicable a los tres apartados anteriores.

En los arts. 153 y 171 la atenuación se contempla no sólo para la violencia contra la mujer, sino también para las personas especialmente vulnerables y para las demás del entorno doméstico y de convivencia, donde el móvil discriminatorio machista no aparece. En el art. 172 la atenuación sólo opera en el círculo de las mujeres y en el de las personas especialmente vulnerables, puesto que el círculo amplio de la violencia doméstica no genera la conversión de la falta de coacciones en delito.

Aun cuando el hecho sea una manifestación de la desigualdad, la discriminación y las relaciones de poder, la atenuante se puede aplicar, ya que la no concurrencia de dicha manifestación impide aplicar el tipo agravado del art. 153, es decir, si el hombre no actúa por razón de discriminación, entonces no procede aplicar los tipos agravados por violencia de género²⁸²⁵. Del mismo modo, si el hombre actúa en reacción defensiva, tras un ataque previo de su mujer (y siempre que no estemos ante una legítima defensa completa), tampoco procede aplicar el tipo agravado de violencia de género, para luego atenuarlo, sino que se debe rechazar la agravación por la presencia del móvil defensivo²⁸²⁶.

Así las cosas, el ámbito de aplicación de la atenuación es bastante reducido, ya que hay que tener en cuenta que, junto con esta nueva atenuación, existe la agravación (arts. 153.3, 171.5 y 172.2) referida a que el hecho se realice en presencia de menores, en el domicilio común, en el de la víctima o quebrantando penas o medidas, a lo que se añade, en el caso del art. 153, que se hayan utilizado armas²⁸²⁷. La no concurrencia de ninguno de estos supuestos no sirve para construir la atenuante, sino que para no aplicar la agravación²⁸²⁸. La atenuación quedará para los casos en los que la intensidad del ataque, la personalidad no violenta del hombre, el motivo de la agresión, etc., determine que la pena resulte desproporcionada²⁸²⁹.

La ubicación y contenido de la atenuante permiten bajar la pena en un grado, aunque concurra alguno de los motivos de agravación del apartado tercero²⁸³⁰.

4.2.7. Concursos

La detención ilegal no queda absorbida por el delito de maltrato cuando se prolonga en el tiempo²⁸³¹. Según García Álvarez el delito de maltrato singular es compatible con el quebrantamiento de condena y con la violencia habitual^{2832/2833}. Sin

²⁸²⁴ LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 88.

²⁸²⁵ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 370.

²⁸²⁶ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 370.

²⁸²⁷ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 371.

²⁸²⁸ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 371.

²⁸²⁹ En tal sentido, la Circular de la FGE N° 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LO 1/2004, señala que la atenuante responde a razonables exigencias de los principios de proporcionalidad y culpabilidad, y puede aplicarse en teniendo en cuenta la forma e intensidad de la agresión, la personalidad no violenta o las agresiones mutuas.

²⁸³⁰ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 371.

²⁸³¹ STS N° 13/2009, de 20 de enero.

²⁸³² STS N° 92/2009, de 29 de enero.

²⁸³³ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 371.

embargo, pienso que en ambos casos de estimarse que concurre un concurso de delitos, se incurría en infracción del principio *ne bis in idem*, debiendo regir la norma del art. 8.4 del CPes²⁸³⁴.

Además hay que tener presente que si la conducta se lleva a cabo de manera reiterada, la norma a aplicar será la del art. 173.2 y 3 y no la del art. 153²⁸³⁵.

4.2.8. Cuestiones penológicas

Si la víctima es 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, será castigado 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 (art. 153.1); por el contrario, si la víctima es una hija, una madre, un padre o un hermano, la pena de prisión es de tres meses a un año de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días (art. 153.2). Sin embargo, en los supuestos de violencia habitual del art. 173.2, se prevé la misma pena de seis meses a tres años, independientemente de sobre quién recaiga la violencia (mujer, pareja, hombre, descendientes, ascendientes, hermanos), siendo ello atribuible a una falta de sistematización²⁸³⁶.

4.3. Delito de amenazas leves (art. 171)

Al art.171 del CPes, referido a las amenazas, se añadieron los nuevos apartados 4, 5 y 6. Con ello se pretendió transformar en delito faltas de amenazas contra las personas e incluir ciertas cualificaciones de esos delitos por los instrumentos usados y por las circunstancias de lugar o presencia de otras personas²⁸³⁷. En estos casos, es posible preguntarse si en realidad está justificada la conversión de la falta en delito en relación con los bienes jurídicos afectados, de manera que se pueda sostener la legitimidad de esta figura penal²⁸³⁸. En efecto, no se entiende que la conversión lleve a distintas penas en función del sexo del autor y de la víctima y de su relación o, incluso, que la conversión se produzca o no en función del sexo y del vínculo, como ocurre con las coacciones²⁸³⁹.

El apartado 4º, sanciona al que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia y en su inciso 2º sanciona con la misma pena que en el caso anterior, al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

De esta manera podemos afirmar que conforme a lo dispuesto en el apartado 4, constituye un delito y no falta el amenazar levemente a la esposa o compañera, aunque no haya convivencia o a las personas especialmente vulnerables con las que se conviva,

²⁸³⁴ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 134.

²⁸³⁵ QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, op. cit., p. 1214.

²⁸³⁶ LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., pp. 88-89.

²⁸³⁷ PRATS CANUT Y QUINTERO OLIVARES, “De las amenazas”, en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la PE del DP*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 241.

²⁸³⁸ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 320.

²⁸³⁹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 362.

con lo cual, la condición del sujeto pasivo sirve para convertir en delito lo que en otro caso es una falta, concretamente de amenaza leve del art. 620 del CPes. Esta conversión opera en caso de amenaza leve con o sin armas. La selección de sujetos pasivos plantea las mismas exclusiones y los mismos problemas vistos ya en las lesiones. Sin embargo, cabe preguntarse ¿por qué en el caso del párrafo primero del art. 171.4 sólo puede ser autor el hombre y víctima la mujer y en los otros supuestos no se da esta limitación?, ¿por qué en el caso de persona vulnerable del art. 171.4, párrafo 2º, se exige convivencia y en el primero no?, ¿por qué es mucho mayor la pena de las amenazas del art. 171.4, cuando se trata de amenazas leves sin armas, que la del art. 171.5, en el que se requieren armas o instrumentos peligrosos?²⁸⁴⁰.

En el apartado 5º se sanciona al que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las contempladas en el art. 171.4.

En los apartados 4º y 5º se contempla la aplicación de la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del CPes o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

En el apartado 6 se establece una atenuación de la pena establecida en 4º y 5º, que podrá aplicar el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las *circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho*, pudiendo imponer la pena inferior en grado. Esta norma puede ser una forma fácil de contrarrestar la elevación de penas que tanta polémica ha generado²⁸⁴¹.

4.3.1. Cuestiones penológicas

Se critica el hecho de que la amenaza con arma a la mujer pareja del autor tiene la misma pena que la amenaza sin arma a la mujer pareja del hechor²⁸⁴². Además la pena mínima de una amenaza con arma a una niña es de tres meses y el mismo comportamiento respecto de la mujer pareja del autor tiene prevista una pena de seis meses (para ello compárese los números 4 y 5 del art. 171 del CPes)²⁸⁴³.

4.4. Delito de coacciones leves (172.2)

El art. 172.2 castiga como delito conductas que fuera de este ámbito, son únicamente constitutivas de falta del art. 620.2. En efecto, dicho tipo penal sanciona al que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Conforme a lo dispuesto en el inciso 2º, se debe aplicar la misma pena que en el caso anterior al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. De acuerdo con el inciso 3º de ésta disposición, la pena deberá imponerse en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen

²⁸⁴⁰ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 337.

²⁸⁴¹ LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 90.

²⁸⁴² LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 90.

²⁸⁴³ LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 90.

quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. No obstante lo anterior, el inciso final del art. 172.2, contempla la atenuación de la pena, si el Juez o Tribunal así lo estima, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, pudiendo imponer la pena inferior en grado.

Al igual que en el caso de los arts. 153 y 171.4, en estos casos, es posible preguntarse si en realidad está justificada la conversión de la falta en delito en relación con los bienes jurídicos afectados, de manera que se pueda sostener la legitimidad de esta figura penal²⁸⁴⁴.

Las coacciones leves que de ordinario constituirían falta, se convierten en delito si la víctima es la esposa o compañera del autor aunque no convivan, o se trata de persona especialmente vulnerable que con viva con el autor²⁸⁴⁵. Quedan fuera del ámbito de la conversión de falta en delito los casos de las coacciones ejercidas por la mujer sobre el hombre o por el hombre sobre otro hombre, salvo que se trate de víctimas especialmente vulnerables²⁸⁴⁶. La falta no se convierte en delito cuando la víctima pertenece al ámbito de la violencia doméstica²⁸⁴⁷. Se introducen las circunstancias agravantes y la atenuante contempladas en las amenazas. Por lo que se refiere a la conversión de la falta de coacciones leves en delito, sólo opera en el círculo de las mujeres y en el de los sujetos especialmente vulnerables que conviven con el autor²⁸⁴⁸. La diferencia con el caso de las amenazas está en que el círculo amplio de la violencia doméstica nunca provoca la conversión de la falta en delito, debiendo hacerse la calificación conforme al art. 620²⁸⁴⁹. Tratándose de las amenazas leves sin armas y de coacciones leves la falta se convierte en delito sólo en el caso de los dos primeros círculos -mujeres y personas especialmente vulnerables-, pero no en el círculo más amplio de la violencia doméstica o asimilada²⁸⁵⁰.

Así, en el 2º párrafo del art. 620, se siguen conteniendo las amenazas, coacciones, injurias o vejaciones de carácter leve, añadiéndose ahora la expresión “salvo que el hecho sea constitutivo de delito”, es decir: salvo en los casos en los que la condición de la víctima produzca la conversión del ataque leve en delito. Por lo que se refiere a los casos en los que la víctima es una de las personas citadas en el art. 173.2, la pena de multa, genéricamente prevista, se sustituye por la de localización permanente, alejado el autor de la víctima y en domicilio diferente, o por la de trabajos en beneficio de la comunidad²⁸⁵¹. Finalmente, y tratándose de las personas del art. 173.2, la denuncia de la víctima, normalmente exigible, queda reducido para los casos de injurias, prescindiéndose de ella si se trata de las demás vejaciones²⁸⁵².

Si bien en estos casos la conversión de las faltas en delitos podría facilitar las denuncias, imposibilita una mínima prueba de los hechos, con carácter previo a que el

²⁸⁴⁴ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 320.

²⁸⁴⁵ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 363.

²⁸⁴⁶ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 363.

²⁸⁴⁷ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 363.

²⁸⁴⁸ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 363.

²⁸⁴⁹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 363.

²⁸⁵⁰ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 363.

²⁸⁵¹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 363.

²⁸⁵² García Álvarez (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 363.

juez dicte una resolución con efectos tan contundentes como una orden de protección²⁸⁵³.

4.5. Maltrato habitual (173.2)

El art. 173.2 castiga la violencia física o psíquica habitual en el ámbito doméstico o en ámbitos de convivencia asemejados entre los delitos contra la *integridad moral*^{2854/2855}. La previsión de la violencia habitual se acompaña de una cláusula concursal en cuya virtud las penas previstas se aplicarán sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica²⁸⁵⁶. En el art. 173.2 CP no se protege, pues, la salud, libertad o seguridad de las víctimas, cuya afectación ya se contempla en otros preceptos del Código, sino su integridad moral²⁸⁵⁷. Por tanto, las lesiones, amenazas, injurias, agresiones o abusos sexuales, etc., que pueden cometerse en este contexto serán también castigados autónomamente (posibilidad expresamente prevista en el art. 177 CP) y se presentarán en concurso ideal con el delito de violencia habitual²⁸⁵⁸.

4.5.1. Bien jurídico

La determinación del bien jurídico en este tipo penal es de suma importancia toda vez que dada la existencia de la norma concursal del art. 177, el bien jurídico del art. 173.2 debe ser diferente de los bienes indicados en el art. 177, sino se quiere infringir el principio de *proporcionalidad*, como habría que desprender si se concluye que en este tipo penal se protege la salud, la libertad etc.

Al respecto hay que tener en cuenta que la *leiv motive* de esta regulación dice relación, con la prevención y sanción del *abuso de superioridad ya sea al interior de la familia y de la pareja (en este caso, a raíz del denominado machismo) y la voluntad de dominio sobre personas vulnerables en el ámbito familiar*. La voluntad de dominio, es el elemento común a todos estos supuestos, sin embargo, el elemento *dominación o machismo* no ha sido incluido expresamente en los tipos penales respectivos, razón por la cual, no es correcta la STC N° 59/2008, cuando para declarar la constitucionalidad del art. 153 del CPes, considera este elemento, al señalar que para la concurrencia del art. 153.1, es preciso que los hechos constituyan una manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres²⁸⁵⁹. Además, dicha sentencia no declara expresamente su carácter interpretativo, razón por

²⁸⁵³ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 320.

²⁸⁵⁴ FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 103 y GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 384.

²⁸⁵⁵ O derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15 CE) como manifestación del principio de la dignidad humana (TAMARIT SUMALLA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en Quintero Olivares, (Dir.), *Comentarios a la PE del DP*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005 op. cit., p. 267).

²⁸⁵⁶ TAMARIT SUMALLA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 267 y FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 103 y GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 384.

²⁸⁵⁷ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 131.

²⁸⁵⁸ FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 103.

²⁸⁵⁹ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 318

la cual habría que entender que la mera literalidad del precepto es plenamente constitucional²⁸⁶⁰.

En este art., al igual que en el caso del art. 153 del CPes, se protege la *paz familiar* además de la *integridad moral de las personas*^{2861/2862/2863/2864}, razón por la cual se sostiene que ambas disposiciones deberían haber tenido un tratamiento sistemático conjunto^{2865/2866/2867}. A diferencia del art. 153, en el art. 173.2 se justifica el plus de

²⁸⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., pp. 318-319.

²⁸⁶¹ En tal sentido, la STS N° 607/2008, de fecha 3 de octubre, señala que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, al tiempo que se protege también la paz familiar, como bien jurídico colectivo.

²⁸⁶² TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 131 y en TAMARIT SUMALLA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 267. Tomando en cuenta el bien jurídico que según este autor protege esta figura penal, no se entienda que a reglón seguido este autor afirme que el consentimiento de la víctima excluye el tipo (TAMARIT SUMALLA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 270).

²⁸⁶³ A juicio de Serrano y Serrano, los bienes jurídicos protegidos en esta figura penal son la integridad corporal y la salud física o psíquica y la dignidad de la persona en el ámbito doméstico. (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 193). En todo caso resulta discutible que la dignidad humana pueda, por sí misma, ser considerada un bien jurídico penal, toda vez que pareciera ser por sí sola el sustrato de los bienes jurídicos.

²⁸⁶⁴ Según Muñoz Conde, el bien jurídico protegido en este delito es, en principio, integridad moral que, sin embargo y dada la amplitud de este concepto, habrá que referir al ámbito de las relaciones familiares o cuasifamiliares al que es aplicable el precepto (MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 187).

²⁸⁶⁵ TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., p. 131.

²⁸⁶⁶ Del Rosal Blasco, critica que el bien jurídico diga relación con la integridad moral, señalando que a pesar de la ubicación sistemática, el tipo del propuesto nuevo art. 173. 2, no contiene elemento que permita deducir la necesidad de la presencia de un trato inhumano, degradante o vejatorio, en la conducta del sujeto activo diferente al inherente en todo acto de maltrato físico o psíquico de otra persona y sostiene que el tipo sólo exige que se ejerza habitualmente la violencia física o psíquica sobre el sujeto pasivo, lo que, en unos casos, puede significar un trato inhumano o degradante, pero que, en otros, no tiene por qué ser así, o al menos no con mayor gravedad que un acto típico de violencia. Agrega que de lo contrario no habría más remedio que reconocer que todo delito de lesiones implica, en sí mismo, un menoscabo de la dignidad personal o una frustración del derecho a no ser tratado de forma inhumana o degradante. Opina, que sin perjuicio de que el efecto psicológico que la violencia doméstica provoca en determinadas víctimas es equiparable al que produce la tortura, lo mismo puede predicarse de otro tipo de delitos, como por ejemplo, el caso de prolongadas privaciones de libertad, o coacciones y amenazas que no se producen en el ámbito familiar, en cuyo caso la valoración de esa degradación de la integridad moral se puede reconducir al tipo del vigente art. 173.1, poniéndolo en relación con el tipo de violencia o contra la libertad que corresponda. Por ello, sostiene que el fundamento del art. 173.2, radica en el mayor desvalor que merece la realización de una lesión del bien jurídico, cuantitativa o cualitativamente superior a la representada por los tipos correspondientes de lesiones, malos tratos de obra, amenazas o coacciones, frente a los cuales el art. 173.2, aparece como una especie agravada, tanto por la reiteración de los ataques a los bienes jurídicos “salud personal” (si se causa lesión) y/o “bienestar personal” (si tan sólo se causa un mal trato de obra, sin lesión), como por el mayor riesgo de lesión, especialmente de carácter psíquico, que puede sufrir la salud personal al producirse el ataque en alguno de los peculiares ámbitos de relación descritos en el precepto. Dice que a ello se le podía añadir, además, la vulnerabilidad que, en tales singulares ambientes de relación, presentan dichos bienes jurídicos, porque suelen mediar relaciones de superioridad y dependencia afectiva o psicológica y económica entre agredido y agresor, lo cual dificulta o anula la capacidad defensiva (mental o física) de la víctima, o su capacidad de buscar medios con los que evadirse o ponerse a salvo de tales ataques. Con tal configuración, el art. 173.2, ha de considerarse un tipo penal de peligro abstracto, destinado a proteger la salud y/o el bienestar personal de los individuos, y por ello su naturaleza es la de ser una especie agravada de los tipos de lesiones y malos tratos de obra (DEL ROSAL BLASCO, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en COBO DEL ROSAL (Coord.), *DP español, PE*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pp. 222-223).

²⁸⁶⁷ Para Carbonell Mateu y González Cussac, en esta figura penal los bienes jurídicos penalmente tutelados son la dignidad humana y la salud individual (CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., pp. 154 y ss.).

lesividad en base a la habitualidad y, por lo tanto, en ningún caso cabrá aplicar el art. 173.2 en concurso con el delito del art. 153, en base a las faltas contra las personas habituales que justifican su aplicación, sino únicamente por las faltas en concurso con el art. 173.2, so pena de infringir el principio de “*ne bis in idem*”²⁸⁶⁸, pero sí puede condenarse por dos delitos del art. 173.2, en concurso real, cuando la violencia haya recaído sobre dos personas diferentes, por tratarse de bienes jurídicos personales²⁸⁶⁹.

A diferencia de los restantes tipos del título, el art. 173.2 no exige ni el trato degradante ni se hace referencia a que la conducta cause un menoscabo de la integridad moral, menoscabo que en el caso del art. 173.1 debe ser grave. Sin embargo pareciera presumirse que el comportamiento violento habitual en el entorno doméstico, familiar o de convivencia siempre es un trato degradante y la exigencia de habitualidad compensa la no exigencia del atentado grave²⁸⁷⁰.

En todos estos casos, los malos tratos surgen de una relación especial de dominio que alguno de los miembros del grupo (generalmente el hombre compañero, marido o padre) tiene sobre otros (generalmente, mujer o hijos menores), aunque también cabe que los maltratadores sean otros miembros del grupo o, lo que hace más difícil la aplicación de este precepto, que haya maltrato recíproco²⁸⁷¹. Conforme a la regulación actual, los hechos tienen que darse en todo caso contra las personas mencionadas en el art. 173.2, ya que fuera de este contexto familiar o cuasifamiliar los mismos hechos no constituyen este delito, aunque sí puedan dar lugar otros²⁸⁷².

La consideración de la integridad moral como bien jurídico protegido, facilita la interpretación y la aplicación de la regla concursal cuando se han producido resultados

²⁸⁶⁸ En cambio Carbonell Mateu y González Cusacc sostienen que la coexistencia de los delitos de los arts. 153 y 173.2 pueden plantear diversas hipótesis: a) si se ejerce violencia física o psíquica, constitutiva del delito de lesiones, de forma habitual sobre algunas de las personas señaladas, estiman que habrá un concurso real del delito descrito en el art. 173 y los correspondientes de lesiones en que se hayan concretado los actos de violencia; b) si los actos de violencia son constitutivos de falta, de lesiones o de malos tratos, entienden que debe aplicarse el delito descrito en el art. 173. Pero, como el párrafo segundo señala que la pena señalada en el mismo se entenderá 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, determina la concurrencia del delito descrito en el art. 173 con tantos delitos del art. 153 como faltas se hubieran realizado (dado que estas faltas, según la disposición contenida en el mismo, son consideradas delito). Sin embargo, reconocen que la consecuencia de tal solución resulta absolutamente desproporcionada, vulnerando, asimismo, el principio *ne bis in idem*, al sancionarse dos veces el vínculo familiar. Por ello sostienen que quizás la solución para evitar la vulneración de este último principio sea que el art. 173 concorra con las faltas descritas en el art. 617, prescindiendo, de esta forma, de la doble valoración del elemento familiar; c) si los actos de violencia doméstica (constitutivos de falta) no merecen el calificativo de habituales afirman la aplicación del art. 76, con relación al 153, que no exige para su aplicación la concurrencia de habitualidad; d) si los actos de violencia psíquica habitual en el ámbito familiar revisten el calificativo de vejación de carácter leve, opinan que debe aplicarse el art. 173, igual que si la misma fuera de mayor entidad (adaptando la pena prevista a la gravedad del hecho), en concurso con tantas infracciones del art. 620 como faltas hayan concretado los actos de violencia; e) si el acto (único) de violencia psíquica familiar es vejatorio leve, dicen que debe apreciarse la disposición contenida en el art. 620 (y no el 173 que requiere habitualidad). Si son varios y no merecen el calificativo de habituales creen que debe entrar en juego el art. 76 con relación al art. 620 (CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., pp. 213 y ss.).

²⁸⁶⁹ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., pp. 321-322.

²⁸⁷⁰ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 385.

²⁸⁷¹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 188.

²⁸⁷² MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 188.

constitutivos de lesión, toda vez que si el bien jurídico se asociara a la salud individual, habría un problema de vulneración del principio *non bis in idem*^{2873/2874}.

4.5.2. Sujetos

El art. 173.2 comprende diversos círculos de protección, tales como el de la violencia doméstica, el de personas especialmente vulnerables que conviven con el autor y el círculo de la violencia de género²⁸⁷⁵.

Se trata de un delito especial impropio²⁸⁷⁶, cuyo sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una de las relaciones indicadas en el tipo²⁸⁷⁷. Faltando tal condición, es decir, si los hechos son cometidos por un sujeto no cualificado, deberá calificarse con arreglo a los concretos tipos que infrinja la violencia física o psíquica (falta del art. 617.2 o del art. 620) en concurso de delitos que aprecie la reiteración de comportamientos^{2878/2879}.

Las relaciones entre sujeto activo y pasivo se encuentran enumeradas de manera bastante confusa. Sin embargo, la enorme extensión del círculo de sujetos pasivos puede ser delimitada si se exige que el *sujeto activo* se encuentre respecto a ellos en una situación de dominio o de abuso²⁸⁸⁰.

Sin embargo, los supuestos pueden separarse a partir de la expresión “o sobre” utilizada en la ley, en los siguientes grupos²⁸⁸¹.

a) Relaciones conyugales y análogas (“*sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia*”).

Esta hipótesis abarca casos en los que no hay convivencia o no la ha habido, razón por la cual caben las relaciones de noviazgo u otras similares²⁸⁸². Esta hipótesis concurre independientemente del sexo de la víctima o del autor²⁸⁸³, por lo tanto pueden

²⁸⁷³ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 384.

²⁸⁷⁴ Así, por ejemplo, si un individuo, desde el inicio de su matrimonio, somete a su esposa a vejaciones y malos tratos que se intensifican en el tiempo hasta que, tras la separación, la aborda en la calle y la insulta gravemente y, días después, irrumpe por dos veces en el domicilio de la víctima, golpeándola en una ocasión y arrastrándola cogida por los pelos en otra; el sujeto debe responder por un delito de violencia habitual del art. 173.2 CP y por los delitos de injurias, lesiones, allanamiento de morada, etc. que eventualmente se hayan cometido tanto recientemente como a lo largo de todo el periodo de convivencia (FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 104).

²⁸⁷⁵ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., pp. 355-356.

²⁸⁷⁶ En contra de esta opinión, Córdoba Roda y García Arán, sostienen que se trata de un tipo penal especial propio, toda vez que debe concurrir un vínculo con el sujeto pasivo, consistente en una determinada relación parental o asimilada y agregan que si se toma en consideración que la *habitualidad* en el ejercicio de la violencia, es un elemento constitutivo del comportamiento y que de no concurrir la condición del sujeto activo que aquí se exige, no existe un tipo paralelo de violencia habitual con sujeto indiferenciado al que remitirse, no cabe sino concluir que se trata de un delito especial propio (CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 257).

²⁸⁷⁷ TAMARIT SUMALLA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 268.

²⁸⁷⁸ FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 105 y CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 257.

²⁸⁷⁹ TAMARIT SUMALLA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 268.

²⁸⁸⁰ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 188.

²⁸⁸¹ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, pp. 257-258.

²⁸⁸² GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 385.

²⁸⁸³ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 355.

ser autores ambos miembros de la pareja y el tipo abarca agresiones que pueden darse tanto en el contexto de una relación matrimonial o análogas heterosexuales u homosexuales, sobre todo si se tiene en cuenta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el CC en materia de matrimonio, autorizando el que se contraiga entre personas del mismo sexo, no hay duda sobre la inclusión de las relaciones homosexuales no matrimoniales que son ahora análogas al matrimonio entre personas del mismo sexo²⁸⁸⁴.

b) Relaciones parentales en línea ascendente y descendente y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente (*o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente*). Si bien la literalidad del precepto genera confusión, en base a argumentos de política criminal, avalados por los precedentes de la norma, así como a la interpretación de la misma, se entiende por buena parte de la doctrina²⁸⁸⁵ y por la jurisprudencia del TS²⁸⁸⁶, que en este caso sí se requiere convivencia²⁸⁸⁷.

En cuanto a los descendientes, es indiferente que sean mayores o menores de edad; aunque si son mayores de edad, deben vivir con el autor, y si no lo son deben estar bajo su patria potestad²⁸⁸⁸. No se comprenden, en cambio, los hijos del ex-cónyuge o del ex-conviviente²⁸⁸⁹. La protección de los ascendientes y descendientes abarca tanto a los del sujeto activo como a los del cónyuge o conviviente y, por lo tanto, se incluye el supuesto del yerno o nuera que ejerce violencias sobre el suegro/suegra, puesto que son los ascendientes del cónyuge²⁸⁹⁰. La referencia a los parientes por afinidad (suegros, cuñados, etc.), sin embargo, ha de entenderse mientras dure tal vínculo, ya que no se incluye en el segundo grupo de sujetos la posibilidad de relaciones pasadas, lo cual sí cabe respecto de personas unidas en matrimonio o en una relación análoga²⁸⁹¹.

c) Menores o incapaces que convivan con el sujeto activo o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente. Los menores o incapaces a que se refiere este inciso deben ser distintos de los parientes señalados en el inciso anterior²⁸⁹². Tratándose de menores o incapaces bajo dependencia del cónyuge o conviviente pareja del autor de los hechos violentos, no se exige convivencia con él²⁸⁹³. Respecto de la incapacidad, debe atenderse a lo dispuesto en el art. 25 del CPes por lo que tratándose de incapaces no es exigible una declaración en tal

²⁸⁸⁴ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 386.

²⁸⁸⁵ DEL ROSAL BLASCO, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., pp. 225-226; GARCÍA ÁLVAREZ, *DP español, PE*, op. cit., p. 386; CORCOY BIDASOLO, pp. 319-320; FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 105.

²⁸⁸⁶ En tal sentido la STS N° 201/2007, de 16 de marzo, califica la redacción del art. En este punto como atormentada.

²⁸⁸⁷ En contra de esta opinión Córdoba Roda y García Arán, sostienen que en este inciso no se precisa si es necesaria la convivencia, a no ser que se le considere vinculado al inciso siguiente (“o *sobre menores o incapaces que con él convivan*”). Sin embargo, para estos autores, dicho inciso se refiere a un nuevo grupo de casos. Así sostienen que si los grados de proximidad parental son análogos a los de las relaciones conyugales y análogas, cabría concluir que en estos casos no es necesaria la convivencia, incluyéndose el caso del padre privado de la patria potestad que no convive con el hijo (CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 258).

²⁸⁸⁸ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 159.

²⁸⁸⁹ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 159.

²⁸⁹⁰ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 259.

²⁸⁹¹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 386.

²⁸⁹² CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 258.

²⁸⁹³ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 355 y CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 258.

sentido²⁸⁹⁴. Dentro de la guarda de hecho se comprenden las situaciones en las que una persona, sin título o nombramiento específico, se ocupa de la guarda o cuidado de un menor no sometido a la patria potestad o de alguien en quien concurre una causa de incapacitación²⁸⁹⁵.

Para integrar la *convivencia* que exige el precepto lo importante es la vinculación existencial estable de la persona al grupo, lo que permite considerarla presente aunque se produzcan alejamientos transitorios o ausencias intermitentes²⁸⁹⁶.

d) Personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentren integradas en el núcleo de la convivencia familiar. La redacción incluye supuestos de convivencia por cualquier tipo de relación; siempre y cuando el sujeto pasivo pueda ser calificado como “persona amparada”, es decir, sujeta a ciertos grados de dependencia relacional y, en todo caso integrada al núcleo de la convivencia familiar, razón por la cual quedan fuera la convivencia entre personas independientes²⁸⁹⁷, toda vez que no se trata de personas amparadas y los vínculos laborales o de arrendamiento, ya que en estos casos no es posible sostener que el trabajador o el arrendatario hubieren sido acogidos en el seno de la convivencia familiar, a menos que en la práctica ocurra, como sucedería, por ejemplo, en el caso del servicio doméstico puertas adentro²⁸⁹⁸, en donde la trabajadora o el trabajador vive en el domicilio en donde presta sus servicios, en muchos casos durante años, de manera que es acogido en el seno familiar²⁸⁹⁹. Sin embargo, hay que coincidir en que las expresiones “cualquier tipo de relación” y “núcleo de la convivencia familiar”, son bastante imprecisas, cuestión que afecta al principio de legalidad²⁹⁰⁰.

e) Personas que por su especial vulnerabilidad están sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Este grupo de personas no coincide exactamente con el círculo de “personas especialmente vulnerables con las que convive el autor”, introducido en los arts. 148, 153, 171 y 172 por la LO 1/2004. En este inciso otorga una protección especial a supuestos de relaciones extraparentales, sin necesidad de convivencia plena y con independencia del sexo del agresor y del agredido²⁹⁰¹. Así, resulta aplicable a casos de convivencia durante unas horas al día, siempre y cuando, concurra la habitualidad en la violencia y la vulnerabilidad personal como determinante de la situación de custodia o guarda, lo que incluye tanto a menores como ancianos e incapaces²⁹⁰², que sufren violencia habitual en los centros en los que están acogidos

²⁸⁹⁴ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 386.

²⁸⁹⁵ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 159.

²⁸⁹⁶ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 160.

²⁸⁹⁷ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 258.

²⁸⁹⁸ GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 159 y GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 355.

²⁸⁹⁹ La STS N° 962/2008, de 17 de diciembre considera sujetos idóneos de malos tratos, un hombre ciego que ofrece al agresor alojamiento en su casa a cambio de que le ayude a salir y a realizar las tareas domésticas, por entender que la expresión “núcleo de la convivencia familiar” no es equiparable a “familia nuclear”. Lo que debe exigirse es la convivencia doméstica y la relación de prestación de servicios responde en este caso a un reparto de roles similar al que se pueda establecer en relaciones familiares (GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 388).

²⁹⁰⁰ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídica penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 320.

²⁹⁰¹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., pp. 386-387 y CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 258.

²⁹⁰² CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I, p. 258.

(residencias de ancianos, colegios de educación especial, clínicas de tratamiento de la drogadicción, psiquiátricos etc.)²⁹⁰³.

Como se puede apreciar, el tipo penal del art. 173.2, comprende un abanico tan amplio de supuestos que los casos en los que una falta se convierte en delito se multiplican, de manera que es difícil justificar un plus de antijuridicidad que justifique la mayor penalidad y, por consiguiente, la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena resulta también en entredicho ¿por qué es menos grave una bofetada a la vecina que a una persona que está viviendo en la casa o que a un pariente político, con el que ni tan siquiera se convive?²⁹⁰⁴.

En todo caso hay que tener presente que en estos delitos no puede apreciarse el agravante de parentesco pues es inherente al mismo, como así se recoge en el art. 67²⁹⁰⁵. Aquí el parentesco lleva a una agravación de la pena mucho mayor que la que pudiera corresponder por aplicación la circunstancia mixta recogida en el art. 23²⁹⁰⁶.

4.5.3. Conducta

La conducta dice relación con el ejercicio habitual de violencia física o psíquica²⁹⁰⁷. Se discute si la expresión “ejerza” tiene o no una connotación activa, equivalente a realizar o hacer actuar algo sobre cierta cosa, de manera que el núcleo de la conducta se referiría a la realización de actos de fuerza material o a la aplicación de fuerza física sobre el del sujeto pasivo o, si en cambio el significado de *ejercer* es más amplio y se podría interpretar en el sentido de ejercitar o repetir muchos actos de violencia, con lo que, tendrían cabida comportamientos activos y omisivos^{2908/2909}. A mi juicio se niega la posibilidad de omisión en razón del verbo rector “ejercer”, lo que deja fuera del precepto la omisión de cuidados de proteger, cuidar o alimentar, comportamientos que se reconducen a los arts. 226, 229 y 230 del CPes²⁹¹⁰.

Los actos de violencia física, pueden abarcar desde una falta de maltrato hasta un asesinato, con lo cual, se incluyen los golpes, desgarros, empujones²⁹¹¹, patadas,

²⁹⁰³ FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 105 y GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, op. cit., p. 160.

²⁹⁰⁴ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., pp. 319-320.

²⁹⁰⁵ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 193.

²⁹⁰⁶ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 193.

²⁹⁰⁷ TAMARIT SUMALLA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 268.

²⁹⁰⁸ DEL ROSAL BLASCO, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 224.

²⁹⁰⁹ En tal sentido, Muñoz Conde sostiene que Cabe tanto la acción como la comisión por omisión, como sucedería por ejemplo en caso de tolerar los malos tratos de un padre a un hijo, dejar en situación de abandono y sin asistencia a alguna de las personas mencionadas en el art. 173,2, etc., (MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 188).

²⁹¹⁰ En contra de la STS N° 320/2005, de 10 de marzo sostiene que “*La posibilidad de cometer el delito de violencia doméstica por omisión es palmaria*”; se refiere al comportamiento de la madre de la víctima, una niña menor, que no impide a su pareja las agresiones continuadas, causantes de múltiples lesiones y la detención de varios días de la menor. Se condena a la madre como autora, en comisión por omisión, de lesiones, detención ilegal y violencia habitual. A pesar de lo anterior, parece que el delito de violencia habitual del art. 173.2 CP no admite la comisión por omisión por ser de mera actividad, lo que sin embargo no impide que delitos de resultado -lesiones- imputables por omisión a quien es garante -la madre- sirvan para construir la habitualidad.

Del mismo modo, la STS de 26 de junio de 2000 acepta la posibilidad de coautoría o participación en comisión por omisión en la violencia habitual, por ejemplo respecto de quien no evita los malos tratos dispensados reiteradamente a sus hijos por parte de su pareja.

²⁹¹¹ STS N° 1162/2004, de 15 de octubre.

quemaduras con cigarrillo²⁹¹², la muerte²⁹¹³ y en general el acometimiento mediante fuerza física, con independencia de los resultados que se puedan producir los cuales, en todo caso, entran en concurso de delitos²⁹¹⁴.

La violencia psíquica se castiga directamente, sin que se exija una violencia física previa con consecuencias psíquicas negativas²⁹¹⁵, sin perjuicio de que no se restringen a la causación de lesiones psíquicas y que por ello comprende comportamientos tales como insultos, vejaciones, humillaciones, castigos desmesurados, gritos, hostigamiento²⁹¹⁶; debe tratarse de violencia no corporal de cierta intensidad que cause sensación de envilecimiento o pérdida de autoestima afectando a los procesos de deliberación y decisión²⁹¹⁷ y, en definitiva, el desarrollo de la personalidad de la víctima y de su vida en el ámbito relacional de que se trata y que por su gravedad intrínseca y su prolongación temporal, puedan ser equiparables a la violencia física²⁹¹⁸, ya que de lo contrario el concepto de violencia psíquica, cuyo contenido es de por sí difícil de determinar, corre serio peligro de desbordarse. En tal sentido, vale la pena tener en cuenta que la violencia psíquica puede ser tan grave o más que la física, como ocurre por ejemplo en el caso de las amenazas de muerte, aun cuando resulta evidente la mayor dificultad para probar los hechos que la constituyen²⁹¹⁹.

Se trata de un delito de mera actividad²⁹²⁰, ya que no se exige la producción de un resultado material que, en caso de producirse, se resuelve mediante la regla concursal²⁹²¹. Cosa distinta es que todos o algunos de los actos de violencia que sirvan para generar la habitualidad puedan ser infracciones de resultado.

En cuanto a la *tipicidad subjetiva*, el *dolo* debe abarcar la relación parental o análoga a que se refiere el precepto y la significación como maltrato de los actos realizados²⁹²².

4.5.4. Habitualidad

El art. 173.3, otorga un concepto normativo de habitualidad^{2923/2924}, conforme con el cual, ésta requiere la acreditación de diversos actos de violencia (en un comienzo

²⁹¹² STS N° 320/2005, de 10 de marzo.

²⁹¹³ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 188.

²⁹¹⁴ FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 104 y GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 387.

²⁹¹⁵ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 195.

²⁹¹⁶ Así, por ejemplo, la SAP de Málaga de 20 de septiembre de 2002, se ha considerado que el acoso telefónico, con llamadas repetidas e intempestivas a lo largo de meses, era un supuesto de violencia psíquica.

²⁹¹⁷ La STS N° 394/2003, de 14 de marzo, considera que hay violencia psíquica en las situaciones de dominación y terror. Por su parte, la STS N° 932/2003, de 27 de junio, sostiene que existe violencia psicológica en casos de vejación y humillación continuada, metódica y deliberada.

²⁹¹⁸ FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 104; GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 387 y TAMARIT SUMALLA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 268.

²⁹¹⁹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 188.

²⁹²⁰ En cambio, Serrano y Serrano, sostiene que se trata de un delito de peligro abstracto, argumentando que no es necesario la producción de ningún resultado lesivo (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 193). Sin embargo, hay que recordar que el peligro también es un resultado, aunque no material.

²⁹²¹ CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., p. 213 y ss.

²⁹²² MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 190.

se hablaba de un mínimo de tres²⁹²⁵) con una cierta proximidad temporal, sin que sea necesario que estos actos hayan sido enjuiciados previamente y con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas, siempre que se encuentren todas ellas en el entorno familiar^{2926/2927}. Lo decisivo, por lo tanto, no es el número de agresiones probadas individualmente consideradas (dos o tres²⁹²⁸), sino la existencia de un estado o clima de violencia permanente²⁹²⁹. De esta manera, la existencia de brotes agudos de violencia es simplemente indicio del clima de hostilidad y hostigamiento crónico²⁹³⁰.

La habitualidad no es un elemento subjetivo del injusto portador de una especie de tipo de autor inclinado a la realización de estos actos, aun cuando quienes cometen esta clase de hechos puedan ser psicópatas y sujetos violentos aquejados de algún tipo de deterioro afectivo o psíquico, sino que el delito se construye a partir de la realización de actos objetivables en las condiciones citadas en el precepto, revelen o no esa clase de personalidad²⁹³¹.

Se critica el no establecimiento legal de un periodo máximo de tiempo dentro del cual deban producirse los actos de violencia, lo que provoca inseguridad, sin embargo,

²⁹²³ DEL ROSAL BLASCO, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., pp. 224-225.

²⁹²⁴ En contra, Muñoz Conde estima que el concepto de habitualidad es más fáctico que normativo (MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 189).

²⁹²⁵ Carbonell Mateu y González Cussac, sostienen que en general, la fijación de la habitualidad en tres actos de violencia no es caprichosa. Responde a un razonamiento lógico: si para la apreciación de la agravante genérica de reincidencia, se requiere al menos la ejecución de dos hechos —el que sojuzga y uno anterior—, para estimar la habitualidad, determinante no ya de una agravación sino de la propia existencia del tipo, parece oportuno exigir algo más, un tercer hecho (CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., pp. 213 y ss.).

²⁹²⁶ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 193; CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 323 y GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 389.

²⁹²⁷ Según la STS N° 1750/2003, de 18 de diciembre, se aprecia la habitualidad con tres o más actos violentos. Conforme con la STS N° 92/2009 de 29 de enero es posible considerar la concurrencia de habitualidad con dos actos. Sin embargo, la STS N° 968/2003, de 4 de julio rechaza la habitualidad con dos episodios más una referencia general a la actitud violenta del autor. La STS N° 752/2004, de 7 de junio, se conforma con una determinada manera de comportarse del agresor creadora de una atmósfera irrespirable. Algunas sentencias subrayan la importancia de la proximidad temporal de los actos y su mayor o menor gravedad (SSTS N° 20/2001, de 22 de enero y N° 1161/2000, de 26 de junio, o la permanencia en el trato violento que hace que la víctima viva en estado de agresión permanente (SSTS N° 580/2006, de 23 de mayo, N° 613/2006, de 1 de junio y N° 607/2008, 3 de octubre y Circular de la FGE N° 4/2003, de 30 de diciembre). Lo que parece claro es que se requerirán al menos dos actos violentos, no aislados, ni muy lejanos en el tiempo, capaces de generar una atmósfera de violencia permanente. La STS N° 172/2009, de 24 de febrero exige reiteración de actos, con independencia de su número y persistencia o estado de agresión permanente. La STS N° 506/2009, de 30 de abril se refiere a la reiteración de actos violentos que generan un clima de violencia persistente.

²⁹²⁸ En tal sentido, Serrano y Serrano, señalan que la jurisprudencia como parte de la doctrina, siguiendo el criterio que se establece para la habitualidad en la receptación, consideran que para que exista habitualidad es necesario la repetición de tres hechos en un período de tiempo no muy lejano. Según ellos, este criterio está evolucionando en el sentido de considerar suficiente la reiteración de conductas de contenido similar; en estos supuestos sería necesario, al menos, dos conductas homogéneas (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 196).

²⁹²⁹ FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 104

²⁹³⁰ FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 104.

²⁹³¹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 189.

ello facilita la apreciación del delito²⁹³². Así, dicho espacio de tiempo no podrá ser ni muy corto (cuatro agresiones en media hora) ni muy largo (dos episodios violentos en seis años)²⁹³³. Se ha propuesto como criterio intermedio interpretativo, pero flexible, periodos de un año, si se trata de delitos y de seis meses en caso de faltas²⁹³⁴.

Para que concurra el requisito de la habitualidad no es necesaria la existencia de condenas previas, siendo suficiente con “acreditar” que se han cometidos un cierto número, no determinado, de actos de violencia típicos, no contando, por ejemplo un acto de infidelidad, grosería o de despreocupación por la familia²⁹³⁵. El problema sigue siendo, no obstante, cómo se pueden “acreditar” esos actos de violencia, es decir, qué clase de pruebas sobre la existencia de violencia familiar son válidas, ¿la denuncia en Comisaría?, ¿la denuncia ante el Juzgado?, ¿los certificados médicos?, ¿denuncia en Comisaría o en el Juzgado y certificado médico? Estas preguntas, no tienen respuesta porque la mera denuncia, ya sea de la víctima o de terceros, no puede acreditar la existencia de unos hechos; y porque los certificados médicos pueden acreditar la existencia de lesiones pero no quién las haya causado; y además, en sentido contrario, puede existir violencia sin que se produzcan resultados físicos o psíquicos acreditables médicamente²⁹³⁶.

4.5.5. Tipo subjetivo

En cuanto a la *parte subjetiva del tipo*, la ley contempla solamente la realización dolosa²⁹³⁷. El dolo debe abarcar el conocimiento de la relación típica con el sujeto pasivo²⁹³⁸.

4.5.6. Ejecución imperfecta

Se trata de un delito de simple actividad que no admite la tentativa ni siquiera en su modalidad inacabada²⁹³⁹.

4.5.7. Justificación

Se discute sobre la posibilidad de apreciar, dado el caso (violencia sobre menores o descendientes), la eximente del art. 20.7 del CP, alegando el legítimo ejercicio del derecho de corrección. En términos generales se rechaza la aplicación de la eximente al tipo del art. 173.2, porque esta disposición representa un reforzamiento de la idea de que el uso violencia física en el ejercicio del derecho a corregir *razonable y moderadamente* (art. 154 del CC) a los hijos, por lo tanto, ha de estar prohibido en aquellos casos en que esa violencia física es el *modus operandi* normal o habitual del corrector²⁹⁴⁰. Sin embargo, respecto a los hechos aislados, esporádicos o inusuales, o no

²⁹³² GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., pp. 389-390.

²⁹³³ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 390.

²⁹³⁴ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 390.

²⁹³⁵ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 390.

²⁹³⁶ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, p. 323.

²⁹³⁷ TAMARIT SUMALLA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 270.

²⁹³⁸ TAMARIT SUMALLA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 270.

²⁹³⁹ TAMARIT SUMALLA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 270.

²⁹⁴⁰ En tal sentido, Muñoz Conde refiere que la invocación de causas de justificación como el derecho de corrección o similares es incompatible con las conductas descritas en el art. 173.2, pues no

habituales, de violencia física en el ejercicio del derecho de corrección y al margen de los hechos insignificantes que pueden quedar, sin mayor problema, excluidos de relevancia penal, se discute si el resto de supuestos de ejercicio aislado de violencia se deben incluir en el *régimen general* de la aplicación de la eximente, salvo que los mismos se tornen en habituales, momento a partir del cual la eximente volvería a no ser aplicable²⁹⁴¹.

4.5.8. Problemas concursales

Respecto de la relación concursal entre las faltas de lesiones habituales, del art. 147.1.II, introducidas por Ley orgánica N° 15/2003, y la habitualidad del art. 173.2, cuando se trate de personas vinculadas familiarmente, ¿debe interpretarse como concurso de leyes a favor de este último, por aplicación del principio de especialidad, o como concurso de delitos, por aplicación del principio de alternatividad? La doctrina se encuentra dividida en la solución de estos problemas, lo que es consecuencia directa de una técnica legislativa ilógica a la que se pretende dotar de sentido²⁹⁴². En todo caso, considerando que el bien jurídico protegido en el tipo penal del art. 173.2 es el mismo que en el art. 153 del CPes, la solución a los problemas concursales entre las faltas de amenazas y coacciones en el ámbito familiar y el art. 173.2 deberá ser la misma que la indicada entre las faltas de lesiones y malos tratos y el art. 173.2 del CPes²⁹⁴³. A mi juicio, el delito previsto en el art. 153, 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 se debe aplicar el art. 173.2, que prevé un régimen punitivo más severo; y lo mismo debe decirse respecto al delito de lesiones que proviene de la comisión de cuatro faltas de esa índole en el plazo de un año (art. 147. párrafo II)²⁹⁴⁴.

4.5.9. Cláusula legal relativa al concurso de delitos (art. 177)

Conforme a lo dispuesto en el art. 177 del CPes, si en los delitos descritos en el título relativo a los delitos contra la integridad moral, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley²⁹⁴⁵.

hay que olvidar que el tipo no se constituye por un hecho aislado (por ej., la bofetada de un padre al hijo), sino por actos de habitualidad que, no pueden estar en ningún caso justificados, por no decir nada de relaciones como las conyugales o similares en las que el tal derecho de corrección sería realmente inimaginable (MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 190).

²⁹⁴¹ DEL ROSAL BLASCO, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., pp. 226-227.

²⁹⁴² CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, p. 322.

²⁹⁴³ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, p. 337.

²⁹⁴⁴ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 190-191.

²⁹⁴⁵ En un sentido crítico se muestra Del Rosal Blasco, para quien no se puede perder de vista que la ubicación sistemática de un precepto no es un argumento definitivo para determinar la naturaleza del delito en él contenido ni para definir conceptualmente la entidad valorativa por él tutelada, de modo que las sospechas de una posible doble incriminación, máxime teniendo en cuenta la manera en la que el núm. 3 del art. 172 define la habitualidad, no están completamente despejadas. (DEL ROSAL BLASCO, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., pp. 228-229).

Por lo tanto, conforme a esta regla concursal deben castigarse separadamente las faltas o delitos en que puedan concretarse los actos de violencia, con lo cual se rechaza la aplicación del concurso de leyes penales, optando, la ley, por el concurso de delitos. Por el contrario, estaremos ante un concurso de delitos cuando quien habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre las personas a que se refiere el art. 173.2 cause otras lesiones tipificadas como tales en otros preceptos del CPes. Así, por ejemplo, el que habitualmente ejerza violencia física contra su cónyuge será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años²⁹⁴⁶. Si además, en una de tales agresiones le ha causado una grave deformidad incurrirá en el delito del art. 149, imponiéndosele otra pena de prisión de seis a doce años^{2947/2948}. La falta de malos tratos, en concurso con otros delitos, se ha apreciado en no pocas sentencias (SSTS de 15 de junio y de 15 de octubre de 2001). También se ha apreciado en concurso con el homicidio intentado (STS de 22 de enero de 2002)²⁹⁴⁹.

Cuando se trate de conductas aisladas, no habituales, habrá que recurrir al art. 153, o, en su caso, a otros preceptos del Código²⁹⁵⁰. Sin embargo, un solo acto de los previstos en el art. 173.2 se castigará por el apartado 1 cuando menoscabe “gravemente la integridad moral”; en estos casos cabe el concurso del art. 177²⁹⁵¹.

El art. 173, y antes el art. 153, no es en sentido estricto un delito contra las personas, por lo que no es compatible con la alevosía, aunque sí con el abuso de superioridad (STS de 22 de enero de 2002), y, en general, tampoco con la circunstancia mixta de parentesco cuando este media entre agresor y víctima, pues el legislador ya lo ha tomado en cuenta en la configuración del tipo (SSTS de 19 de octubre de 2000 y 22 de enero de 2002). Tampoco es raro en la práctica que los malos tratos vayan acompañados de agresiones sexuales, lo que dará lugar a un concurso real (STS de 25 de octubre de 2001)²⁹⁵².

4.5.10. Agravaciones del art. 173.2, párrafo II

Se trata de las agravaciones contenidas en el art. 153.3 y por lo tanto, nos remitimos a lo ya dicho. Sin embargo, respecto de la agravación de quebrantamiento de condena habría que decir que se suscita una cuestión en relación con el principio “*ne bis in idem*”, ya que se plantea un concurso de leyes, entre la aplicación del art. 173.2 CP., agravado por quebrantamiento, o estimar concurso de delitos entre el art. 173.2 básico y el art. 468.2 CP²⁹⁵³. ¿Cuál es el criterio de solución aplicable, la especialidad, a favor del art. 173.2 agravado, o la alternatividad, a favor del concurso de delitos entre el art. 173.2 básico y el delito de quebrantamiento de condena?²⁹⁵⁴ Me inclino por el criterio

²⁹⁴⁶ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 194.

²⁹⁴⁷ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 194.

²⁹⁴⁸ En tal situación, para quienes sostienen que, entre otros bienes jurídicos tutelados en esta figura penal, se encuentra la integridad física y la salud individual, podría plantearse situaciones de infracción al principio del *ne bis in idem* como lo reconocen SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., pp. 194-195.

²⁹⁴⁹ CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., pp. 213 y ss.

²⁹⁵⁰ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 195.

²⁹⁵¹ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 195.

²⁹⁵² CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, op. cit., pp. 213 y ss.

²⁹⁵³ DEL ROSAL BLASCO, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, op. cit., p. 228.

²⁹⁵⁴ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 322.

de la alternatividad, debiendo aplicarse el tipo penal con mayor penalidad, en este caso, el art. 173.2.²⁹⁵⁵

La regulación del quebrantamiento de condena, es criticable porque la agravación prevista no siempre estará justificada, muy especialmente en determinados supuestos de quebrantamiento de la medida de alejamiento, en los que ni tan siquiera se justifica castigar por el tipo básico de quebrantamiento y porque no queda claro en qué supuestos es aplicable esta agravación ¿siempre que exista una relación entre autor y víctima, de las previstas en el art. 173.2, sea cual sea el delito cometido?, ¿sólo en los supuestos en que se hace referencia expresa a esa relación?, y en ese caso, ¿por qué es más grave el quebrantamiento de una condena por lesión o amenaza leve entre familiares y no por violación, detención ilegal?²⁹⁵⁶

La misma problemática se plantea respecto de la agravante por realizar los actos en presencia de menores, en particular, cuando la víctima, o una de ellas, sea un menor²⁹⁵⁷.

5. Posibilidad de aplicación de los delitos tradicionales a los supuestos enjuiciados

Una debida solución jurídica del problema de la violencia de género y domésticas, pasa más que por la conversión de las faltas en delitos, por una valoración correcta y objetiva de los hechos enjuiciados, cuidando de no calificar como “violencia familiar”, supuestos que en realidad corresponden a sendos delitos de homicidio, lesiones, amenazas, etc., de manera de evitar que la existencia de un vínculo familiar o de convivencia conlleve una calificación más benévola de los hechos²⁹⁵⁸. La LO 1/2004 no afecta ni a la calificación jurídica, ni a la pena de los más graves atentados de violencia de género como en el caso de homicidios, asesinatos, lesiones graves en función de sus resultados de los arts. 149 y 150 del CPes, amenazas, coacciones graves, aborto, lesiones al feto, detenciones ilegales y delitos contra la libertad sexual los cuales no son modificados por la ley, manteniéndose la calificación y la pena aplicable, así como la posibilidad de aplicar la circunstancia mixta del parentesco o la circunstancia agravante genérica de la alevosía²⁹⁵⁹.

Además, la aplicación de los delitos tradicionales tiene la ventaja de que sólo así se está tomando en consideración la verdadera gravedad jurídico-penal de esta modalidad de violencia y, además, la calificación conforme a los tipos tradicionales tiene la bondad de que para los operadores jurídicos es más fácil la aplicación de delitos cuyo contenido, interpretación y significado se conoce, por existir abundante jurisprudencia y doctrina al respecto, así como la posibilidad de dictar prisión preventiva, cuando la gravedad del hecho lo requiere por el riesgo de reiteración. La solución no puede pasar por la contemplación de la prisión preventiva en supuestos en los que su justificación es más que discutible, además, la aplicación de los delitos clásicos, como amenazas, coacciones lesiones o de la tentativa de homicidio, son

²⁹⁵⁵ Respecto de la misma situación que se produce entre el art. 153 y el art. 468, Tamarit Sumalla aplica este criterio (TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, op. cit., pp. 133-134).

²⁹⁵⁶ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídica penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 339.

²⁹⁵⁷ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídica penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 322.

²⁹⁵⁸ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídica penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., pp. 339-340.

²⁹⁵⁹ GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., pp. 352 y 359.

perseguidos de oficio por los funcionarios que tengan conocimiento de la perpetración de alguna de estas conductas y, por lo tanto, no es necesaria denuncia, ni habitualidad²⁹⁶⁰.

Fundamentar la creación de los delitos de “violencia de género”, en base a que con ello se castiga como delito lo que únicamente sería una tentativa de lesión o una falta de lesiones, por no concurrir un resultado de lesión que requiera de tratamiento médico-quirúrgico, o una falta de malos tratos por no existir menoscabo físico, tampoco está justificado, por cuanto, en muchos casos ya se han producido lesiones que requieren el mencionado tratamiento, o se ha producido una grave alteración psíquica - lo que también constituye delito de lesiones- o, en último caso, se han producido amenazas graves constitutivas de delito y como ya se ha puesto de manifiesto, con la nueva legislación puede suceder que sirva para castigar más levemente en relación con la gravedad del injusto que materialmente se ha realizado y, en sentido contrario, castigar en exceso conductas con un desvalor mínimo²⁹⁶¹.

Por otra parte, pareciera que los problemas de persecución de los delitos clásicos se deben a una mala interpretación de los mismos, como sucede en el caso del delito de lesiones, en el cual, la interpretación jurisprudencial de los requisitos legales de tratamiento médico y asistencia facultativa y la concepción de los delitos de lesiones como “delitos calificados por el resultado”, pese a estar proscrita en el CP de 1995, en los arts. 5 y 10, por ser expresión de una responsabilidad objetiva que no cabe en un DP que pretende ser democrático y garantista, así una de las graves consecuencias que se derivan de esta interpretación se refleja en la opinión de muchos operadores jurídicos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y sobre todo en la Fiscalía, según la cual *no cabe castigar la tentativa de lesiones*, debido a la dificultad de prueba respecto al concreto tipo de lesiones que se debería de aplicar al no haberse producido el resultado o ser éste menor a lo que *ex ante* sería previsible, sin embargo, las dificultades aludidas no son mayores que las suscitadas por la tentativa de homicidio y su diferenciación respecto de un delito consumado de lesiones, así, para la tentativa de lesiones serían de aplicación los mismos criterios interpretativos elaborados por la jurisprudencia en relación con la distinción entre tentativa de homicidio y lesiones²⁹⁶². Dependiendo de la gravedad de la conducta, desde una perspectiva *ex ante*, es decir, atendiendo al lugar del cuerpo a donde se dirige la agresión, a los medios utilizados, a las circunstancias concomitantes, es factible determinar la calificación concreta de la tentativa de lesiones adecuada a cada caso, con independencia de la gravedad del resultado efectivamente producido²⁹⁶³. En la práctica, por el contrario, aun cuando la gravedad de la conducta haría previsible un resultado grave se entiende que cuando no se requiere tratamiento médico-quirúrgico estamos frente a una falta de lesiones, problema que se agrava por las diferentes interpretaciones que en la jurisprudencia se adoptan respecto de lo que se considera tratamiento médico-quirúrgico y lo que supone mera asistencia facultativa²⁹⁶⁴.

²⁹⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 340.

²⁹⁶¹ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., pp. 341-342.

²⁹⁶² CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 342.

²⁹⁶³ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 342.

²⁹⁶⁴ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 342.

La solución correcta *de lege ferenda*, es que cualquier conducta adecuada *ex ante* para provocar un menoscabo en la salud debe ser calificada como delito, independientemente de cuál sea el concreto resultado producido, debiendo quedar como falta los malos tratos, tales como una bofetada leve, un empujón, un zarandeo, etc. y las lesiones por imprudencia leve, aun cuando, en el delito de lesiones se prevea un tipo atenuado, en razón de la menor entidad de la violencia y/o del resultado, en la línea del actual art. 147.2 CP, de esta forma las reformas operadas por Leyes orgánicas N° 11/2003, N° 15/2003 y N° 1/2004, en relación con la “conversión” de la falta de lesiones en delito, cuando los hechos se cometan en el ámbito de la violencia doméstica y de género, serían innecesarias y, además, se obviaría la posible inconstitucionalidad de estas reformas, en cuanto se entienda que infringen el principio de igualdad²⁹⁶⁵.

Esta propuesta solucionaría el problema consistente en que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, interpretan que el tipo agravado, previsto en el art. 148 CP., se refiere exclusivamente al tipo básico de lesiones, art. 147 CP, en el mismo sentido en que actualmente se califican los hechos que antes se consideraban “homicidio preterintencional”, podrían calificarse estos hechos como concurso ideal entre tentativa de delito de lesión agravado y falta de lesiones consumada, lo mismo sería de aplicación en relación con los tipos cualificados por la producción de resultados especialmente graves, por cuanto, en el supuesto de que el resultado no se produzca, pero fuera previsible *ex ante* que se produjera, deberían calificarse los hechos como tentativa de delito cualificado en concurso ideal con el delito de lesiones efectivamente producido, no obstante, tanto en el caso anterior como en éste, me parece más correcto calificar los hechos como tentativa del delito de lesiones más grave, puesto que nos encontramos frente a un concurso de leyes, ya que ambos hechos son dolosos y el bien jurídico es el mismo. Es diferente la situación en el llamado “homicidio preterintencional” puesto que en ese caso los desvalores son distintos, uno doloso y otro imprudente, y no pueden consumirse el uno en el otro, si entendemos que lo adecuado es calificar como tentativa de lesiones del tipo más grave, la lesión efectivamente producida se podría tomar en consideración en la determinación de la responsabilidad civil²⁹⁶⁶.

En cuanto a la distinción de los diferentes tipos a partir de que haya sido necesario tratamiento médico quirúrgico o asistencia facultativa, de que se haya inutilizado un miembro principal o no, que se haya producido grave deformidad o enfermedad grave o leve, hay que decir que no existiendo criterios legales respecto de estos conceptos y la diferente penalidad y las distintas consecuencias jurídico-penales según se califique de una u otra forma, se ha producido una jurisprudencia casuística y contradictoria²⁹⁶⁷.

Además, hay que asumir que las lesiones psíquicas son “lesiones” con relevancia jurídico-penal, puesto que pese a que legalmente hace ya una década que están tipificadas hay muy pocas condenas por lesiones psíquicas, pese a que en muchas ocasiones en las sentencias se aprecia que, como consecuencia del hecho delictivo, la víctima ha sufrido unos determinados trastornos psíquicos y, sin embargo, este resultado lesivo se valora exclusivamente en el ámbito de la responsabilidad civil, es cierto que en ocasiones las lesiones psíquicas no podrán imputarse penalmente a la conducta típica

²⁹⁶⁵ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 343.

²⁹⁶⁶ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 343.

²⁹⁶⁷ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 344.

por la que se condena al autor por no concurrir responsabilidad subjetiva, si el autor no conocía ni tenía el deber de conocer que de su conducta podían derivarse trastornos psíquicos en la víctima, o por no ser imputables objetivamente, desde una perspectiva penal, no obstante, y en particular en los supuestos de violencia doméstica y de género, en los que el autor a través de conductas, que examinadas aisladamente podríamos considerar casi irrelevantes, trata de minar la voluntad, la autoestima y la dignidad de la víctima, no sólo son imputables los trastornos psíquicos sino que son imputables a título doloso, ello es así porque para que concurra dolo es suficiente con la voluntad de minar la autoestima de la víctima, máxime cuando generalmente se advierte directamente los graves efectos psicológicos que su actuación está teniendo sobre la víctima, aun cuando sea en la “esfera del profano”²⁹⁶⁸.

6. La violencia doméstica y de género en Chile

En la sociedad chilena a pesar de las continuas denuncias y campañas publicitarias, aún pervive un arraigado machismo y una profunda cultura de la violencia de género y doméstica. Así, el análisis de la jurisprudencia²⁹⁶⁹ demuestra que tras la publicación de la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, la gran mayoría de las lesiones calificadas jurídicamente como menos graves, lo fueron en virtud de la norma expresa del art. 494 N° 5 que impide desplazar la calificación del delito desde el tipo básico de lesiones menos graves hacia el tipo penal privilegiado de falta de lesiones leves, cuando se trate de casos de violencia producida en el ámbito doméstico. Otro dato no menor, es que dentro de la violencia doméstica, la inmensa mayoría de casos se encuentran constituidos por actos llevados a cabo por sujetos activos masculinos en contra de víctimas de sexo femenino, es decir, claramente dicen relación con actos de violencia de género²⁹⁷⁰. Consecuentemente, me parece innegable partir por reconocer que existe en nuestra sociedad un problema cultural que atraviesa las diversas clases sociales y que afecta primordialmente a la mujer.

Ahora bien, al igual que en el caso español, me parece que la pregunta consiste si es necesaria una regulación penal especial que regule esta materia. Al respecto habría que afirmar que, tal como sucede en España, la regulación particular sobre la violencia doméstica y de género y las reformas procesales que regulan la actual jurisdicción de familia, han traído como consecuencia una mayor sensibilización de la sociedad, acerca de la existencia y magnitud del problema, así como de la necesidad por ponerle un pronto remedio, lo cual ha sido de hecho un punto muy beneficioso. Sin embargo, siempre es posible preguntarnos si en realidad era necesario regular esta materia especialmente, ya sea a través de la creación de tipos penales de difícil justificación, así como mediante el establecimiento de agravantes especiales. En definitiva, habría que preguntarse cuál es el plus de injusto que justifica la mayor penalidad que la violencia

²⁹⁶⁸ CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, op. cit., p. 344.

²⁹⁶⁹ Sólo a modo de ejemplo ello ocurrió en las siguientes causas: RUC N° 0800013392-3, RIT N° 155-2008, del 2° JG de Santiago; RUC N° 0800041462-0, RIT N° 463-2008, del 2° JG de Santiago; RUC N° 0800086531-2, RIT N° 1075-2008, del 2° JG de Santiago; RUC N° 0800086544-4, RIT N° 1077-2008, del 2° JG de Santiago; RUC N° 0800100596-1, RIT N° 1246-2008, del 2° JG de Santiago; RUC N° 0600440577-1, RIT N° 47-2007, del JG de Molina; RUC N° 0700095864-0, RIT N° 308-2007, del JG de Molina.

²⁹⁷⁰ En Chile, casi la mitad de las mujeres reconoce haber sufrido episodios de violencia durante su vida, el 90% de los casos ha sido ejercida por sus parejas o ex parejas, y, cada semana al menos una mujer es muerta por su pareja o ex pareja (extraído del sitio web <http://www.sernam.cl>).

doméstica y de género implica, ¿existe una mayor *dañosidad social* que conforme con el *principio de lesividad*²⁹⁷¹, permita fundamentar la incriminación o la agravación de la sanción penal en este tipo de situaciones?²⁹⁷²

6.1. Aspectos procesales

Desde el punto de vista procesal, no se puede desconocer que la agravación de la pena del delito de lesiones, cuando éste se produce el ámbito de la violencia doméstica o de género tiene aparejados varios beneficios. En efecto, si tales hechos fueren calificados como *falta*, como correspondería a la situación anterior a la Ley N° 20.066, el proceso penal daría hoy en día, paso a la probable aplicación del principio de oportunidad conforme a lo dispuesto en el art. 170 del CPP²⁹⁷³ o bien a la imposición de una multa en procedimiento monitorio de acuerdo con lo dispuesto en el art. 392 del mismo cuerpo legal²⁹⁷⁴. En cambio, la calificación jurídica como *delito* hace menos probable la aplicación del principio de oportunidad y al dar paso a la aplicación de un procedimiento simplificado u ordinario posibilitando la aplicación de medidas cautelares respecto del agresor, destinadas a otorgar protección penal a la víctima²⁹⁷⁵ o la concurrencia de las salidas alternativas del *acuerdo reparatorio* y especialmente la *suspensión condicional del procedimiento*, en la cual es posible establecer, entre otras, las condiciones establecidas en el art. 9 de Ley N° 20.066, entre las cuales se cuentan la prohibición de acercarse a la víctima, la obligación de hacer el abandono del hogar común y la de asistir a un programa terapéutico o de orientación familiar²⁹⁷⁶,

²⁹⁷¹ Al respecto, Silva Sánchez afirma: “Puede afirmarse que la dañosidad social de la lesión, sí es requisito de *toda protección jurídica*, del objeto lesionado. Todo bien, para ser “jurídico” requiere, pues, que los ataques contra el mismo se revelen como trascendentes en la esfera social en un sentido dañoso; si al derecho en su conjunto, le competen funciones de protección social, éste sólo podrá intervenir en casos en que concurra la referida dañosidad social (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al DP contemporáneo*, op. cit., p. 276).

²⁹⁷² En sentido contrario opina Zapata Cuéllar al referir que: “en cuanto a la agravante del parentesco y las relaciones de matrimonio (art. 400), estimamos muy cierta la posición que al respecto sostiene la moderna Psicología de la familia. Según ésta, al interior del grupo familiar suelen entablarse relaciones personales mucho más relajadas, desahogadas que las que se traban fuera de aquél. Los sujetos adoptan un comportamiento más aliviado, propio de estar en su hogar y con sus seres más cercanos. De allí, que sea criticable, dogmáticamente, que el CP agrave la responsabilidad de las lesiones inferidas a aquellas personas con quien el agente establece nexos regidos por una confianza e intimidad que el Derecho penal debiera considerar” (ZAPATA CUÉLLAR, en “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., p. 11).

²⁹⁷³ Así ocurrió en las siguientes causas del 2° JG de Santiago: RUC N° 080005502-7, RIT N° 986-2008; RUC N° 080007747-0, RIT N° 989-2008; RUC N° 0800014001-6, RIT N° 993-2008; RUC N° 0800015433-5, RIT N° 995-2008 y en causa RUC N° 0800019398-5, RIT N° 1015-2008.

²⁹⁷⁴ Así ocurrió en la causa RUC N° 0800137259-k, RIT N° 1700-2008, del 2° JG de Santiago

²⁹⁷⁵ Un ejemplo de esto ocurrió en causa RUC N° 0600440577-1, RIT N° 47-2007, del JG de Molina, en donde luego de la formalización de la investigación por el delito de lesiones menos graves llevadas a cabo en un contexto de violencia intrafamiliar, se decretaron medidas cautelares del art. 155 letras c) (obligación del imputado de presentarse periódicamente ante el Juez de Garantía o ante la autoridad que él designare) y g) (Prohibición del imputado de aproximarse a la víctima o a su familia, y en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél). En el mismo sentido, en España ejemplifica David De Felip, al tratar la figura de maltrato, y lesiones leves, cometidas contra personas allegadas (art. 153, del CPes) castigadas como delito, aún cuando dichas conductas, fuera del ámbito de la violencia doméstica y de género serían constitutivas únicamente de la falta del art. 617 del CPes, (FELIP I SABORIT, “Las Lesiones”, op. cit., p. 77).

²⁹⁷⁶ En este sentido, y en relación con lo dispuesto en el art. 9 letras a y b de la Ley 20.066, el 2° JG de Santiago, en causa RUC N° 0800013392-3, RIT N° 155-2008 estableció como condiciones de la suspensión condicional las siguientes: prohibición del acusado de acercarse a la víctima y la obligación de

condiciones que tal vez, permiten atacar el problema con mayor efectividad, sin perjuicio de que podría resultar cuestionable que los tratamientos terapéuticos o de orientación familiar se impongan de una manera un tanto forzada, toda vez que si el acusado no acepta las condiciones el procedimiento iniciado en su contra sigue adelante, podría contestarse que dicha solución podría ser más beneficiosa desde el punto de vista de la *prevención especial*, que reprimir con una sanción penal privativa de la libertad, o bien con una multa, una conducta fruto de un patrón cultural agresivo.

6.2. Aspectos sustantivos

En Chile, la Ley N° 20.066, sobre violencia intrafamiliar, publicada el día siete de octubre de 2005, distingue las materias de orden civil de aquellas de naturaleza penal, para adecuarlas al nuevo proceso penal vigente en el país (a partir de la reforma procesal penal), instaurando un nuevo delito denominado de “*maltrato habitual*” y modificando el CP y la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, en aquellos aspectos que son de interés al ámbito penal, específicamente al Ministerio Público.

En el art. 5° de la misma ley, se entrega una definición de *violencia intrafamiliar*, que se caracterizara por su amplitud y por incluir todo tipo de agresiones físicas y psíquicas efectuadas respecto de padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, cuñados, sobrinos, carnales o políticos, además de las producidas entre cónyuges, ex cónyuges, convivientes y ex convivientes y los indicados parientes de estos, así como a los menores y discapacitados, que estén en dependencia o cuidado de alguno de los miembros del grupo familiar.

La referida ley modificó el art. 400 del CPch, estableciendo que si el delito de lesiones se ejecuta en contra de alguna de las personas que menciona el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar las penas deben aumentarse en un grado. Además, modificó el art. 494 N° 5 del CP, estableciendo que si el sujeto pasivo del delito de lesiones es de aquellos señalados en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, el tribunal no puede desplazar el tipo penal desde el tipo básico de lesiones menos graves hacia el tipo penal privilegiado de las lesiones leves, aun cuando en la especie concurren elementos de menor antijuridicidad o de inferior imputación personal.

6.2.1. El delito de maltrato habitual

La Ley N° 20.066, crea un nuevo tipo penal regulado en el art. 14, denominado “*delito de maltrato habitual*”²⁹⁷⁷, similar al del art. 173.2 del CPes (único antecedente

hacer el abandono del hogar común, sin perjuicio del régimen de visitas respecto de los hijos. Por su parte, en causa RUC N° 0800086531-2, RIT N° 1075-2008, del 2° JG de Santiago, se estableció como condición de la suspensión condicional de procedimiento, la obligación del acusado de realizar un tratamiento contra el alcohol.

²⁹⁷⁷ El art. 14 de la Ley 20.066, dispone: “*Delito de maltrato habitual*. El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.

Para apreciar la *habitualidad*, se atenderá al *número de actos* ejecutados, así como a la *proximidad temporal* de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absoluta o condenatoria. El Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el art. 90 de la ley N° 19.968”.

comparado conocido); pero, a mi juicio en un acierto legislativo que impide incurrir en los problemas de proporcionalidad derivados de las soluciones concursales a que dan lugar los tipos penales relativos a la violencia doméstica y de género en el CPes, el delito de maltrato habitual de la Ley N° 20.066, es *subsidiario* de los delitos más graves a que pudiera dar lugar la conducta constitutiva de violencia doméstica o de género, tales como los delitos de lesiones graves y menos graves, los delitos de amenazas del art. 296, N° 1 y 2 del inciso 2°, y las del art. 297 del CPch, figuras que suponen ataques contra la salud individual o contra la libertad y que se encuentra sancionados con penas de mayor entidad a las establecidas por el legislador para el delito de maltrato habitual. De ahí que, para que pueda aplicarse el art. 14 de la Ley N° 20.066, habrá que partir por descartar previamente que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo, pueda ser constitutiva de cualquier otro delito más grave²⁹⁷⁸.

Si los hechos denunciados ante el Tribunal de Familia configuran el delito de maltrato habitual o un delito común de mayor gravedad, este órgano jurisdiccional, debe remitir los antecedentes al Ministerio Público con independencia de que los hechos hayan afectado o no gravemente la convivencia familiar y de la voluntad de la víctima. La idea de otorgar la facultad de realizar una calificación jurídica preliminar de los hechos, por parte del Tribunal de Familia como delito, podría deberse al hecho de que en caso contrario, estos asuntos quedarían sometidos a las reglas generales del sistema de justicia penal, las cuales contemplan facultades como el archivo provisional o el principio de oportunidad por parte del Ministerio Público, el cual podría verse tentado en estos casos a realizar una aplicación excesiva de estas herramientas jurídico procesales, para no continuar el procedimiento penal en casos de violencia doméstica o de género. Para que ello no ocurra, se estima que no es conveniente dejar el delito de maltrato habitual en la misma condición que los delitos comunes, sino que es necesario darle un mayor sustento al momento de ser revisado por el Ministerio Público. Ese sustento lo constituiría la calificación previa por parte del Tribunal de Familia, en aquellos casos en los cuales al conocer de sus respectivas materias, estime que los hechos pueden revestir los caracteres de delito de maltrato habitual o algún tipo penal general que tenga asignada mayor penalidad²⁹⁷⁹. Sin embargo, dicho sistema puede ser inadecuado, toda vez que sería el Tribunal de Familia quien deba calificar lo que será o no habitual y por ende constitutivo del respectivo delito; aun cuando por mandato constitucional es el Ministerio Público el que debe investigar los hechos que revisten caracteres de un ilícito penal y cuando lo estime así, iniciar y mantener la persecución penal, en base a la calificación jurídica que de estos hechos realice.

Sin perjuicio de las críticas que podemos realizar a la solución legislativa establecida en el Ley N° 20.066, podemos concluir que el CPch impone una clara agravación de la penalidad en caso de que las lesiones se produzcan en el ámbito doméstico, y sanciona penalmente el mero maltrato que no es seguido de una consecuencia física, constituyendo dicho acto un atentado contra la integridad moral.

²⁹⁷⁸ ZEREGA CASTRO, “La violencia hacia la mujer en el ámbito doméstico y la necesidad de intromisión en lo público en lo privado: una visión comparada”, en *El Rol de la Judicatura en un Estado Gobernado por la Regla de la Ley*, Editorial European public law series, Londres, 2006, pp. 89-90.

²⁹⁷⁹ ZEREGA CASTRO, “La violencia hacia la mujer en el ámbito doméstico y la necesidad de intromisión en lo público en lo privado: una visión comparada”, op. cit., p. 90.

6.2.2. Modificaciones introducidas por la Ley 20.066 en el tipo penal común de parricidio (art. 390 del CP)

La Ley N° 20.066, entre otras modificaciones, incorporó como sujeto pasivo del delito de parricidio al *conviviente*. Sin embargo, en un claro desprecio por el principio de taxatividad, no definió qué ha de entenderse por *convivencia*, dejando a la doctrina y en último término a la jurisprudencia, la labor de completar el tipo penal. Por lo tanto, tenemos aquí un claro ejemplo de un uso excesivo de los elementos normativos del tipo, al tratarse de una situación de hecho y, por tanto, altamente indeterminada.

6.2.2.1. Origen de la iniciativa legal

La referida modificación legal fue realizada a proposición del Servicio Nacional de la Mujer, con la finalidad aplicar la misma lógica seguida en el proyecto respecto de la agravación de la estructura del delito de lesiones corporales, respecto de los delitos contra la vida.

6.2.2.2. Posición de la comisión mixta del congreso

No existe una definición legal de lo que deba entenderse por conviviente y así lo reconoció el Senador Chadwick quien indicó que: “...con ello, entonces, matar al conviviente será lo mismo que matar al cónyuge, con lo cual esta norma del parricidio queda acorde con las disposiciones de este proyecto. Agregó que, en todo caso, como la convivencia es una situación de hecho que no está definida legalmente, su existencia y las circunstancias que la califiquen como tal, deberán ser acreditadas ante los tribunales de justicia”²⁹⁸⁰.

Al respecto vale la pena recordar a Zaffaroni, quien señala que “cuando se exagera el recurso a los elementos valorativos, se corre el riesgo de debilitar el *nullum crimen sine lege* y de fortalecer la pulsión del poder punitivo, lo cual es una característica del DP autoritario”²⁹⁸¹. Además, se ha dicho que el juez no debe calificar la conducta concreta, sino que ha de subsumirla dentro del tipo abstracto y general, así su deber es comprobar si están cumplidas realmente las acciones a cuya ejecución la ley asocia la concurrencia de la pena. Por ello, no es su tarea un pronunciamiento autónomo de juicios de valor, sino establecer hechos²⁹⁸².

El principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, exige que el núcleo fáctico de la conducta que se sanciona se encuentre descrito en la norma penal y, por lo tanto, el uso excesivo de los elementos valorativos y altamente indeterminados, afecta el “*nullum crimen nulla poena sine lege certa*”, máxime si se toma en consideración que en la especie no se trata de un elemento establecido para atenuar o morigerar la pulsión penal, sino todo lo contrario, ya que la concurrencia del elemento valorativo e indeterminado califica el tipo penal de homicidio, elevado el marco abstracto de la pena a la de presidio mayor en su grado máximo (15 años y un día a 20 años).

²⁹⁸⁰ Historia de la Ley 20.066, Informe de la Comisión Mixta, pp. 470-575, disponible en www.bcn.cl.

²⁹⁸¹ ZAFFARONI, DP, PG, op. cit., p. 461.

²⁹⁸² GRÜNHUT, “Formación de conceptos y aplicación del Derecho en el DP”, op. cit., pp. 307-329.

6.2.2.3. Posición de la doctrina y de la jurisprudencia

Ya que el legislador no definió qué debe entenderse por convivencia y que no se trata de un concepto propio de una ciencia o arte, que exija darle el sentido que en aquellas se utiliza, la doctrina y la jurisprudencia nacional convergen en las siguientes ideas:

Para determinar qué debe entenderse por convivencia, debe recurrirse al sentido natural y obvio del término. Al respecto y tal como lo dijéramos más arriba, ello no implica necesariamente el deber de recurrir a las definiciones que proporciona el diccionario de la RAE, porque el uso común puede no condecirse con los conceptos empleados por tal diccionario y así lo ha sostenido nuestra doctrina desde antiguo. Los términos de la ley deben interpretarse según el uso corriente de los mismos, ya que es éste el sentido al cual el ciudadano, destinatario de la norma, acudiría de ser necesario y por ser éste el método de interpretación de la ley penal, que asegura un mayor grado de cumplimiento del fin preventivo general del DP, por las razones esgrimidas más arriba.

Ratifica esta conclusión, el análisis de la definición que al respecto, el citado diccionario entrega. En efecto, dicho texto entiende por “*convivencia*”, la “*acción de convivir*” y por “*convivir*”, *vivir en compañía de otro u otros*. Por último, el citado diccionario define la palabra “*conviviente*”, como “*cada una de las personas con quienes comúnmente se vive*”. De esta definición, extremadamente amplia, se desprendería, por ejemplo, para los efectos que aquí nos interesan, que quitar la vida a un amigo a quien se presta cobijo permanente bajo el techo de un hogar, sería constitutivo de parricidio, lo que parece alejado a todas luces, de la “*ratio legis*” de nuestra legislación²⁹⁸³.

Además, hay que tomar en cuenta el contexto en el cual el legislador ubicó este término *convivencia*, el cual corresponde al del art. 390 del CP, relativo al delito de parricidio y a continuación de los vínculos de carácter permanente y de relación filial o parental, y al lado del vínculo matrimonial, es decir, el vínculo de convivencia se agrega a un delito especial que califica el tipo base de homicidio, aumentando el piso de la pena, nada más y nada menos, que en dos grados. Por lo tanto, la naturaleza de los vínculos comprendidos en la disposición antes citada descarta la posibilidad de incluir en el término conviviente cualquier clase de relación entre dos personas, tales como el llamado pololeo u otra clase de relaciones afectivas inestables o esporádicas, reservando la expresión única y exclusivamente a la familia no matrimonial, la cual se caracteriza por tratarse de una relación afectiva entre un hombre y una mujer que viven bajo un mismo techo, de manera estable y permanente, con un proyecto de vida en común, de carácter pública y notoria y de origen lícito.

Conforme a lo dispuesto en el art. 19 del CC, no puede, el intérprete, desatender el tenor literal de la ley, a pretexto de consultar su espíritu y abandonar con ello el elemento gramatical de interpretación de la ley, máxime si se considera que en la especie nos encontramos en el ámbito del DP, campo en el cual, no puede el intérprete acudir al elemento histórico para justificar la aplicación del tipo penal a un supuesto que no se encuentra expresamente tipificado.

Además, debe tenerse presente que aun cuando el delito de parricidio tiende a desaparecer en los Códigos penales más actuales como el español, el alemán y el francés, así como del APCPCH, dada su difícil justificación más allá del reproche moral

²⁹⁸³ Sentencia dictada por el 2° TOP de Santiago en causa Rit N° 98-2007, Ruc: 0600226396-1 y sentencia dictada por el TOP de Talca, en causa Rit N° 133-2006, Ruc N° 0600174104-5.

por el atentado contra la propia sangre o los lazos de confianza mutua supuestamente derivados del matrimonio²⁹⁸⁴. Respecto de la relación de convivencia, podemos señalar que, según la corriente doctrinaria más tradicional, el mayor desvalor asignado a este delito radica en que con él se atenta en contra del *orden de las familias*. Según una argumentación más moderna, en el delito de parricidio, además de *la vida* sólo se protegen *reales relaciones parentales generadoras de confianza y afecto entre las personas*, y no la existencia de simples vínculos jurídicos de los cuales muchas veces la relación afectiva es inexistente en la realidad²⁹⁸⁵. Ahora bien se adhiera a una o a otra postura, lo cierto es que la modificación legal protege a la pareja sea que el vínculo provenga de una familia de carácter matrimonial o no matrimonial, por lo que se ha equiparado, para efectos penales, el vínculo de convivencia al del matrimonio, reconociendo una realidad que era posible advertir con nitidez en la evolución social de la familia chilena²⁹⁸⁶.

Analizado, entonces, el sentido natural y obvio con que se utiliza entre nosotros el término “*conviviente*” de un modo sistemático con las normas legales que le han prestado reconocimiento, atribuyéndole consecuencias jurídicas de diversa índole, incluyendo, por cierto, consecuencias jurídico penales, es posible concluir que en nuestra legislación la convivencia está referida a una *relación análoga a la conyugal*, cuyo vínculo carece de formalización legal o religiosa²⁹⁸⁷. En el mismo sentido, podemos señalar que habiéndose equiparado el término conviviente a los vínculos filiales y matrimoniales del art. 390 del CP, dicho término guarda estrecha relación con lo que en Derecho civil se conoce con el término de *concubinato perfecto*, esto es, “el estado de un hombre y una mujer que, en forma estable y duradera, viven juntos como casados, sin estarlo”²⁹⁸⁸, el cual se caracteriza por la mantención de relaciones sexuales estables fuera del matrimonio, existiendo entre las partes una comunidad de vida expresada en el hecho de vivir públicamente juntos, bajo un mismo techo^{2989/2990}. La doctrina lo llama unión libre²⁹⁹¹.

De esta forma, es posible sostener que un requisito imprescindible de la convivencia, consiste en que tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo *vivan bajo un mismo techo*, con todo lo que ello implica. Así, por ejemplo resulta necesario acreditar que el sujeto activo no sólo pernocta en el mismo hogar que la ofendida, sino que tiene en tal lugar las cosas con las cuales desarrolla su vida diaria (vestuario, herramientas, libros, artículos de aseo, etc.). Por lo tanto, basta con que los convivientes hayan cesado la vida en común, para que la unión de hecho que fundamenta la calificación de la figura base desaparezca²⁹⁹². Lo mismo sucede cuando los propios involucrados reconocen su ánimo de estar separados y reconocen ya no estar viviendo juntos²⁹⁹³.

Lo anterior, implica claramente la existencia de un segundo requisito, la vida en común conlleva *estabilidad o permanencia en el tiempo*, es decir *un proyecto de vida en*

²⁹⁸⁴ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., pp. 72-73.

²⁹⁸⁵ BACIGALUPO, *Estudios sobre la PE del DP*, op. cit., p. 53.

²⁹⁸⁶ SCA de Iquique, en causa Rol Corte N° 71-2007, Ruc: N° 0500667758.

²⁹⁸⁷ Sentencia dictada por el 2° TOP de Santiago, Rit N° 98-2007.

²⁹⁸⁸ VODANOVIC, *Derecho de alimentos*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 286.

²⁹⁸⁹ SCA de Temuco, en causa Rol Corte N° 235-2008, Ruc: N° 0700167516-2.

²⁹⁹⁰ SCA de Valparaíso de 24 de junio de 1987, en *Gaceta Jurídica* N° 85, p. 50 y ss.; y SCS, de fecha 25 de julio de 1989, publicada en Fallos del Mes, N° 368, p. 331.

²⁹⁹¹ PINTO, *El concubinato y sus efectos jurídicos*, Memoria de prueba, 1942, Universidad de Chile.

²⁹⁹² BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, pp. 33-34.

²⁹⁹³ Sentencia dictada por el TOP de Ovalle, Rit N° 21-2008.

*común*²⁹⁹⁴, de tal suerte que no basta con que el sujeto activo pernocte unos cuantos días en la casa de la ofendida o viceversa, para que pueda sostenerse que en la especie concurra una relación de convivencia. En tal sentido, Puig Peña, refiriéndose a lo que en Derecho civil se conoce con el nombre de concubinato perfecto, lo define como la unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo²⁹⁹⁵.

En tercer término, la relación de convivencia debe ser *pública* o *notoria*, esto es las personas que habitualmente los rodean, deben verlos como una pareja estable, como una familia con un proyecto de vida en común²⁹⁹⁶. El requisito de la “apariencia matrimonial”, implica que los terceros consideren a la concubina como “la mujer”, “la cónyuge” del concubinario, no su amante o querida²⁹⁹⁷.

En cuarto lugar, la convivencia debe ser *lícita*, es decir no debe estar prohibida por la ley. De esta manera, no existe convivencia entre el secuestrador y la secuestrada, ni tampoco entre un sujeto mayor de edad y una muchacha menor de catorce años²⁹⁹⁸.

De otro lado, hay que coincidir en que la acreditación de los elementos de la convivencia antes referidos, en el caso concreto, es una cuestión fáctica o de hecho y, por lo tanto, la determinación de su concurrencia o no, es una cuestión que compete resolver al juez del fondo²⁹⁹⁹.

6.2.2.4. Posición personal

Adecuada me parecen las conclusiones a las cuales llega la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre el punto, ya que interpretando adecuadamente la norma en comento, es posible otorgar al elemento normativo de la convivencia un contenido asible y coherente con el contexto en el cual fue ubicado por el legislador, esto es, el del delito de parricidio. Sin embargo, tratándose de una unión de hecho, me parece imperioso que sea el legislador quien defina el término y los requisitos que han de concurrir para tenerla por establecida, ya que de lo contrario se deja entregado a la doctrina y en definitiva a la jurisprudencia, la labor de determinar el contenido del tipo penal, con el menoscabo que para el principio de taxatividad ello significa y con la manifiesta inseguridad jurídica que de ello se deriva para el ciudadano.

²⁹⁹⁴ Sentencia dictada por el TOP de Colina, Rit N° 57-2007 y sentencia dictada por el TOP de Los Ángeles, Rit N° 42-2008.

²⁹⁹⁵ Cit. por sentencia publicada en Fallos del Mes N° 368, p. 331, considerando 3°.

²⁹⁹⁶ BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, p. 34.

²⁹⁹⁷ En opinión de Barrientos Grandón, para que la imputada y la víctima pudieran ser, jurídicamente, tenidas como cónyuges y así cumplir las exigencias típicas del art. 390 del CP, debería resultar posible la asimilación de la relación que mantenían a la relación conyugal, concretamente poder situarlas en una posición jurídica asimilable a la categoría jurídica de cónyuges y, como se ha descrito, para ello, resultaría necesario que: a) fueran de distinto sexo, condición cumplida en este caso; b) que tuvieran la edad legal para ejercer el *ius comubii*, condición también cumplida en la especie de que se trata; c) que no fueran parientes en los grados excluidos legalmente, condición también cumplida en la situación de hecho examinada; y d) que ambas fueran solteras o divorciadas, condición ésta que no se presenta (BARRIENTOS GRANDÓN, *Sobre la noción de “conviviente” utilizada en el art. 390 del CP*, informe en Derecho realizado para la Defensoría Penal Pública).

²⁹⁹⁸ BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, op. cit., T. III, p. 34.

²⁹⁹⁹ SCA de Temuco, en causa Rol de ingreso Corte N° 235-2008, Ruc N° 0700167516-2, en la cual se sostiene que tratándose de una cuestión de hecho, los jueces son soberanos para determinar si se configura o no la convivencia.

6.2.3. Modificaciones introducidas por la Ley 20.066 en materia de agravantes especiales que agravan los delitos de lesiones

6.2.3.1. Agravante especial del art. 400 del CP. Primera parte

La primera parte del art. 400 del CP dispone que: “El art. 400 del CP dispone que: “Si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar”.

Al respecto podemos sostener que dicha circunstancia no puede interpretarse de una manera objetiva. Así, desde el punto de vista subjetivo, debe exigirse que el sujeto activo conozca el vínculo que la ley exige. En segundo lugar, es necesario que la lesión se produzca en el contexto criminológico de la violencia doméstica y de género, esto es, la conducta debe estar motivada, propiciada, o facilitada por la relación, existente, entre el autor y la víctima³⁰⁰⁰.

En base a una interpretación teleológica, debiese quedar excluida la agravación de responsabilidad penal si las lesiones se producen fuera de un contexto criminológico de la violencia intrafamiliar, por cuanto no es posible fundamentar, en estos casos, el mayor injusto penal. En efecto, imaginemos que dos grupos de personas llegan a una discoteca y se sientan en mesas separadas. Luego una persona del grupo A, se percató que los sujetos del grupo B, les han bebido sus tragos, los cuales les han costado caro, y por esta razón, comienzan entre todos una discusión, que al pasar los minutos, aumenta de intensidad, y terminan en golpes, y uno de los sujetos del grupo A, le pega a su ex pareja que estaba en el grupo B, porque pertenece al grupo, que se había tomado sus tragos. Por el sólo hecho de que estas personas (agresor y agredida) estuvieron unidas por un vínculo afectivo y de convivencia en el pasado, no podemos estimar a priori que el hecho merezca una agravación penal, puesto que en el contexto antes referido, el agresor habría golpeado a la persona que se bebió su trago fuera quien fuera, sólo que en este caso dicha persona resultó ser su ex pareja. Así las cosas, falta en este caso, el fundamento del vínculo afectivo que justifica la agravación de la sanción penal.

6.2.3.2. Agravante especial del art. 400 del CP, primera parte y principio de *non bis in idem*

Interesante es la situación que se produce entre la agravación prevista en el art. 400 del CP y la imposibilidad de trasladar el delito desde el tipo penal de lesiones menos graves hacia el tipo privilegiado de falta de lesiones leves, a pesar de que concurren los elementos valorativos individualizados en el art. 494 N° 5 del mismo cuerpo legal³⁰⁰¹, cuando las lesiones fueren cometidas en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar³⁰⁰².

³⁰⁰⁰ Así, FELIP I SABORIT, “Las Lesiones”, op. cit., p. 77.

³⁰⁰¹ Esta disposición refiere que: “Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: 5° El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho. En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar”.

³⁰⁰² El cual dispone que: “Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por

Sostengo que en aquellos casos en los cuales, en virtud de los elementos valorativos hubiese sido posible sancionar por la falta de lesiones, pero por tratarse de personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, se ha debido sancionar por el delito de lesiones menos graves, no podría volverse a ocupar dicha circunstancia, ahora para agravar la responsabilidad penal conforme al art. 400, por impedirlo el principio del *non bis in idem*, consagrado en el art. 63 del CP. Por el contrario, si no concurren dichos elementos valorativos del art. 494 N° 5° y por ende, aun sin la consideración de que las lesiones fueren cometidas en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, se estima que la lesión es menos grave, procedería aplicar la agravante en comento, por cuanto no concurre el principio del *non bis in idem* antes invocado.

En cuanto a la circunstancia mixta del parentesco consagrada en el art. 13 del CP, debe considerarse que respecto de las lesiones y luego de las modificaciones introducidas en el CP, por la ley 20.066, resulta evidente que el legislador optó por considerar al vínculo parental como una circunstancia que agrava la responsabilidad penal del sujeto activo, por lo tanto, en aquellos casos en los cuales en virtud de los elementos valorativos, el sentenciador hubiese podido sancionar por la falta de lesiones, pero por tratarse de personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, se ha debido sancionar por el delito de lesiones menos graves, tampoco podrá agravarse la responsabilidad del sujeto activo del delito en virtud de la circunstancia mixta del parentesco por impedirlo el *principio del non bis in idem*. Del mismo modo, si no concurren dichos elementos valorativos del art. 494 N° 5° y por ende, aun sin la consideración de que las lesiones fueren cometidas en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, se estima que la lesión es menos grave, procedería aplicar la agravante del art. 400 del CP, más no la agravante mixta del parentesco, por impedirlo la consideración del principio del *non bis in idem*.

En todo caso, me parece que aun cuando pese a concurrir las circunstancias del art. 494 N° 5, no podrá desplazarse la calificación jurídica hacia el tipo privilegiado, por tratarse de personas incluidas en el art. 5° de la Ley 20.066, ello no impide considerar las circunstancias del hecho y de las personas, por ejemplo, para considerar la circunstancia atenuante genérica del art. 11 N° 5 del CP o incluso excluir la responsabilidad penal en casos de inexigibilidad de otra conducta adecuada a Derecho, cuando concurren los requisitos necesarios para ello. Piénsese en el caso de la mujer continuamente golpeada y humillada por su marido, abandonada por éste, que reacciona cuando el sujeto regresa con el objetivo de insultarla, y lo lesiona³⁰⁰³.

De considerar que en la especie nos encontráramos ante la atenuante del art. 11 N° 5 del CP y ante lesiones menos graves, ¿podría el juez compensar esta atenuante genérica con la agravante especial aún cuando el efecto que el legislador atribuyó a esta última fue el de aumentar la pena en un grado? A mi juicio, si el juez estima que la entidad de la atenuante es lo suficientemente importante como para compensar el desvalor de la circunstancia agravante especial, podría estimarlas contrarrestadas, por cuanto, a pesar de nuestra arraigada práctica jurisprudencial, el legislador dispuso

afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

³⁰⁰³ POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS RAMÍREZ, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 228.

expresamente que la compensación de las circunstancias modificatorias deba hacerse de manera *racional* y no matemática, aun cuando, claro está, las matemáticas también son una ciencia racional.

7. Conclusiones

1. La violencia de género y doméstica es un problema cultural y social que afecta a todas las sociedades, sin embargo, sólo algunas han decidido considerarla un mal intolerable que debe ser tratado como una cuestión de orden público. Ello ha traído aspectos positivos como la sensibilización de la sociedad respecto de un problema real y hasta unas décadas escondido e impune.

2. La presión social incidió en los siguientes cambios: así como en la adopción de diversa clases de medidas tales como: a) la creación de instancias especializadas encargadas de perseguir y castigar los hechos constitutivos de violencia de género y doméstica; b) la *agravación sistemática de las penas* cuando el hecho se comete en este contexto; c) la *creación de nuevas penas y medidas de protección* a favor de la víctima, orientadas a la disuasión y prevención de agresiones, así como la adaptación de su ejecución a tales necesidades; d) *medidas educativas* o de formación; e) *medidas asistenciales*, como la creación de centros terapéuticos que otorguen tratamiento psiquiátrico o psicológico a las víctimas; y f) *medidas sociales*.

3. Lo anterior ha implicado aspectos negativos tales como la proliferación de acusaciones falsas, el abuso en la imposición de medidas de alejamiento y de prisión preventiva, así como la desproporción entre la pena prevista e impuesta y el desvalor del hecho. Aun cuando el legislador pretendió dar un tratamiento más severo ha estos supuestos, considerando como insuficientes los tipos clásicos que castigan el uso de la violencia, muchas veces la calificación jurídica conforme a las figuras penales creadas, terminan siendo más benévolas que si se aplicaran los delitos del DP nuclear.

4. No es apropiado denominar este fenómeno social como “violencia familiar” o “violencia intrafamiliar”, porque la ley incluye supuestos que no requieren convivencia y otros en donde la violencia se suscita entre personas que conviven sin ser familiares. Tampoco se compadece con la realidad el nombre de la Ley 1/2004, sobre “Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, toda vez que no contempla supuestos de violencia de género contra la mujer, como las agresiones sexuales producidas en un contexto de voluntad de dominación de un sexo sobre el otro, incluido el acoso sexual, y abarca supuestos que no tienen que ver con la problemática del género, como en el caso de las *personas vulnerables* que pueden ser hombres o mujeres. La Ley 1/2004 pone la atención más en el contexto violento, que en si la afectada es mujer.

5. Si lo que se pretende evitar es la violencia en contra de la mujer, la convivencia no debería ser un requisito esencial para que el hecho sea calificado como violencia de género. Lo importante, debería ser la necesidad de prevenir las agresiones a mujeres por el mero hecho de serlo, es decir deberían contemplarse supuestos en los que la violencia ejercida tiene su origen en el desprecio, odio o miedo hacia la mujer. Correctamente las Audiencias Provinciales, habían sostenido que la aplicación de los arts. 153, 148.4, 171.4 y 172.2, requiere que la violencia se haya ejercido por razón del género, con intención de dominación o desprecio, con la finalidad de dominación del hombre sobre la mujer.

6. Así, de acuerdo con una interpretación teleológica de estos preceptos, hay que excluir los casos en que la conducta no esté motivada, propiciada o facilitada por la especial relación existente entre autor y víctima o no se ha ejercido como manifestación de la discriminación, situación de desigualdad o con la finalidad de dominación del hombre sobre la mujer.

7. En todo caso, el término violencia de género, al menos semánticamente no excluye a los hombres, toda vez que se refiere a supuestos en los cuales la violencia se produce en razón del sexo del agredido y, por lo tanto, de estimarse necesaria una legislación de este tipo, cuestión que me parece más que discutible, debería incluirse casos en los que la violencia es ejercida por la mujer en contra del hombre por el sólo hecho de serlo. Una regulación especial que prevenga la violencia de género, más conforme al principio de igualdad, no debería distinguir en razón del sexo, aun cuando en la práctica, los autores fueran mayoritariamente varones.

8. En España, atendiendo más al contenido de la actual regulación que al nombre de la misma, pareciera más adecuado utilizar el nombre de *violencia doméstica* que violencia de género, puesto que no se contemplan todos los casos de violencia contra la mujer y, en cambio, se incluyen supuestos en los que la víctima no necesariamente es mujer. Además, dicho término es el más generalizado en España, integrando la idea de convivencia con la de relación familiar, en ambos casos con una comprensión de la convivencia y de la relación familiar muy amplia, por no decir indeterminada.

9. No es impropio utilizar la denominación *violencia de género*, aun cuando habría que agregar el adjetivo “femenino” o la expresión “violencia contra la mujer”, para describir el supuesto más frecuente, en donde el agresor es el hombre y la agredida es la mujer y la dinámica de violencia se produce en virtud de relaciones de poder, de dominio, y de posesión que históricamente ha ejercido el primero sobre la segunda, fundamentalmente en el ámbito de pareja, derivado de una estructura familiar patriarcal, basada en la supuesta superioridad del hombre sobre la mujer, problema ancestral que responde a una construcción social que ha potenciado un reparto desigual de las actividades productivas, en base a roles asignados en función del sexo.

10. En el *tipo cualificado de lesiones del art. 148*, la LO 1/2004, añadió tres nuevos supuestos de agravación. A la circunstancia agravatoria del art. 148.2, fue incorporada por la LO 1/2004, la de haber obrado con *alevosía*, ya contemplada como agravante general, por lo que no se comprende su inclusión. Al establecerse junto al ensañamiento, no será solo de aplicación ante víctimas mujeres o de personas especialmente vulnerables, sino ante cualquier víctima. Este subtipo es de aplicación siempre y cuando las lesiones producidas no sean constitutivas de un delito más grave (arts. 149 y 150 del CPes), en cuyo caso se castigaría por la figura correspondiente más la agravante genérica de parentesco del art. 23 del CPes, si concurren los requisitos del caso.

11. La circunstancia del art. 148.4, fue introducida por la LO 1/2004 y se refiere al círculo de la violencia de género, de las que son o han sido esposas o mujer que hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. No se considera si la mujer es especialmente vulnerable y la convivencia no es requisito, puesto que puede haber terminado o, incluso no haber existido nunca por tratarse de relaciones de noviazgo. Con ello se quiere introducir la perspectiva de género, como algo distinto del ámbito doméstico. La víctima debe ser mujer, esposa o compañera del agresor. Quedan excluidas la madre, la hija, la cuñada o la suegra. El sujeto activo debe ser un varón, marido o compañero sentimental, pero no otros varones, como el hijo, el hermano o el padre.

12. La expresión “análoga relación de afectividad aun sin convivencia” es tan amplia y ambigua que genera problemas para el principio de legalidad, toda vez que no se explica en qué consiste, la naturaleza de vínculo que debe existir entre los sujetos para estar en presencia de esta figura penal. Dicha expresión incluye tanto a las parejas de hecho que conviven como a aquellas que han convivido sin mediar relación matrimonial. Se incluyen relaciones ya concluidas, siendo innecesaria la convivencia en este supuesto. También se abarca a las relaciones de noviazgo de una cierta intensidad, toda vez que la relación debe ser análoga en afectividad a la de un matrimonio. Se excluye la relación entre un cliente y una prostituta, la que se tiene en chats o foros de internet, la relación sexual única o el sexo ocasional sin otra vinculación.

13. La circunstancia del art. 148.5, nada tiene que ver con la violencia de género. Se refiere a personas especialmente vulnerables con las que convive el autor. La especial vulnerabilidad, puede deberse a cualquier circunstancia o condición de la víctima y debe ser de cierta entidad e importancia, que debe probarse en cada caso y requiere que el autor se haya aprovechado de esa especial vulnerabilidad al cometer el delito. La agravación es potestativa, por lo que puede no apreciarse si se estima que, además del dato objetivo de ser mujer, no concurre el fundamento de agravación, consistente en la especial vulnerabilidad de la víctima. La convivencia con el autor, se aprecia con independencia del sexo de la víctima y del autor. Lo importante es la vinculación existencial estable de la persona con el autor, lo que permite considerarla presente aunque se produzcan alejamientos transitorios o ausencias intermitentes. Debe descartarse que la circunstancia no se aplica si ha finalizado la convivencia. Subjetivamente, la circunstancia debe ser comprendida por el *dolo* del autor.

14. Para aplicar las nuevas agravantes no puede atenderse solo a la condición de la víctima, sino que han de valorarse el resultado y el riesgo. El art. 148 supedita su aplicación al “*resultado causado o al riesgo producido*”, por lo que puede estarse ante una víctima incapaz o mujer o haberse actuado con alevosía y no proceder la agravación por no evidenciarse un mayor resultado o riesgo. Si esto ocurre podría aplicarse el tipo atenuado del art. 147.2, en virtud del medio empleado o del resultado producido.

15. La violencia doméstica y de género, se produce en ciclos de violencia, razón por la cual es posible que el acto constitutivo de lesiones del art. 148. 3, 4 o 5, vaya acompañado de otros actos constitutivos de lesiones ya sancionados. Por lo tanto, de aplicarse el art. 173.2 en concurso con el art. 148, en razón de la norma concursal del art. 177, cabe preguntarse si se está infringiendo el principio de *non bis in idem* y el principio de *proporcionalidad*.

16. El art. 148. 4 y 5, agrava la pena cuando la víctima sea la mujer o ex mujer, o estuviere ligada al hechor por análoga relación aun sin convivencia y cuando sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Sin embargo, ya estaba prevista como agravante que la víctima sea menor o incapaz, por lo que si en estos casos la víctima es menor o incapaz y además convive con el autor ¿se puede aplicar esta agravación conjuntamente con la agravante genérica de abuso de superioridad o la mixta de parentesco? Además, la especial protección de las personas vulnerables está prevista únicamente respecto de aquéllas que convivan con el autor, pero no se aplica a las personas vulnerables que convivan con la víctima, como sería el caso del maltrato a los hijos que viven con la madre, ¿en qué se funda esta diferencia de trato?, ¿debe aplicarse la agravante genérica? Como se ve, esta redacción crea serios conflictos concursales que pueden afectar la proporcionalidad de las penas.

17. El art. 153 del CPes, regula a través de un delito de medios abiertos, el *ejercicio de violencia doméstica no habitual*, sancionando comportamientos no acompañados de habitualidad, que llevados a cabo fuera del contexto de la violencia doméstica o de género, son constitutivos de falta. La disparidad de criterios sobre el bien jurídico protegido en este delito, es un claro reflejo de la artificialidad de este tipo penal. Pareciera ser que se quiere proteger, además de la integridad moral, la paz familiar, razón por la cual, no se entiende la distinta ubicación legal, respecto del art. 173.2. Es un *delito especial*, toda vez que el *sujeto activo* debe corresponder a los vínculos referidos en el art. 153, lo que debe ser tenido en cuenta en el caso de que el *intrañeus* se sirva de un *extraneus* para cometer el delito. Además, se trata de un delito especial *impropio*, ya que, si no concurren las características especiales en el autor exigidas en el art. 153, las conductas no quedarán impunes, sino que deberán ser sancionadas acorde con los tipos penales comunes contenidos en los arts. 617.1 y 2.

18. La conducta consiste en causar a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el CPes, o bien, en golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, siempre que la víctima 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 se trate de una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. El plus de punibilidad vendría justificado por la especial relación entre la víctima y el victimario, pero su concurrencia no implica la aplicación automática de este tipo, siendo posible excluir su aplicación, cuando la conducta no está motivada, propiciada o facilitada por la especial relación existente entre autor y víctima o cuando la violencia no se ha ejercido como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad o con la finalidad de dominación del hombre sobre la mujer.

19. Si bien el ascenso a delito de faltas facilita la adopción de medidas cautelares de protección, así como la imposición de penas accesorias de mayor duración, puede afectarse el principio de proporcionalidad. Si bien, en el caso de las lesiones la transformación de falta en delito debería hacerse, en general, no parece proporcional realizarlo en el caso del maltrato, ni en el caso de una vejación aislada. Esta norma ha llevado a castigar con penas de hasta un año de prisión conductas muy poco peligrosas para la salud individual, hechos que en otro contexto, son castigados únicamente con una pequeña pena de multa o de localización permanente. Los principios de igualdad y de culpabilidad, pueden verse afectados en el caso de los malos tratos recíprocos entre los dos miembros de la pareja, con conductas idénticas, en donde ambos se acometen con igual intensidad y resultado y la pena que se les debe aplicar a cada uno es distinta, al hombre la más grave del art. 153.1 y a la mujer la menos grave del art. 153.2.

20. El mayor grado de injusto o de culpabilidad que pueden concurrir cuando el hecho se comete respecto de un familiar, podría perfectamente haber sido considerado a través de las circunstancias de abuso de superioridad (art. 22.2); alevosía (art. 22.1); discriminación en razón del sexo (art. 22.4), o bien, mediante la circunstancia mixta del parentesco (art. 23).

21. En cuanto a las *agravaciones del art. 153.3*, respecto de los casos en que se ejecute el hecho *en presencia de menores*, debe entenderse por menores los de edad inferior a 18 años. Su fundamento es la mayor afectación psicológica que supone para menores que presencian los hechos. Requiere que el menor se encuentre en condiciones de percibir el hecho violento. No debe aplicarse cuando la víctima es el propio menor, cualificante prevista en otros tipos, además, en este caso la presencia del menor es inherente al delito e irrelevante para justificar una mayor penalidad. Subjetivamente el dolo del sujeto debe abarcar el conocimiento de la presencia física del menor.

22. Respecto de la agravante de *utilización de armas* ha de manejarse un concepto de *armas en sentido estricto* y no cualquier instrumento peligroso, restringiéndolo a las armas blancas y a las de fuego. El arma ha de ser utilizada, al menos exhibida, para justificar el plus de injusto derivado del peligro en abstracto para la salud y el efecto intimidatorio propio de la conducta. El delito de tenencia ilícita de armas sin licencia no puede sancionarse en concurso con el maltrato por impedirlo el principio *ne bis in idem*. Para que en la especie nos encontremos ante un concurso de delitos y no ante un concurso de leyes penales, debería concurrir, además del peligro ínsito en la circunstancia del art. 153.3, una conducta distinta generadora de un peligro para la seguridad pública, constitutiva de un desvalor adicional y distinto, no abarcado por el desvalor inherente al tipo agravado del art 153.3, en cuyo caso no cabría aplicar el criterio de la consunción propia del concurso de leyes penales y debería sancionarse la conducta de porte ilegal de arma de fuego de manera autónoma o independiente.

23. La agravante consistente en que el hecho *tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima*, tiene por fundamento el mayor impacto psíquico de agresiones producidas en el entorno físico inmediato de la víctima, que suele brindar protección anímica. Si la agresión se produce en el domicilio exclusivo de la afectada la agravación se funda además, en el atentado a la intimidad domiciliaria. Por domicilio debe entenderse el espacio que constituye la residencia habitual. No procede la agravante si el domicilio dejó de ser común, pasando a ser del agresor o si la agresión tiene lugar en el domicilio exclusivo del agresor. Sin embargo, lo normal en estos casos, es que la agresión ocurra en el domicilio y la agravación es inútil cuando hay allanamiento de morada pues se alcanza la misma pena agravando el maltrato que considerando ésta clase de delito en concurso medial con el tipo básico de maltrato y el de allanamiento. Si el agresor entra al domicilio de la víctima, puede concurrir la circunstancia de agravación consistente en la vulneración de una orden de alejamiento.

24. La agravación consistente en que los hechos se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza coincide con la tipicidad del art. 468 del CPes, razón por la cual, para evitar la vulneración del principio *ne bis in idem*, debe considerarse la aplicación de un concurso de leyes penales debiendo aplicarse es el del art. 153.3.

25. La *atenuación especial de la pena del art. 153.4*, permite imponer la pena inferior en grado en cualquiera de los apartados anteriores, lo que permite contrarrestar la elevación de penas operada en el art. 153.1. En los arts. 153 y 171 la atenuación se contempla no sólo para la violencia contra la mujer, sino también para las personas especialmente vulnerables y para las demás del entorno doméstico y de convivencia, donde el móvil discriminatorio machista no aparece. En el art. 172 la atenuación sólo opera en el círculo de las mujeres y en el de las personas especialmente vulnerables, puesto que el círculo amplio de la violencia doméstica no genera la conversión de la falta de coacciones en delito. La ubicación y contenido de la atenuante permiten bajar la pena en un grado, aunque concurra alguno de los motivos de agravación del apartado tercero.

26. La detención ilegal no queda absorbida por el delito de maltrato cuando se prolonga en el tiempo. Es incompatible el delito de maltrato singular del art. 153, con el quebrantamiento de condena y con la violencia habitual, porque en ambos casos de considerar aplicable un concurso de delitos, se incurría en la infracción del principio del *ne bis in idem*. Si la conducta se lleva a cabo de manera reiterada, la norma a aplicar será la del art. 173.2 y 3.

27. Al art.171, referido a las amenazas, se añadieron los nuevos apartados 4, 5 y 6. Con ello se pretendió transformar en delito las faltas de amenazas realizadas en contra de las personas e incluir ciertas cualificaciones de esos delitos por los instrumentos usados y por las circunstancias de lugar o presencia de otras personas. En estos casos, es posible preguntarse si en realidad está justificada la conversión de la falta en delito en relación con los bienes jurídicos afectados, de manera que se pueda sostener la legitimidad de esta figura penal, ya que no se entiende que la conversión lleve a distintas penas en función del sexo del autor y de la víctima y de su relación o, incluso, que la conversión se produzca o no en función del sexo y del vínculo, como ocurre con las coacciones. Cabe preguntarse ¿por qué en el caso del párrafo primero del art. 171.4 sólo puede ser autor el hombre y víctima la mujer y en los otros supuestos no se da esta limitación?, ¿por qué en el caso de persona vulnerable del art. 171.4, párrafo 2º, se exige convivencia y en el primero no?, ¿por qué es mucho mayor la pena de las amenazas del art. 171.4, cuando se trata de amenazas leves sin armas, que la del art. 171.5, en el que se requieren armas o instrumentos peligrosos?

28. El art. 172.2 castiga como delito de coacciones conductas que fuera de este ámbito, son únicamente constitutivas de falta del art. 620.2. Es posible preguntarse si en realidad está justificada la conversión de la falta en delito en relación con los bienes jurídicos afectados, de manera que se pueda sostener la legitimidad de esta figura penal. Si bien en estos casos la conversión de las faltas en delitos podría facilitar las denuncias, imposibilita una mínima prueba de los hechos, con carácter previo a que el juez dicte una resolución con efectos tan contundentes como una orden de protección.

29. El art. 173.2 castiga la violencia física o psíquica habitual en el ámbito doméstico o en ámbitos de convivencia asemejados entre los delitos contra la *paz familiar y la integridad moral*. En el art. 173.2 CP se protege la integridad moral. Por tanto, las lesiones, amenazas, injurias, agresiones o abusos sexuales, etc., que pueden cometerse en este contexto serán también castigados autónomamente (posibilidad expresamente prevista en el art. 177 CP) y se presentarán en concurso ideal con el delito de violencia habitual.

30. El art. 173.2 comprende diversos círculos de protección, tales como el de la violencia doméstica, el de personas especialmente vulnerables que conviven con el autor y el círculo de la violencia de género. Es un delito especial impropio, cuyo sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una de las relaciones indicadas en el tipo. Faltando tal condición, el hecho deberá calificarse con arreglo a los tipos que infrinja la violencia física o psíquica (falta del art. 617.2 o del art. 620) en concurso de delitos que aprecie la reiteración de comportamientos. El tipo penal del art. 173.2, comprende un abanico tan amplio de supuestos que los casos en los que una falta se convierte en delito se multiplican, siendo difícil justificar un plus de antijuridicidad que explique la mayor penalidad y, por consiguiente, la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena resulta también en entredicho.

31. La conducta dice relación con el ejercicio habitual de violencia física o psíquica. Se niega la posibilidad de omisión en razón del verbo rector “ejercer”, lo que deja fuera del precepto la omisión de cuidados de proteger, cuidar o alimentar, comportamientos que se reconducen a los arts. 226, 229 y 230 del CPes. Los actos de violencia física, abarca el acometimiento mediante fuerza física, con independencia de los resultados que se puedan producir los cuales entran en concurso de delitos. Por lo tanto se trata de un delito de mera actividad que no admite formas imperfectas de ejecución. La violencia psíquica se castiga directamente, sin que se exija violencia física previa. Subjetivamente

el *dolo* debe abarcar la relación parental o análoga a que se refiere el precepto y la significación como maltrato de los actos realizados.

32. El art. 173.3, otorga un concepto normativo de habitualidad, que requiere la acreditación de diversos actos de violencia con una cierta proximidad temporal, sin que sea necesario que hayan sido enjuiciados y con independencia de que la violencia se haya ejercido sobre la misma o respecto de víctimas diferentes, siempre que se encuentren todas en el entorno familiar. Lo decisivo es la existencia de un clima de violencia permanente. Se estima que los actos de violencia, deberían producirse en el periodo de un año, si se trata de delitos y de seis meses en caso de faltas. La habitualidad no necesita condenas previas, siendo suficiente “acreditar” que se han cometido un cierto número, no determinado, de actos de violencia típicos, pero el problema es cómo se prueban esos actos. La mera denuncia no acredita la existencia del hecho y los certificados médicos pueden acreditar la existencia de lesiones pero no quién las haya causado y además, puede existir violencia sin que se produzcan resultados físicos o psíquicos acreditables médicamente.

33. Se rechaza la aplicación de la eximente 7 del art. 20 del CPes, al tipo del art. 173.2, porque esta disposición representa un reforzamiento de la idea de que el uso violencia física en el ejercicio del derecho a corregir *razonable y moderadamente* a los hijos, por lo tanto, ha de estar prohibido en aquellos casos en que esa violencia física es el *modus operandi* normal o habitual del corrector.

34. El delito previsto en el art. 153, 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 se debe aplicar el art. 173.2, que prevé un régimen punitivo más severo; y lo mismo debe decirse respecto del delito de lesiones que proviene de la comisión de cuatro faltas de esa índole en el plazo de un año (art. 147.2).

35. Conforme a lo dispuesto en el art. 177 del CPes, deben castigarse separadamente las faltas o delitos en que puedan concretarse los actos de violencia, con lo cual se rechaza la aplicación del concurso de leyes penales, optando, la ley, por el concurso de delitos. Por el contrario, estaremos ante un concurso de delitos cuando quien habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre las personas a que se refiere el art. 173.2 cause otras lesiones tipificadas como tales en otros preceptos del CPes.

36. La mayor aplicación de los nuevos tipos penales sobre violencia de género y doméstica, se debe tanto a la creación y dotación de un soporte material y técnico para que las autoridades competentes puedan afrontar desde un punto de vista multidisciplinario el problema y perseguir y castigar estos supuestos, como a la creación de conciencia social sobre la gravedad del problema, por los medios de prensa y, por lo tanto a un cambio de actitud frente al tema.

37. Un tratamiento adecuado del problema debería considerar la creación de medidas de protección, educacionales, sociales y asistenciales, así como el establecimiento de un soporte material y técnico especializado para perseguir y castigar esta clase de conductas a través de los *tipos penales clásicos*, como los relativos a los delitos de lesiones, homicidio, amenazas, coacciones, etc., y mediante la aplicación de las circunstancias modificatorias generales.

38. Una adecuada interpretación del DP nuclear, que entre otras cosas, reconociera la posibilidad de tentativa de lesiones y le otorgara el valor que le corresponde a las lesiones psicológicas, permitiría soluciones más condignas con los principios de seguridad jurídica, legalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, *in dubio pro*

reo y derecho de defensa. Ello hubiese evitado la proliferación de tipos penales de nuevo cuño, con bienes jurídicos de difícil determinación y cuestionable justificación, que conducen a enmarañadas soluciones concursales con efectos penológicos reñidos con el principio de proporcionalidad.

39. Además, la aplicación de los delitos tradicionales tiene la ventaja de que sólo así se considera la verdadera gravedad jurídico-penal de esta modalidad de violencia y tiene la ventaja de que la calificación conforme a los tipos tradicionales es más cercana para los operadores jurídicos y es más fácil la aplicación de delitos cuyo contenido, interpretación y significado se conoce, por existir abundante jurisprudencia y doctrina al respecto. Además, existe la posibilidad de dictar prisión preventiva, cuando la gravedad del hecho lo requiere por el riesgo de reiteración. De otro lado, los delitos clásicos son perseguibles de oficio y, por lo tanto, no es necesaria denuncia, ni habitualidad.

40. En Chile al igual que en el caso español, la regulación particular sobre la violencia doméstica y de género y las reformas procesales que regulan la actual jurisdicción de familia, han traído como consecuencia una mayor sensibilización de la sociedad, acerca de la existencia y magnitud del problema, así como de la necesidad por ponerle un pronto remedio, lo cual ha sido de hecho un punto muy beneficioso. Sin embargo, siempre es posible preguntarnos si en realidad era necesario regular esta materia especialmente, ya sea a través de la creación de tipos penales de difícil justificación, así como mediante el establecimiento de agravantes especiales.

41. En el art. 5° de la misma Ley 20.066, se define *violencia intrafamiliar*, concepto caracterizado por su amplitud y por incluir todo tipo de agresiones físicas y psíquicas efectuadas respecto de padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, cuñados, sobrinos, carnales o políticos, además de las producidas entre cónyuges, ex cónyuges, convivientes y ex convivientes y los indicados parientes de estos, así como a los menores y discapacitados, que estén en dependencia o cuidado de alguno de los miembros del grupo familiar. La referida ley modificó el art. 400 del CPch, estableciendo que si el delito de lesiones se ejecuta en contra de alguna de las personas que menciona el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar las penas deben aumentarse en un grado. Además, modificó el art. 494 N° 5 del CP, estableciendo que si el sujeto pasivo del delito de lesiones es de aquellos señalados en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, el tribunal no puede desplazar el tipo penal desde el tipo básico de lesiones menos graves hacia el tipo penal privilegiado de las lesiones leves, aun cuando en la especie concurren elementos de menor antijuridicidad o de inferior imputación personal. Por lo tanto, el CPch impone una clara agravación de la penalidad en caso de que las lesiones se produzcan en el ámbito doméstico, y sanciona penalmente el mero maltrato que no es seguido de una consecuencia física, constituyendo dicho acto un atentado contra la integridad moral.

42. La Ley 20.066, creó un nuevo tipo penal regulado en el art. 14, denominado “*delito de maltrato habitual*”, similar al del art. 173.2 del CPes; pero, en un acierto legislativo que impide incurrir en los problemas de proporcionalidad derivados de las soluciones concursales a que dan lugar los tipos penales relativos a la violencia doméstica y de género en el CPes, el delito de maltrato habitual de la Ley 20.066, es *subsidiario* de los delitos más graves a que pudiera dar lugar la conducta constitutiva de violencia doméstica o de género, tales como los delitos de lesiones graves y menos graves, los delitos de amenazas del art. 296, N° 1 y 2 del inciso 2°, y las del art. 297 del CPch, figuras que suponen ataques contra la salud individual o contra la libertad y que se encuentra sancionados con penas de mayor entidad a las establecidas por el legislador para el delito de maltrato habitual. De ahí que, para que pueda aplicarse el art. 14 de la

Ley 20.066, habrá que partir por descartar previamente que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo, pueda ser constitutiva de cualquier otro delito más grave.

43. La Ley 20.066, entre otras modificaciones, incorporó como sujeto pasivo del delito de parricidio al *conviviente*. Sin embargo, en un claro desprecio por el principio de taxatividad, no definió qué ha de entenderse por *convivencia*, dejando a la doctrina y en último término a la jurisprudencia, la labor de completar el tipo penal. Por lo tanto, tenemos aquí un claro ejemplo de un uso excesivo de elementos normativos del tipo, al tratarse de una situación de hecho y, por tanto, altamente indeterminada. Interpretando adecuadamente la norma en comento, es posible otorgar al elemento normativo de la convivencia un contenido asible y coherente con el contexto en el cual fue ubicado por el legislador, esto es, el del delito de parricidio. Sin embargo, tratándose de una unión de hecho, me parece imperioso que sea el legislador quien defina el término y los requisitos que han de concurrir para tenerla por establecida, ya que de lo contrario se deja entregado a la doctrina y en definitiva a la jurisprudencia, la labor de determinar el contenido del tipo penal, con el menoscabo que para el principio de taxatividad ello significa y con la manifiesta inseguridad jurídica que de ello se deriva para el ciudadano.

Capítulo IX

Concursos de delitos y concursos de leyes

SUMARIO: 1. Introducción.— 2. Unidad de hecho.— 3. El Concurso de delitos.— 3.1. El concurso real de delitos.— 3.2. El concurso ideal de delitos.— 3.2.1. Clasificación del concurso ideal.— 3.3. El Concurso medial.— 4. El concurso de leyes penales.— 4.1. Los principios de solución del concurso de leyes.— 4.1.1. Principio de especialidad.— 4.1.2. Principio de subsidiaridad.— 4.1.3. Principio de consunción.— 5.1.4. Principio de alternatividad.— 5. Los concursos de leyes y de delitos en los delitos de lesiones.— 6. Concursos entre los delitos de lesiones.— 7. Concurso con otros delitos. — 8. Conclusión.

1. Introducción

En este capítulo, trataremos dos problemas de común ocurrencia en el delito de lesiones. En primer término, revisaremos aquellas situaciones en las que un sujeto es condenado por varios delitos y cuál es el tratamiento jurídico que debiera darse en estos casos, debiendo distinguirse al efecto, entre el concurso ideal de delitos y el concurso real. Lo anterior, nos obliga a determinar, cuándo existe una unidad y cuándo se da una pluralidad de delitos, lo que a su turno, presupone la necesidad de establecer cuando existe unidad y cuando pluralidad de hechos.

El segundo problema, dice relación con el concurso de leyes penales, el cual no es un problema de número de delitos sino de interpretación de la ley penal, toda vez que esta institución penal, supone la concurrencia de varias disposiciones penales aplicables a un hecho cuando, sin embargo, sólo una debe aplicarse³⁰⁰⁴.

2. Unidad de hecho

Con este título, se trata de determinar cuándo existe un solo hecho y cuándo varios, y de la respuesta dependerá la clase de concurso de delitos que puede presentarse. Si concurren *varios hechos* que dan lugar a varios delitos, existe un *concurso real*, mientras que cuando *un solo hecho* constituye dos o más delitos tenemos un *concurso ideal*. Ésta distinción tiene fundamento legal en el art. 77 del CPes. Cabe agregar que esta disposición utiliza la expresión *hecho* y no *acción* como lo hace parte de la doctrina española.³⁰⁰⁵

Al respecto, el criterio más aceptado en la actualidad para determinar la unidad de hecho, es el de corte jurídico y más concretamente aquel que hace recaer la diferencia en el *sentido del tipo legal correspondiente*, y ello por cuanto socialmente existen varios criterios para decidir cuándo se está en presencia de varios hechos (o acciones) y es lógico que el DP elija entre ellos aquel que le es propio³⁰⁰⁶, por ejemplo, un homicidio puede verse como parte de un hecho más amplio consistente en un atentado contra varias personas o como una suma de actos parciales que puedan tener sentido por si solos; pero para el DP, el homicidio constituye la unidad valorativa decisiva, que será fundamental para decidir la presencia de un hecho típico.

³⁰⁰⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 645.

³⁰⁰⁵ Así, por ejemplo, Bacigalupo utiliza la fórmula unidad de acción en vez de unidad de hecho (BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 582).

³⁰⁰⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 638 y ss. y JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 762 y ss.

Al respecto, una *acción unitaria* consiste siempre en el cumplimiento de los presupuestos mínimos del tipo legal, aunque también se pueda fraccionar el comportamiento típico en varios actos individuales desde un punto de vista meramente fáctico o naturalístico³⁰⁰⁷.

Nótese que utilizamos la expresión *unidad de hecho*, ya que tiene la ventaja, sobre la expresión *unidad de acción*, consistente en poder permitir vincularla a la unidad típica sin desconocer que el tipo describe a menudo varias acciones; por cuanto toda unidad típica supone una unidad de hecho, aunque a veces implique la realización de una pluralidad de actos típicos³⁰⁰⁸.

Dependiendo la *unidad de hecho* de la *descripción típica* hay que preguntarse qué elementos del tipo deben tomarse en consideración. Si se atiende más a la *conducta típica*, que al número de resultados producidos, ello trae como consecuencia que quien coloca una bomba, realiza un solo hecho, aun cuando con ello provoque la muerte de varias personas, caso en que las diversas muertes acaecidas han de considerarse como un *concurso ideal de delitos*³⁰⁰⁹.

Mir Puig, en cambio, sostiene que si se acoge el punto de vista de la descripción típica, esta solución no resulta coherente, ya que los tipos sólo describen conductas en los delitos de mera actividad, en tanto que en los tipos de resultado material exigen incorporar éste, como elemento decisivo, a la “*unidad de hecho*” de que se trate, lo que concuerda con la utilización, en Derecho español, de la expresión *unidad de hecho*, no de *acción*. Agrega que cuando el sujeto dirige su actuación dolosamente a la causación de varios resultados típicos materiales que efectivamente se producen, su comportamiento externo tiene el sentido, tanto subjetivo como objetivo, de realización en el mundo empírico de varias causaciones, cada una de las cuales supone un hecho típico distinto, ya que la unidad de hecho descrita por el tipo de resultado doloso se define en función de la causación (dolosa) de un resultado, siendo en él en cambio irrelevante el número de movimientos corporales que el sujeto emplee para la causación. Así, sostiene Mir Puig, que la producción dolosa de varios resultados materiales típicos mediante una sola conducta da lugar a varios hechos, mientras que constituirá un solo hecho la lesión *ideal* de varios bienes jurídicos mediante un solo comportamiento. De esta manera, para Mir Puig, el matar a varias personas dolosamente constituirá varios hechos de homicidio, tanto si se hace mediante varios disparos como haciendo explotar una bomba, en cambio, el dar muerte a un agente de la Autoridad sólo dará lugar a un hecho³⁰¹⁰.

De otro lado, no deja de existir un solo hecho por la circunstancia que el tipo realizado describa varios actos, como ocurre por ejemplo, en el caso del delito de robo con intimidación (que requiere apoderamiento y la intimidación)³⁰¹¹, el cual precisamente es un *delito de varios actos*; y lo mismo ocurre en el caso de los *delitos permanentes* que son aquellos en los que la consumación del delito se prolonga en el tiempo, creándose un

³⁰⁰⁷ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 766.

³⁰⁰⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. p. 640.

³⁰⁰⁹ Jescheck y Weigend sostienen que la vieja distinción basada en el número de *resultados* acaecidos está hoy ya abandonada puesto que una pluralidad de los mismos, incluso aunque menoscaben bienes jurídicos personalísimos, pueden ser provocados por una única actuación de la voluntad y, en ese caso, sólo es aceptable una acción (JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., pp. 764-765).

³⁰¹⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. p. 634.

³⁰¹¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 647.

estado antijurídico permanente, como sucede en el caso del delito de secuestro³⁰¹². En esta clase de delitos se habla de *unidad de acción en sentido estricto* o, mejor dicho *unidad de hecho en sentido estricto*³⁰¹³. También son casos de *unidad de hecho* en sentido amplio, supuestos en los cuales el agente solo formalmente realiza varios hechos típicos, como ocurre en los casos de *realización repetida del tipo*, en los cuales, por ejemplo, un sujeto injuriar repetidamente a otro en un breve plazo de tiempo; o bien, en los supuestos de *realización progresiva del tipo*, en que el sujeto se aproxima a la consumación del delito pasando por fases anteriores ya punibles por si solas, como ocurre, por ejemplo, cuando no se consigue matar al sujeto con el primer intento y por lo tanto el sujeto activo debe recurrir a un segundo o a un tercer intento³⁰¹⁴. En estos casos, según el *sentido del tipo*, existe solo un hecho porque la repetición o progresión aumenta sólo cuantitativamente la gravedad objetiva del hecho pero no varía la situación motivacional del autor, razón por la cual es posible sostener que existe, en estos casos, un contexto situacional y motivacional unitario, según la valoración usual y, sobre todo, la interpretación del tipo que se haga³⁰¹⁵.

Existe una *unidad jurídica de acción* y, por lo tanto, un solo delito, en el caso del delito continuado, en el cual, pese a existir una pluralidad de conductas ejecutadas en tiempos distintos, cada una de las cuales reúne los requisitos necesarios para ser considerada como delito independiente, presentan ciertos rasgos comunes, tanto en el plano objetivo (unidad de sujeto pasivo y de bien jurídico lesionado), como desde un punto de vista subjetivo (unidad de resolución delictiva)³⁰¹⁶.

3. El concurso de delitos

Existe concurso de delitos cuando un hecho constituye dos o más delitos (concurso ideal) o cuando varios hechos de un mismo sujeto, constituyen otros tantos delitos, si ninguno ha sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos (concurso real)³⁰¹⁷. También existe un concurso de delitos cuando uno de los delitos cometidos es el medio necesario para cometer otro (concurso medial). En el DP español, el concurso ideal y el medial reciben el mismo tratamiento jurídico³⁰¹⁸.

3.1. El concurso real de delitos

Es aquel en el cual un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente independientes³⁰¹⁹.

Son presupuestos del concurso real, la existencia de varias acciones y la posibilidad de un enjuiciamiento conjunto³⁰²⁰.

Su tratamiento legal admite como opciones: a) la *acumulación material de las penas*, acorde con la cual los distintos delitos sancionados como hechos independientes, y

³⁰¹² JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit. p.768 y POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PG*, op. cit., p. 449.

³⁰¹³ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. p. 641.

³⁰¹⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. p. 641.

³⁰¹⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. pp. 641-642.

³⁰¹⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*, op. cit., p. 268.

³⁰¹⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 646.

³⁰¹⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 646.

³⁰¹⁹ CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., p. 659-660 y MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 650.

³⁰²⁰ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 783.

el autor común sufrirá la suma de las penas correspondientes³⁰²¹, razón por la cual, se dice que esta solución es la más acorde con una teoría retribucionista de la pena; b) la *absorción de la pena*, que consiste en la consunción de la pena menor por parte de la más grave, quedando, en consecuencia, la primera impune³⁰²²; y c) la *acumulación jurídica*, la que supone una pena más grave que la asignada al delito de mayor gravedad, pero menor a la suma de todas las penas y que puede consistir en una atenuación de la pena resultante de la suma de todas las penas particulares o bien en la agravación del delito más grave (exasperación o asperación)³⁰²³.

El CPes utiliza como criterio en primer lugar, en el art. 73, la acumulación material pero limitada por la acumulación jurídica en el art. 76³⁰²⁴. Para que pueda aplicarse la acumulación material, es necesario que las penas puedan cumplirse en forma simultánea o sucesiva, en cuyo caso comienzan por las graves³⁰²⁵.

3.2. El concurso ideal de delitos

Existe concurso ideal cuando un solo hecho realiza las exigencias de dos o más tipos delictivos o de uno mismo varias veces³⁰²⁶. Como se trata de un solo hecho, el tratamiento del CP es más favorable que el concurso real (art. 77 CP)^{3027/3028}.

3.2.1. Clasificación del concurso ideal

El concurso ideal de delitos, puede ser un *concurso ideal heterogéneo*, que es aquel que se produce cuando el hecho realiza delitos distintos, así por ejemplo ocurre cuando se provocan lesiones a la autoridad, toda vez que concurren en este supuesto, el delito de lesiones y el de atentado en contra de la autoridad, ambos delitos distintos y que tutelan diversos bienes jurídicos³⁰²⁹.

El concurso ideal de delitos, también puede ser un *concurso ideal homogéneo* que se realiza cuando los delitos cometidos son iguales, siendo un ejemplo clásico de ello, la muerte de varias personas provocada por el estallido de una bomba, toda vez que en dicha situación, concurren varios asesinatos, los cuales constituyen delitos iguales³⁰³⁰.

Jescheck y Weigend sostienen que para la existencia de un concurso ideal se requiere unidad de acción, a través de la cual, tiene lugar una pluralidad de infracciones legales³⁰³¹.

Para la explicación de la naturaleza del concurso ideal, se han formulado entre las posturas más destacadas, las teorías de la unidad y de la pluralidad. La primera sostiene que a causa de la existencia de una sola acción en el concurso ideal hay un solo delito, a

³⁰²¹ CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., p. 660.

³⁰²² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 650.

³⁰²³ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 651.

³⁰²⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 651.

³⁰²⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 651.

³⁰²⁶ CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., p. 663.

³⁰²⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 652.

³⁰²⁸ JESCHECK Y WEIGEND, sostiene que existe concurso ideal cuando el autor, a través de la misma acción, infringe varias normas penales o una misma repetidas veces (JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 773).

³⁰²⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 646.

³⁰³⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 646.

³⁰³¹ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 775.

pesar de que en la especie, son de aplicación varios tipos penales. La segunda por su parte, supone que la infracción de diversas normas penales debe conducir a la aceptación de varios delitos, a pesar de que consideradas externamente sólo sean producto de una acción.³⁰³²

Dentro de los supuestos especiales del concurso ideal, pueden concurrir idealmente acciones dolosas e imprudentes (por ejemplo, conducir un vehículo motorizado sin licencia y homicidio imprudente a consecuencia de un atropello)³⁰³³.

3.3. El concurso medial

Existe concurso medial de delitos, cuando un delito es el medio necesario para cometer otro.

La *necesidad*, de la que habla el art. El art. 77 N° 1 del CPes, debe ser *concreta*, lo cual significa que en el caso concreto el segundo delito no pudiera producirse sin el primero³⁰³⁴.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 77 del CPes, el tratamiento punitivo del *concurso ideal* o *medial* debe ser más benévolo que el *concurso real*, imponiéndose una pena única agravada, siempre que resulte más favorable que el concurso real³⁰³⁵. Así, conforme con el art. 77.2, en los casos de concurso ideal debe aplicarse la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones; y de acuerdo con la prevenido en el art. 77.3, cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

La justificación de la equiparación del tratamiento legal del concurso medial con el concurso ideal responde a que sería una doble sanción castigar por separados delitos unidos en el plan del autor³⁰³⁶.

El criterio para determinar cuál es delito más grave, tampoco está exento de discusión, aunque normalmente se parte de la clasificación de las penas teniendo presente que dicha clasificación no asegura una jerarquía propiamente tal, porque por ejemplo la privación de un derecho (no la libertad) puede resultar más gravoso que una pena privativa de libertad de corto tiempo o una multa muy elevada³⁰³⁷.

4. El concurso de leyes penales

Existe concurso de leyes, cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría una infracción al principio *ne bis in idem*, toda vez que el precepto a aplicar basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes³⁰³⁸. Ello

³⁰³² JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 774.

³⁰³³ JESCHECK Y WEIGEND, *DP, PG*, op. cit., p. 778.

³⁰³⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. p. 648.

³⁰³⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. p. 649.

³⁰³⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit. p. 649.

³⁰³⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 657.

³⁰³⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 658.

sucede cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor sólo ha cometido una única lesión de la ley penal³⁰³⁹.

Según la postura doctrinal mayoritaria, en el concurso de leyes supone que todos los preceptos involucrados concurren efectivamente, con todos sus elementos típicos, aunque sólo uno de ellos será aplicable³⁰⁴⁰.

La consecuencia práctica del concurso de leyes penales reside en que solo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros.

4.1. Los principios de solución del concurso de leyes

El concurso de leyes penales y los principios que comprende, se encuentran regulados en el art. 8 del CPes, cuya aplicación depende de que el hecho sea subsumible bajo más de un tipo penal y que el hecho no esté comprendido en los supuestos de concursos de delitos³⁰⁴¹.

4.1.1. Principio de especialidad

Según este principio existe concurso de leyes y no de delitos, cuando de los varios preceptos aplicables, uno de ellos, regula más específicamente el hecho que los otros, dicha situación debe resolverse aplicando la ley especial (*lex specialis derogat legem generalem* que significa que la ley especial deroga la general)³⁰⁴². Una norma es más especial que otra cuando requiere además de los presupuestos igualmente exigidos por el segundo, algún otro elemento adicional que demuestra un fundamento especial de punibilidad³⁰⁴³. Así, la realización del tipo especial no es sino una forma específica de lesión de la ley más general³⁰⁴⁴. La relación de especialidad se da en todos los casos en que los tipos especiales guardan una relación de cualificación o de privilegio respecto del precepto general³⁰⁴⁵. Por ejemplo, el precepto que regula el asesinato (art. 139 del CPes), es especial respecto de la norma que establece el delito de homicidio (art. 138 del CPes) y, consecuentemente, la aplicación del principio de especialidad, implica que el precepto del art. 139 excluye la del contenido en el art. 138.

Este principio se encuentra regulado en el art. 8.1, el cual dispone que: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los arts. 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1ª. El precepto especial se aplicará con preferencia al general”.

4.1.2. Principio de subsidiaridad

Se aplica este principio cuando un precepto penal sólo pretende regir en el caso de que no entre en juego, siendo en tal evento, el primer precepto subsidiario respecto del segundo, y el que queda desplazado cuando éste aparece (*lex primaria derogat legem*

³⁰³⁹ BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., p. 570.

³⁰⁴⁰ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 652.

³⁰⁴¹ BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., p. 571.

³⁰⁴² MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 654.

³⁰⁴³ BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., p. 572 y MIR PUIG, DP, PG, op. cit., p. 654.

³⁰⁴⁴ BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., p. 572.

³⁰⁴⁵ BACIGALUPO, DP, PG, op. cit., p. 572.

subsidiariam)³⁰⁴⁶. Para que concurra la subsidiariedad la relación entre un tipo penal y otro debe ser de tal naturaleza que la realización de ambos mediante una única acción no debería dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso ideal³⁰⁴⁷.

La subsidiariedad puede ser *expresa* o *tácita*, según se encuentre expresamente ordenada en la ley (*subsidiariedad expresa*) o deba ser deducida de ésta a través de la interpretación de la ley penal (*subsidiariedad tácita*)³⁰⁴⁸. La segunda debe admitirse cuando la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho, por constituir éste una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico³⁰⁴⁹. Así, por ejemplo, existe subsidiariedad tácita, en caso de que un sujeto intervenga a la vez como coautor y como partícipe en un mismo hecho, debiendo considerarse subsidiaria la forma de participación menos grave, que deberá ceder a la más grave³⁰⁵⁰, o bien entre la tenencia de instrumentos para la falsificación (arts. 400 y ss. del CPE) y el delito de falsificación³⁰⁵¹. Del mismo modo, el delito imprudente es subsidiario del delito doloso, el delito tentado es subsidiario del delito consumado y el delito de peligro abstracto concreto es subsidiario del delito de lesión del mismo objeto de la acción afectado, mientras que se niega que lo sean los delitos de peligro abstracto porque suponen un peligro más colectivo que no se agota en la lesión que se produzca³⁰⁵².

La mayor o menor amplitud con que se considere la subsidiariedad tiene su contrapartida, por lo general, en la que se otorgue al criterio de consunción³⁰⁵³.

El principio de subsidiariedad se encuentra regulado en el art. 8. 2 del CPes, acorde con el cual: “El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible”.

4.1.3. Principio de consunción

Este supone que un precepto más grave desplaza a otro menos grave cuando el primero por sí solo, incluye o consume ya el desvalor que el primero supone³⁰⁵⁴, por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad³⁰⁵⁵. Al principio de consunción hay que acudir cuando un precepto basta por sí solo para valorar el contenido del injusto de uno o varios hechos y no existe forma más específica de solución del concurso de leyes³⁰⁵⁶.

Se incluyen dos grupos de casos.

1) los *supuestos de un hecho que acompaña normalmente a otro*³⁰⁵⁷, que incluye aquellos casos en los que el hecho típico normalmente (y no necesariamente como en la especialidad) realiza la descripción típica de la de otro precepto, lo cual sucede por ejemplo en el caso del robo con fractura de ventana, que normalmente llevará ciertos daños

³⁰⁴⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 654.

³⁰⁴⁷ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 573.

³⁰⁴⁸ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 573.

³⁰⁴⁹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 654.

³⁰⁵⁰ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 655.

³⁰⁵¹ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 573.

³⁰⁵² MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 655 y BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 573.

³⁰⁵³ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 573.

³⁰⁵⁴ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 574.

³⁰⁵⁵ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 656.

³⁰⁵⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 656.

³⁰⁵⁷ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 574.

y se entiende que la pena de delito de robo ya consideró dichas circunstancias³⁰⁵⁸ y lo mismo sucede en el caso del delito de aborto y las lesiones que con él se causan^{3059/3060}.

2) los *actos posteriores impunes o copenados*, que consisten en hechos que por sí solos realizarían un tipo de delitos, pero que quedan consumidos por otro delito al cual siguen y la razón de aquello consiste en que tales actos constituyen la forma de asegurar o realizar un beneficio obtenido o perseguido por un hecho anterior y no lesionan ningún bien jurídico distinto al vulnerado por este hecho anterior ni aumentan el daño producido por el mismo³⁰⁶¹. Se trata de casos en los que la interpretación permite afirmar que la relación existente entre la realización del delito principal y el posterior constituye una unidad tal que la ley la considera alcanzada por la pena del primero³⁰⁶². Ello es así porque los delitos de aseguramiento y utilización retroceden ante el delito cometido para la adquisición de la cosa, que es el propio centro de gravedad del ataque criminal, en tanto no ocasionen al afectado un nuevo daño o no se dirijan en contra de un nuevo bien jurídico³⁰⁶³, caso en el cual estaríamos en presencia de un concurso de delitos. Así ocurre por ejemplo, con quien recibe especies para examinarlas gracias a un engaño destinado a su apropiación, deberá ser castigado por estafa y no además por apropiación indebida³⁰⁶⁴ o bien el uso de un documento por quien lo ha falsificado³⁰⁶⁵.

El principio de consunción se encuentra regulado en el art. 8. 3 del CPes, conforme con el cual: “El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”.

4.1.4. Principio de alternatividad

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 8. 4, en defecto de los tres principios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con una pena menor. Doctrinalmente se dice que solo podría aplicarse este principio a falta de todas los demás, por un error o descuido del legislador que dos o más preceptos regulen exactamente el mismo hecho³⁰⁶⁶. En tal supuesto el precepto menos grave no podrá tener jamás aplicación, por lo que se entenderá derogado por el más grave, lo que permite criticar que estemos frente a un caso de un verdadero concurso de leyes, ya que éste supone que se trata de normas en vigor actual y que fueren aplicables en algún caso³⁰⁶⁷.

5. Los concursos de leyes y de delitos en los delitos de lesiones

Con carácter general, podemos señalar que es habitual que los tipos de lesiones aparezcan en concurso real o ideal³⁰⁶⁸ con otros tipos delictivos³⁰⁶⁹, así como también, no

³⁰⁵⁸ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 656.

³⁰⁵⁹ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 574.

³⁰⁶⁰ En STS N° 1088/97, de fecha primero de diciembre, el TS consideró que la introducción de droga en España está consumida en la pena prevista para el tráfico de drogas (art. 368 del CPes) y excluye la aplicación de la pena de contrabando (LO 12/95).

³⁰⁶¹ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., pp. 656-657 y BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 574.

³⁰⁶² BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 575.

³⁰⁶³ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 575.

³⁰⁶⁴ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 657.

³⁰⁶⁵ BACIGALUPO, *DP, PG*, op. cit., p. 575.

³⁰⁶⁶ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 657.

³⁰⁶⁷ MIR PUIG, *DP, PG*, op. cit., p. 657.

³⁰⁶⁸ En líneas generales, Tamarit Sumalla señala que Los supuestos de causación de unas lesiones más graves que las abaleadas por el dolo (preterintencionalidad homogénea), si hay imprudencia respecto

son pocos los casos en los que el desvalor de la conducta lesiva, absorbe o es absorbida por otra de mayor o menor entidad, dando lugar a un concurso de leyes penales, lo cual tiene lugar del mismo modo, en aquellas situaciones en las cuales entran a regir otros criterios, tales como el principio de especialidad y el de alternatividad.

Por lo tanto, el problema consiste en determinar cuándo la lesión forma parte de la dinámica delictiva del tipo de que se trate -supuestos de las coacciones, agresiones sexuales o robo violento-, y cuándo implica un exceso sobre esa tipicidad que exige el acudir al concurso de delitos para poder acoger todo el desvalor del injusto realizado³⁰⁷⁰. La solución de esta cuestión está estrechamente unida a la concreta tipificación, si bien con carácter general, podemos afirmar que el tipo correspondiente únicamente absorberá los malos tratos del art. 617.2 CP o, a lo sumo -y la Jurisprudencia es de esta opinión- las faltas de lesiones del art. 617.1 CP; todo lo que supere este límite deberá ser resuelto necesariamente en conformidad a las reglas de los concursos de delitos³⁰⁷¹.

En todo caso, conviene dejar en cloro desde ya que cuando las lesiones se llevan a cabo en varios actos físicos (diversos golpes), pero en un mismo contexto de tiempo y espacio, existe un solo delito y no tantos como maltratos ocurrieren³⁰⁷².

6. Concursos entre los delitos de lesiones

Partiendo del dolo del sujeto activo y considerando luego el resultado efectivamente producido, las combinaciones concursales entre la falta de lesiones, el tipo básico de lesiones y los tipos cualificados pueden ser múltiples³⁰⁷³:

a. Entre la falta de lesiones del art. 617.1 y el tipo básico del art. 147.1 y los tipos de resultados indiferenciados de los arts. 149 y 150: Si, concurre dolo de falta de lesiones del art. 617.1, pero sin embargo, se produce un resultado lesivo correspondiente al tipo básico de lesiones del art. 147.1 o de alguno de los tipos de resultado diferenciado de los delitos de lesiones de los arts. 149 y 150, se apreciará un concurso ideal de delitos entre la falta dolosa consumada y alguno de los delitos mencionados a título de imprudencia, debiendo aplicarse, por lo tanto, el art. 152.1. N° 1, 2 o 3, dependiendo del tipo correspondiente según el resultado logrado, con carácter imprudente³⁰⁷⁴. En estos casos, la falta de lesiones consumada concurre porque el resultado lesivo requiere de una primera asistencia facultativa y existe dolo en la conducta del hechor. Luego, existiendo imprudencia respecto del resultado más grave correspondiente a alguno de los arts. 147.1, 149 o 150, el hecho debe sancionarse conforme a las normas relativas al concurso ideal de delitos (art. 77 del CPes), en este caso, entre una falta dolosa y un delito imprudente³⁰⁷⁵.

al resultado, deben ser resueltos como un concurso de delitos, una vez desaparecida toda cualificación por el resultado y la atenuante del anterior art. 9.4 y la misma solución concursal propone en la hipótesis contraria, en la que el resultado efectivamente producido es menos grave del pretendido por el autor (por ejemplo, quien queriendo causar una de las lesiones del arts. 149 ó 150 provoca tan sólo lesiones comprendidas en el art. 147). Nos encontramos ante un concurso ideal deciduos entre el delito más grave en grado de tentativa, a sancionar con arreglo al art. 62., y el menos grave doloso consumado, pues debe entenderse que el dolo abarcará, al menos de modo indirecto o eventual, las lesiones menos graves de las queridas (TAMARIT SUMALLA, "Lesiones", op. cit., p. 104).

³⁰⁶⁹ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 176.

³⁰⁷⁰ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 176.

³⁰⁷¹ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., pp. 176-177.

³⁰⁷² QUERALT, JIMÉNEZ, *DP español, PE*, op. cit., p. 56.

³⁰⁷³ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 246.

³⁰⁷⁴ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 246.

³⁰⁷⁵ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 246.

b. *Entre el tipo básico del art. 147.1 o alguno de los tipos de resultados indiferenciados de los arts. 149 y 150 y la falta de lesiones del art. 617.1:* Si, concurre dolo del tipo básico de lesiones del art. 147.1 o de alguno de los tipos de resultado diferenciado de lesiones de los arts. 149 y 150, pero se produce un resultado correspondiente a la falta de lesiones del art. 617.1, se apreciará un concurso de leyes penales resuelto en virtud del principio de consunción en favor de la tentativa del tipo básico o de resultado diferenciado por abarcar en si misma todo el desvalor correspondiente a la falta de lesiones dolosa consumada, ya que el dolo referido al delito de lesiones, abarca el dolo correspondiente a la falta de lesiones^{3076/3077}.

c. *Entre el tipo básico del art. 147.1 y alguno de los tipos de resultados indiferenciados de los arts. 149 y 150:* Si concurre dolo de realizar el tipo básico de lesiones del art. 147.1, pero se produce un resultado de las figuras de lesiones diferenciadas de lesiones de los arts. 149 o 150, que implica un tratamiento médico o quirúrgico, estaremos ante un concurso ideal de delitos entre el tipo básico doloso consumado y un tipo imprudente de lesiones diferenciadas, debiendo aplicarse el art. 152.1. N° 2 o 3 (tipo imprudente del art. 149 o 150, según el resultado conseguido)³⁰⁷⁸. Si no existe tal superposición conceptual acumulativa, habrá que apreciar un concurso ideal de delitos entre una tentativa del tipo básico y el tipo imprudente de lesiones diferenciadas³⁰⁷⁹.

d. *Entre alguno de los tipos de resultados indiferenciados de los arts. 149 y 150 y el tipo básico del art. 147.1:* Si, concurriendo dolo de realizar una figura de lesiones diferenciadas de los arts. 149 ó 150, se produce un resultado del tipo básico del art. 147.1, habrá que apreciar un concurso ideal de delitos entre la tentativa de lesiones diferenciadas de los arts. 149 o 150 y el tipo básico imprudente consumado, contenido en el art. 152.1 N° 1³⁰⁸⁰.

e. *Entre el tipo penal de lesiones del art. 148.1 y alguno de los tipos de resultados indiferenciados de los arts. 149 y 150:* Si concurre dolo de realización del tipo del art. 148.1 CP y, sin embargo, se realiza un resultado perteneciente al ámbito de los arts. 149 o 150, ambos del CP, se aplicará exclusivamente el precepto que corresponda de los últimos arts. citados, pues el resultado de peligro -en relación a los resultados recogidos en los citados arts.- exigido en el tipo del art. 148.1 CP autoriza la aplicación del principio de consunción³⁰⁸¹.

f. *Entre alguno de los tipos de resultados indiferenciados de los arts. 149 y 150 y el tipo agravado de lesiones del art. 148:* Si, existiendo dolo de realizar una figura de lesiones diferenciadas de los arts. 149 ó 150, se da lugar finalmente al tipo agravado del art. 148, éste no podrá ser tenido en cuenta, dado que no se pena su comisión imprudente. Pero si el dolo referido al los arts. 149 y 150 abarca al dolo del tipo básico se apreciará un concurso de leyes por consunción a favor de la tentativa de lesiones diferenciadas en

³⁰⁷⁶ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 177-178 y GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 246.

³⁰⁷⁷ En tal sentido, la STS N° 269/2005, de 25 de febrero, afirma que la tentativa de realización del art. 149 CP absorberá el resultado correspondiente a la falta del art. 617.1. En este caso, conforme a lo dispuesto en el art. 8.3 CP, debe aplicarse preferentemente el tipo penal con un mayor contenido de ilicitud. A la misma conclusión habrá que llegar si el resultado producido es el propio de los arts. 147.1 o 150, ambos del CP (ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 192).

³⁰⁷⁸ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 246.

³⁰⁷⁹ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 174 y ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 192

³⁰⁸⁰ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 246.

³⁰⁸¹ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 192.

detrimento del tipo básico doloso consumado³⁰⁸²; en caso contrario estaremos ante un concurso ideal de delitos entre la tentativa de lesiones diferenciadas y el tipo básico imprudente³⁰⁸³.

g. Entre alguno de los tipos de resultados indiferenciados de los arts. 149 y 150 y el tipo agravado de lesiones del art. 148.2 a 5: Si concurre dolo de realización del tipo agravado del art. 148.2 a 5 CP, y el resultado contemplado en los arts. 149 o 150 CP, concurrirá un concurso ideal de delitos, entre la tentativa del art. 148 CP y el tipo imprudente de los arts. 149 o 150, ambos del CP³⁰⁸⁴.

h. Entre las lesiones del art. 150 y el tipo de lesiones del art. 149: Si concurre dolo del art. 150 y da lugar finalmente a un resultado del art. 149 estaremos ante un concurso ideal de delitos entre el art. 150 doloso consumado y el tipo imprudente del art. 149, siendo aplicable, en consecuencia el art. 152.1 N° 2 (tipo imprudente del art. 149)³⁰⁸⁵.

i. Entre las lesiones del art. 149 y el tipo de lesiones del art. 150: Si concurre dolo de realizar el art. 149 y finalmente a lo que da lugar es a un resultado del art. 150, estaremos ante un concurso ideal de delitos entre la tentativa del art. 149 y el tipo imprudente del art. 150, siendo aplicable el art. 152.1.3 (tipo imprudente del art. 150)³⁰⁸⁶.

7. Concurso con otros delitos

En muchas ocasiones las lesiones concurren con otros delitos regulados en el CPes. Con carácter general se establece la apreciación del concurso de leyes por especialidad en detrimento de las figuras genéricas de lesiones cuando el menoscabo a la integridad concurre en personas con protección autónoma en otros tipos; y si hay pluralidad de víctimas, habrá tantos delitos como víctimas. Del mismo modo, de manera general, podemos afirmar que se descarta, dada la naturaleza eminentemente personal del bien jurídico protegido, la apreciación del delito continuado³⁰⁸⁷.

A continuación estudiaremos los problemas concursales que se pueden producir entre las lesiones y ciertos delitos concretos.

a. Entre los delitos de lesiones y el delito de homicidio: Estas situaciones concursales fueron ampliamente comentadas a propósito del tipo subjetivo y, por lo tanto, no remitimos a lo señalado en dicha oportunidad³⁰⁸⁸.

b. Entre los delitos de lesiones y el delito de aborto: La realización de prácticas abortivas puede ocasionar lesiones en la madre o en el feto. En caso de que las prácticas abortivas produzcan lesiones en la madre existiría un concurso ideal de delitos, entre un delito de aborto doloso intentado o consumado y uno de lesiones imprudentes consumadas, puesto que un mismo hecho (prácticas abortivas) puede subsumirse en dos preceptos penales (el precepto referente a las lesiones y el precepto referente al aborto). Si las prácticas abortivas conllevan la causación de lesiones al feto no parece admisible estimar un concurso ideal entre dichas prácticas dolosas intentadas o consumadas y

³⁰⁸² ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 192.

³⁰⁸³ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., p. 179.

³⁰⁸⁴ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 192.

³⁰⁸⁵ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., p. 192 y GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones*, op. cit., p. 246.

³⁰⁸⁶ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 246.

³⁰⁸⁷ DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, op. cit., pp. 180-181.

³⁰⁸⁸ Al respecto, ver el capítulo VII sobre la parte subjetiva del tipo penal.

lesiones imprudentes consumadas al feto; toda vez que como lo dijimos al tratar el capítulo relativo al sujeto pasivo en el delito de lesiones, estos tipos penales tutelan la salud individual del sujeto con vida humana independiente, razón por la cual habría que condenar únicamente por el delito tentado o consumado de aborto, mas no por las lesiones al feto³⁰⁸⁹, a menos que concurran los requisitos objetivos y subjetivos del art. 157 (lesión o enfermedad que perjudique gravemente su desarrollo o provoque una grave tara física o psíquica) y se cause un delito de aborto, en cuyo caso el concurso será entre lesiones dolosas al feto del art. 157 y el delito aborto imprudente.

c. *Entre los delitos de lesiones y el delito Maltrato habitual (art. 173.2 CP) y el delito de maltrato singular (art. 153 CP):* Se sostiene que apreciar concurso de leyes entre el delito de malos tratos y el resultado lesivo finalmente producido no permite englobar todo el desvalor que conlleva el que tal lesión haya sido fruto no de un acto aislado, sino de un hábito de violencia en el ámbito familiar³⁰⁹⁰. Descartado el concurso de leyes se admite el concurso ideal de delitos entre el correspondiente tipo de violencia doméstica y el tipo correspondiente de lesiones³⁰⁹¹. En todo caso, respecto del delito de maltrato habitual, hay que tener presente la regla concursal especial contenida en el art. 177, conforme a la cual, si en los delitos descritos en el título relativo a los delitos contra la integridad moral, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley.

d. *Entre los delitos de lesiones y el delito de participación en riña tumultuaria (art. 154 CP):* La relación concursal entre los delitos de lesiones y la riña tumultuaria no es fácil de determinar por las peculiaridades del art. 154. Efectivamente, este precepto sanciona por la participación en la riña a quienes riñeren entre sí, acometiéndose y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. El concurso será aplicable cuando se haya identificado al autor o autores de las lesiones, pues si no se da tal determinación el delito aplicable será el del art. 154, sancionando por la participación en la riña. Determinado el autor, la doctrina aplica el concurso de leyes por el principio de subsidiariedad de la riña tumultuaria con el delito más grave de lesiones si el autor es conocido, y el concurso es real si hay varios lesionados y/o muertos siendo imputables dos o más de estos hechos a un mismo autor^{3092/3093}.

³⁰⁸⁹ A una solución distinta llega García García-Cervigón, quien basándose en la STS 25 de abril de 1995, admite que el feto pueda ser sujeto pasivo del delito de lesiones y, por lo tanto, no ve problemas en considerar la solución del concurso ideal entre las prácticas dolosas intentadas o consumadas y lesiones imprudentes consumadas al feto y, por la misma razón, opina que al existir una laguna legal en el art. 157 en el supuesto de que la tara causada no sea grave, si lo buscado por el sujeto activo son las taras descritas en el art. 157 de carácter no grave y se ocasiona el aborto la solución, según ella, vendrá dada por un concurso ideal entre lesiones dolosas del art. 147.1 y el aborto imprudente (GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 248).

³⁰⁹⁰ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 249.

³⁰⁹¹ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 108 y GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 249.

³⁰⁹² GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 249.

³⁰⁹³ Sin embargo, el TS en STS N° 486/2008, de 11 de julio, ha resuelto que “Si se producen lesiones y se conoce el autor se aplica el art. 147, pues el tipo de lesión consume al de peligro”. Con esta solución, el hechor puede ser bastante beneficiado si, por ejemplo, las lesiones que provocó corresponden al tipo del art. 617.1, cuya pena es inferior a la asignada al delito de riña tumultuaria, por lo que es posible preguntarse si en este caso concreto, la solución adoptada por el TS alcanza a absorber el completo desvalor de la conducta.

e. *Entre los delitos de lesiones y los delitos contra la integridad moral (art. 173 a 177 CP)*: Salvo el art. 173.2 desarrollado en otro epígrafe. Existe concurso real entre el delito de lesiones y los delitos contra la integridad moral ya que el art. 177 establece que la sanción de los hechos será separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquel ya se halle especialmente castigado por la ley^{3094 3095}.

f. *Entre los delitos de lesiones y Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*: En los delitos sexuales, especialmente en aquellos casos en los que se utiliza la violencia por parte del sujeto activo, es frecuente que vayan acompañados de lesiones. Así por ejemplo en el caso del delito de violación, resulta necesario analizar si la fuerza utilizada por el acusado para vencer la voluntad de la víctima, puede o no ser subsumida en el desvalor del delito de violación, en cuyo caso nos encontraríamos en frente de un *concurso de leyes penales, resuelto por consunción* a favor del delito de violación, por la pena que dicho tipo penal lleva consigo, y en detrimento del delito de lesiones que sería consumido por el desvalor del primero. De lo contrario, existiría un *concurso ideal heterogéneo*, entre las figuras penales ya señaladas. Para resolver el problema en análisis, hay que tener en consideración que la *fuerza* necesaria para configurar el delito de violación, se encuentra constituida por la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, con el propósito de anular o vencer la voluntad de la afectada, a la realización del acceso carnal³⁰⁹⁶, por lo tanto, se refiere únicamente a la fuerza de carácter físico que se ejerce sobre la persona violada, fuerza que puede revestir el carácter de *vis absoluta* (fuerza física irresistible en que el sujeto pasivo ve anulada completamente su voluntad y capacidad defensiva, quedando reducido a la condición de un simple objeto), o la forma de simples *vías de hecho* (actos de violencia que sin llegar a suprimir totalmente las facultades volitivas y defensivas de la víctima, se ejercen con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga, mayor será también la energía física que el delincuente aplicará en su contra). De esta forma, basta para la concurrencia de la fuerza, con una intensidad adecuada para doblegar la voluntad del otro³⁰⁹⁷. No es necesario que la fuerza se mantenga sobre toda la actividad violatoria, ni tampoco que la resistencia sea continuada³⁰⁹⁸. Es suficiente que queden de manifiesto la fuerza y la voluntad contraria³⁰⁹⁹. La energía física propia de una relación sexual, no es fuerza en el sentido de este tipo, aunque exista voluntad contraria a la víctima³¹⁰⁰. De este modo, lo básico en la fuerza es la falta de voluntad de la víctima y que el agresor actúe por vías de hecho³¹⁰¹. Así, la mayor o menor resistencia física es solo un elemento de prueba³¹⁰². Así las cosas, y siendo la fuerza el medio comisivo, lógico es asumir que el legislador tomó en consideración las simples *vías de hecho* e incluso las *lesiones* de la salud individual que para la víctima pudieren devenir de la violación, por cuanto, ellas son

³⁰⁹⁴ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 249.

³⁰⁹⁵ Así en STS N° 629/2008, de 10 de octubre, en delitos contra la integridad moral y secuestro el TS ha declarado que: “No es aceptable la alegación, para justificar un concurso de leyes e ir a la subsunción de las lesiones en el secuestro, de la inexistencia de dolo, pues al menos el eventual se encuentra presente en un cautiverio prolongado acompañado de continuos malos tratos que integran un delito contra la integridad moral”.

³⁰⁹⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, op. cit., p. 147.

³⁰⁹⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, op. cit., p. 147.

³⁰⁹⁸ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 252.

³⁰⁹⁹ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, op. cit., p. 150.

³¹⁰⁰ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 252.

³¹⁰¹ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 252.

³¹⁰² POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 253.

inherentes a la ejecución de la conducta³¹⁰³. De esta forma, a mi juicio no debería haber problemas en sostener la existencia de un concurso de leyes penales resuelto por el principio de consunción en donde el tipo de violación absorbe los malos tratos del art. 617.2 y la falta de lesiones correspondientes al tipo del art. 617.1 del CPes^{3104/3105/3106/3107}. De todas formas, incluso incluyendo la falta de lesiones en el concurso de leyes penales resuelto por consunción a favor de la violación, me parece escasa la aplicación que la jurisprudencia le otorga al concurso de leyes, máxime si desde un punto de vista penológico se considera que la violación tiene asignada una penalidad que va desde los 6 hasta los 12 años de presidio, pena, a mi juicio más que suficiente como para considerar que el legislador estimó integrada en el concurso de leyes hasta las lesiones correspondientes al tipo básico del art. 147.1, el cual tiene asignado un margen de penalidad que, incluso en su tramo superior, es más bajo que el mínimo de la pena aplicable a la violación, lo cual obviamente no impide que el mayor desvalor de resultado propio de las lesiones del tipo básico, en comparación a las lesiones de menor entidad, pueda luego ser considerado por el tribunal, a la hora de determinar la cuantía exacta de la pena, conforme a lo dispuesto en el art. 66, del CPes. Ahora bien, respecto de las lesiones diferenciadas de los arts. 149 y 150 del CPes, debe tenerse presente que dichos tipos penales tienen asignada una pena que va desde los seis hasta los doce años de prisión en el caso del art. 149 y de los tres hasta los seis años, en el caso del art. 150, y por lo tanto, no puede sostenerse que el desvalor de esta clase de lesiones sea inherente a la ejecución de la violación, tanto por la elevada pena que dichos delitos tienen asociados, como por la antijuridicidad material o grado de afectación que dichos tipos penales implican para los bienes jurídicos protegidos. En efecto, si bien en el caso de las lesiones de los arts. 149 y 150, el bien jurídico protegido es, al igual que en los otros tipos de lesiones, la salud individual, en el grado de lesión o de antijuridicidad material que debe concurrir para que dicho tipo penal se configure, es

³¹⁰³ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, op. cit., p. 276.

³¹⁰⁴ Sin embargo, el TS en STS de 2 de marzo de 2001, junto con sancionar conforme a las normas del concurso ideal el hecho, estableció que el delito de agresiones sexuales con violencia sólo puede consumir el desvalor de la falta de malos tratos del art. 617.2, pero cuando dé lugar a lesiones de mayor gravedad, concurso ideal de delitos (al respecto, ver CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual práctico de DP PE*, op. cit., p. 139).

³¹⁰⁵ Mayor cabida se otorga en Chile la doctrina al concurso de leyes penales, al enfrentarse a esta problemática. Así por ejemplo, Rodríguez Collao es partidario de incluir en el delito de violación hasta las lesiones simplemente graves, las cuales tienen en Chile asignada una penalidad que va desde los 541 días hasta los 3 años de presidio (RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos Sexuales*, op. cit., p. 277). En sentido similar se manifiestan ETCHEBERRY, *DP*, op. cit., op. cit., T. IV, p. 59 y GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 377, argumentando para ello el principio del *non bis in idem* contemplado en el art. 63 del CPch.

³¹⁰⁶ Del mismo modo se pronuncia la jurisprudencia chilena sobre este problema. Así por ejemplo, SCA de Santiago, RDJ LXXVII, Rol N° 4-161 de 1980. Al respecto, ver Etcheberry, *El DP ante la jurisprudencia*, op. cit., T. II, pp. 163-164.

³¹⁰⁷ En cambio, García García-Cervigón no ve ningún problema en apreciar el concurso real entre este tipo de delitos y las lesiones, estimando que en la práctica son bastante frecuentes. Respecto de agresiones sexuales, en las que si hay violencia o intimidación afirma que pueden concurrir idealmente con el delito de lesiones y en concurso real si son varias las acciones normalmente dolosas. En el caso de agresión sexual que suponga un contagio del Sida señala que podría resolverse por la vía del concurso ideal de delitos entre agresiones y homicidio, aunque esta solución puede ser complicada por el lapsus de tiempo transcurrido. Agrega, que el sector mayoritario de la doctrina estima el contagio doloso del Sida como homicidio intentado por lo que la solución concursal antes citada sería, a su juicio factible, sin embargo, dice que se ha de considerar que la transmisión dolosa de esta enfermedad supone causación de enfermedad somática grave del art. 149 por lo que el concurso tendría que ser entre agresiones sexuales y lesión grave del mencionado art. (GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 249).

eminentemente superior al resto de las lesiones, siendo el injusto de tal magnitud, que no puede ser absorbido por el desvalor de la violación. De hecho llama mucho la atención que la, a mi juicio, escasa incidencia que la jurisprudencia española le otorga a los concursos de leyes tratándose de lesiones físicas, no siga con la misma intensidad para el caso de las lesiones psíquicas producidas en el curso de una agresión sexual, en donde se ha expresado tanto en el pleno de la Sala 2º del TS, de 10 de octubre de 2003, como en resoluciones de la misma Sala que: “Las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil”. Se trata de un criterio acogido posteriormente en numerosas resoluciones. Así, por ejemplo, STS Nº 750/2008, de 12 de noviembre y Nº 940/2007, de 7 de noviembre. Si bien la consideración de la alta penalidad establecida para el delito de violación podría permitirnos coincidir con esta conclusión, resulta inexplicable que dicho criterio no sea sustentado también respecto de las lesiones físicas producidas en el contexto de una violación, por ejemplo, para resolver por consunción las lesiones constitutivas del tipo básico de lesiones del art. 147.1. Esta injustificada diferenciación de tratamiento entre las lesiones físicas y psíquicas, solo se explica por la tendencia de los tribunales españoles a seguir sin asumir la realidad de que las afectaciones psicológicas, pese a que pueden llegar a ser más intensas y dañinas que las lesiones físicas, son verdaderamente lesiones. Además, cuando las lesiones psicológicas superan determinados umbrales de gravedad, al igual que en el caso de las lesiones físicas, deberían dar lugar a concurso de delitos con las lesiones correspondientes³¹⁰⁸.

La jurisprudencia admite el concurso de delitos entre las agresiones sexuales y las lesiones cuando estas últimas se han “producido como consecuencia de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima al ataque contra su libertad sexual, pero exceden de la correspondiente al concreto hecho de la agresión. Concretamente, el delito de violación requiere el empleo de violencia, pero no exige la causación de lesiones corporales, de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual”³¹⁰⁹.

Además, la jurisprudencia ha señalado que “la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando estas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado”³¹¹⁰.

En el caso de agresión sexual que suponga un contagio del Sida, se ha de considerar que la transmisión dolosa de esta enfermedad supone causación de enfermedad somática grave del art. 149, por lo tanto, el problema concursal debería resolverse por la vía del concurso ideal de delitos entre agresiones sexuales y un delito de lesión grave del art. 149³¹¹¹.

³¹⁰⁸ Al respecto, ver también ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español, PE*, op. cit., pp. 177-178).

³¹⁰⁹ SSTS Nº 892/2008, de 11 de diciembre y Nº 506/2008, de 17 de julio.

³¹¹⁰ SSTS Nº 886/2005, de 05 de julio y Nº 2047/2002, de 10 de diciembre.

³¹¹¹ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., pp. 249-250.

g. *Entre los delitos de lesiones y los delitos de robo*: El art. 242.1 impone una pena de dos a cinco años de prisión al culpable de robo con violencia o intimidación, estableciendo que ésta se aplicará “sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizare”. Con ello se pretende que el robo violento no forme una figura compleja con los concretos atentados personales que le acompañen, sino que éstos reciban la correspondiente sanción penal. Sin embargo, tal principio general requiere, al menos, dos matizaciones: a) con él no puede derogarse el principio *non bis in idem* que, como parte del principio de legalidad, prohíbe que un mismo hecho reciba una doble consecuencia sancionadora, y b) en aquellos supuestos en que deban aplicarse dos penas, deberá atenderse a las reglas del concurso de delitos para establecer si se trata de un concurso real solucionable con arreglo al art. 73 CP o bien de un concurso ideal o medial, con aplicación del art. 77 CP. En definitiva, la concurrencia de actos de violencia física puede plantear, en principio, tanto supuestos de concurso de normas como de concurso real, medial o ideal de delitos³¹¹².

La fórmula “sin perjuicio de la que pudiera corresponder”, no obliga a entender que a todo acto de violencia física *le corresponde* una pena independiente de la del robo violento ni tampoco, en el caso de que realmente corresponda otra pena, obliga a acumularla materialmente a la del robo. El tenor legal se refiere a la pena que *pudiera corresponder*, lo que significa que determinados actos de violencia física pueden *no* corresponderse con una pena distinta del robo violento porque queden absorbidos por la de éste, toda vez que en estos casos el principio de *non bis idem* impide la punición independiente, con lo cual se produce un *concurso de leyes resuelto por consunción*. Además, *sin perjuicio*, significa sin impedimento para la consideración de la pena que, en determinados casos, corresponda autónomamente a los actos de violencia física. Se trata de un *concurso de delitos*, pero dicha expresión no obliga a entender que se trate en todo caso un concurso real del art. 73 CP, ya que *sin perjuicio* de la otra pena significa sin dejar de aplicarla, dicha segunda pena se aplica tanto si se acumula conforme al art. 73 (concurso real), como si se tiene en cuenta para la regla de la asperación del art. 77 (concurso ideal y medial), en virtud de la cual la pena en concurso determina la imposición de la pena del delito de mayor gravedad en su mitad superior. También en este caso la pena del segundo delito ha sido aplicada —aunque no acumulada en toda su extensión— mediante la regla penológica que el CP ha elegido para este tipo de concurso de delitos³¹¹³.

Como el art. 242.1 deja abierta la puerta al concurso de delitos sólo si *pudiera* corresponder otra pena por actos concretos de *violencia física*, los actos concretos de intimidación, que podrían ser calificables como delito o falta de amenazas no se mencionan en relación al posible concurso y, por tanto, se consideran absorbidos por el concepto de intimidación que califica al robo intimidatorio. Paralelamente, aquella violencia física que ya haya sido valorada para calificar el hecho como robo no debe ser objeto de otra calificación y pena. Por lo tanto, es necesario establecer el grado de violencia que puede considerarse absorbido por la calificación de robo violento. La Jurisprudencia acude a la identificación de un plus de antijuridicidad que supone la producción de resultados lesivos o letales que constituyen un exceso respecto a la violencia necesaria para llevar a cabo el apoderamiento (así, STS de 17 de junio de 1998). En tales casos procede la estimación del concurso de delitos, lo que supone que sólo resultan absorbidos los actos de violencia física no productores de resultado lesivo, esto es, los *delitos de coacciones* y la *falta de malos tratos de obra del art. 617.2 CP*.

³¹¹² CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I., p. 681.

³¹¹³ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I., p. 681.

Dicha absorción se produce en aplicación del art. 8.3 CP, puesto que el precepto definidor del robo violento es “más amplio y complejo”, absorbiendo a los que definen las infracciones consumidas en él. Asimismo, el TS ha considerado absorbida la detención de mínima duración que puede considerarse incluida en el concepto de violencia constitutivo del robo (STS de 27 de noviembre de 1995)³¹¹⁴.

La fórmula concursal del art. 242.1 deja abierta la posibilidad de cualquier forma de concurso de delitos, que se dará cuando una sola norma (la que incrimina el robo o la que incrimina el resultado lesivo) no sea suficiente para agotar completamente el desvalor del hecho. La ley define el robo violento como el apoderamiento *empleando* violencia o intimidación, por tanto, la violencia debe emplearse en cualquier momento de la fase ejecutiva y como medio para consumir el apoderamiento. Así, los actos de violencia física y sus correspondientes resultados *posteriores* a la consumación entran en concurso real de delitos con el delito de apoderamiento que se haya cometido: hurto o robo, si éste puede ser calificado así por la presencia de otros actos violentos o intimidatorios³¹¹⁵. El problema concursal abordado por el art. 242.1 CP es el planteado por el robo violento que ha sido calificado así porque durante su ejecución y como medio para la consumación se han cometido actos violentos (lesiones, homicidio) que, al exceder de la violencia mínima para el apoderamiento, no pueden ser absorbidos por el concepto de violencia en concurso de normas y deben ser penados separadamente, con lo cual concurre un concurso *medial* de delitos, conforme a lo dispuesto en el art. 77³¹¹⁶. Existen supuestos en los que el acto de apoderamiento y el acto violento (incluso con relación de medio a fin) se encuentran tan indisolublemente vinculados que se produce una unidad de hecho calificable como concurso ideal, situación que puede darse en casos del denominado *tirón*. Desde el punto de vista de la pena, el problema reside en diferenciar los supuestos de concurso ideal o medial respecto del concurso real. La dinámica comisiva de estos delitos y el hecho de que la violencia física pueda concurrir en cualquier momento de la fase ejecutiva previo a la consumación, permite imaginar tanto supuestos de concurso medial como de concurso real. Procederá la primera solución cuando el hecho violento en cuestión sea el medio para lograr el apoderamiento, entendiéndose por tal la consumación alcanzada por la disponibilidad sobre la cosa; en cambio, cabe el concurso real cuando durante la fase ejecutiva se dé pluralidad de acciones, es decir cuando concurren actos violentos o intimidatorios suficientes como para calificar el apoderamiento como robo y, además, actos violentos previos a la consumación susceptibles de ser calificados autónomamente. Por ejemplo, sustracción mediante intimidación, acompañada de lesiones u homicidio para alcanzar la consumación^{3117/3118}.

h. Entre los delitos de lesiones y el delito de estragos del art. 346 CP: Existe un concurso real entre el delito de estragos y las lesiones pues el último párrafo del art. 346 establece: “Si además del peligro, se hubiere producido la lesión para la vida, integridad

³¹¹⁴ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I., p. 683 y QUERALT JIMÉNEZ, *DP español, PE*, op. cit., p. 56.

³¹¹⁵ Así, el TS en STS N° 141/2009, de 12 de febrero, ha dicho que cuando: “La violencia o intimidación se ha llevado a efecto por la conminación verbal y se ha desarrollado adicional e innecesariamente una agresión física, como dice el CP, debe ser penada independientemente sin conexión medial alguna”.

³¹¹⁶ En tal sentido el TS ha sostenido en STS N° 842/2005, de 28 de junio, que: “cuando las lesiones causadas formaron parte de la dinámica delictiva del robo, en tal caso procede el concurso ideal entre robo y lesiones”.

³¹¹⁷ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. I., p. 684.

³¹¹⁸ STS de 13 de mayo de 1998.

física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido”^{3119 3120}.

i. Entre los delitos de lesiones y el delito de incendio del art. 351 CP: Cuando a consecuencia del incendio se produjere, además del peligro, la muerte o lesiones de una o varias personas, habrá de apreciarse un concurso ideal de delitos. De esta regla hay que excepcionar los casos en que hayan sido una o determinadas personas las puestas en peligro y las que resultan lesionadas o muertas, en cuyo caso serían estos delitos los únicos aplicables puesto que la consumación absorbe la previa situación de peligrosidad³¹²¹.

j. Entre los delitos de lesiones y el delito de desordenes públicos del art. 557 CP: Si cabe el concurso con los delitos singulares, como las lesiones, a que dé lugar la alteración del orden público, tal como se desprende de la expresión “*sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código*”, el problema consiste muchas veces en saber qué criterios hay que utilizar para imputar estos delitos singulares a las personas integrantes del grupo o comando^{3122/3123}.

k. Entre los delitos de lesiones y el delito de terrorismo del art. 571 CP: La cláusula concursal que cierra el art. 571, refiere que se aplican las penas en él previstas “*sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas*”, lo que conduce al concurso de delitos³¹²⁴ entre los estragos o incendios terroristas y el correspondiente al eventual resultado de muerte o lesiones ocasionado³¹²⁵. A partir de aquí se plantea la diferencia y relación con la comisión de muerte o lesiones sancionadas en el art. 572. Al respecto, las diferencias entre una y otra calificación radican en la finalidad que predomina en cada una de ellas (STS de 13 de diciembre de 2001): mientras en los estragos o incendios con resultado de muerte o lesiones, éstas serán normalmente imputables a título de dolo eventual, en el homicidio o las lesiones del art. 572, tales resultados son buscados por el autor y, por tanto, cometidos con dolo directo. La elección de la pena debe realizarse a partir del principio de alternatividad propio del concurso de normas penales (art. 8.4 CP), imponiéndose la que resulte más grave entre el art. 571 en concurso con el resultado, por un lado, y la modalidad correspondiente del art. 572, por otro³¹²⁶.

l. Entre los delitos de lesiones y las lesiones provocadas al Rey, ascendientes, descendientes, etc. (art. 486): En los supuestos en que las lesiones se causen al Rey, a sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte... previstas en el art. 486,

³¹¹⁹ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., pp. 250-251.

³¹²⁰ No obstante la doctrina no es unánime, otra línea doctrinal no se muestra conforme, entendiéndose que uno de los delitos contra la vida o la integridad física sirve para formar el concurso ideal con el de estragos. Así, por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, *DP español, PE*, op. cit., p. 615.

³¹²¹ MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., p. 626.

³¹²² MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, op. cit., pp. 886-887.

³¹²³ Para García García-Cervigón, se trataría de un concurso real de delitos (GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 252). Con la misma opinión, se manifiestan (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 108). En cambio, para CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, estamos en presencia de un concurso ideal de delitos (CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. II., p. 2543).

³¹²⁴ En opinión de García García-Cervigón, se trataría de un concurso real de delitos (GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 252).

³¹²⁵ En opinión de Serrano y Serrano, la norma regula un concurso real de delitos (SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 108).

³¹²⁶ CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, op. cit., T. II., p. 2611.

estaremos ante un concurso de leyes, siendo este art. ley preferente por el principio de especialidad³¹²⁷.

m. Entre los delitos de lesiones y el delito contra el Derecho de gentes del art. 605 CP: Al igual que en el caso del art. 486, el concurso aplicable entre las lesiones y el derecho de gentes es el concurso de leyes por especialidad atendiendo a la especificidad de la persona a la que se causa lesiones: el Jefe de un Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida por un Tratado³¹²⁸.

8. Conclusión

En materia concursal resulta de vital importancia distinguir aquellas situaciones en las cuales estamos en presencia de un concurso de delitos y cuando en presencia de un concurso de leyes penales. Los concursos de delitos pueden producirse entre los distintos delitos de lesiones, debiendo en dicho caso tomarse en consideración el dolo del sujeto activo y considerando luego el resultado efectivamente producido, sin olvidar la aplicación del principio de culpabilidad. En muchas ocasiones las lesiones concurren con otros delitos regulados en el CPes. Con carácter general se establece la apreciación del concurso de leyes por especialidad en detrimento de las figuras genéricas de lesiones cuando el menoscabo a la salud concorra en personas con protección autónoma en otros tipos. Si hay pluralidad de víctimas, y la conducta única fue llevada a cabo de manera dolosa, habrá tantos delitos como víctimas, pero si la única conducta fue llevada a cabo de manera imprudente, pero resultaron lesionadas varias personas, podría apreciarse la solución de un concurso ideal de delitos. De manera general, podemos afirmar que se descarta, dada la naturaleza eminentemente personal del bien jurídico protegido, la apreciación del delito continuado.

³¹²⁷ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 107; GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., pp. 251-252 y QUERALT JIMÉNEZ, *DP español, PE*, op. cit., p. 56.

³¹²⁸ SERRANO Y SERRANO, *DP, PE*, op. cit., p. 107 y GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, op. cit., p. 252.

Capítulo X

La penalidad en el delito de lesiones

Sumario: 1. Panorama en el CPch.— 1.1. Efectos procesales de la pena asignada al delito de lesiones.— 1.2. Agravantes especiales.— 1.2.1. Agravante especial del art. 400 del CP.— 1.2.1.1. Agravante especial del art. 400 del CP. Primera parte.— 1.2.1.1.1. Agravante especial del art. 400 del CP, primera parte y non bis in idem.— 1.2.1.1.2. Agravante especial del art. 400 del CP. Segunda parte.— 1.2.1.2.1. Ejecutar el delito por premio o promesa remuneratoria.— 1.2.1.2.2. Ejecutar el delito por medio de veneno.— 1.2.1.2.3. Ejecutar el delito con enseñamiento.— 1.2.2. Agravante especial del art. 401 del CP. 2. Panorama en el APCPCH.— 3. Panorama en el CPes.— 4. Panorama en el CP argentino.— 5. Conclusión.

1. Panorama en el CPch

El art. 399 del CPch, que regula el tipo básico de lesiones menos graves, establece una pena alternativa, consistente en relegación o presidio menores en su grado mínimo, o bien, en una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Al respecto, la incoherencia que existe entre la entidad del bien jurídico afectado, esto es, la salud individual, así como la gravedad del injusto comprendido en el tipo penal del art. 399, es decir, lesiones que demoran hasta treinta días en sanar, no se condice la pena asociada al ilícito, máxime si se considera que con los avances de la ciencia médica, el tiempo de recuperación de lesiones de cierta gravedad, hoy en día son de rápida recuperación, de manera que dicho parámetro puede no reflejar con certeza el considerable desvalor ínsito en determinadas conductas, pudiendo ser beneficiado el hechor por una pena, en ocasiones irrisoria, pese a la verdadera gravedad de su conducta. Así, por ejemplo, si A golpea con todas sus fuerzas a B en el rostro, incluso con un elemento contundente, a raíz de lo cual, B sufre una fractura de nariz, que demora treinta días en sanar, existe la posibilidad de sancionar dicha conducta con una pena de multa, aun cuando la gravedad de la conducta y la verdadera afectación del bien jurídico de la salud individual, sean altamente considerables. Evidentemente dicha solución resulta del todo insatisfactoria y claramente criticable, por cuanto se castiga con una pena ínfima una conducta que, de *lege ferenda*, merece una sanción mayor a la expresada en el art. 399 del CP. Como ya hemos afirmado latamente a lo largo de esta investigación, problemas como éstos son una clara consecuencia del modelo seguido por el CPch, basado en los resultados, más que en el desvalor de la conducta, en donde las penas se asocian a cada uno de los resultados detallados hasta niveles insoportables.

Si lo que se quiere lograr con la tipificación de un comportamiento como un ilícito penal, es motivar al ciudadano, a través de una norma primaria de determinación, a la no realización de conductas riesgosas para determinados bienes considerados valiosos por el DP, la pena contenida en la ley ha de ser establecida en función de la gravedad del delito, para así poder cumplir adecuadamente, con los fines de prevención general, propios de un DP ínsito en un Estado social y democrático de Derecho. Lo anterior implica, por lo tanto, que al menos en abstracto, la pena asignada al delito debe ser suficientemente como para comprender el injusto del comportamiento prohibido por

la norma penal en toda su magnitud³¹²⁹, cuestión que en el ejemplo propuesto no se cumple.

Además, cabe recordar que según la postura aquí defendida y siendo el delito de lesiones graves contenido en el art. 397, un tipo penal de forma vinculada, no comprende una serie de situaciones, tales como los casos de comisión por omisión, ni tampoco aquellos que dicen relación con enfermedades contagiosas de gravedad transmitidas dolosa o imprudentemente a través de una relación sexual, y por lo tanto, dichas conductas deben ser sancionadas como lesiones menos graves, ya que dicho tipo básico y residual se configura como un delito de forma abierta, lo que se demuestra con la amplísima expresión: “*las lesiones no comprendidas en los artículos anteriores*”. Sin embargo, las injusticias que de ello se derivan son evidentes, partiendo por la posibilidad de una pena de multa o relegación y siguiendo con la pena privativa de la libertad asignada al delito, la cual va desde los 61 días hasta los 540 días, pena del todo insatisfactoria atendiendo a la entidad del bien jurídico protegido y a la coherencia que debe existir entre el desvalor del acto y la pena asignada en abstracto por el legislador al delito.

Las incoherencias penológicas quedan de manifiesto con una simple mirada global al CP, luego de la cual es posible concluir, que el legislador otorga mayor protección penal a bienes jurídicos de menor entidad y ante situaciones evidentemente menos disvaliosas, lo cual reafirma la posición aquí planteada. Veamos un par de ejemplos:

a) Si bien desde un punto de vista histórico, a la época de dictación del CPch, era la agricultura la principal actividad económica, lo cual explica que los delitos contra la propiedad tengan penas tan altas, la desproporción entre los delitos contra la salud individual y algunos tipos penales en contra de la propiedad no se explica satisfactoriamente en nuestros tiempos. Así, en el caso del *hurto*, dependiendo del valor de la cosa sustraída el legislador, en el art. 446, estableció sanciones que van desde el presidio menor en su grado mínimo (61 días a 540 días) y multa de cinco unidades tributarias mensuales hasta la de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años) y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

b) Lo mismo ocurre en el delito de *amenazas*, en donde los bienes jurídicos protegidos son la libertad y la seguridad individual³¹³⁰ y cuyos tipos penales se encuentran tipificados como delitos de peligro concreto³¹³¹, con lo cual la desproporción en comparación a la pena asignada a los delitos contra la salud es absurda. ¿Cómo puede tener mayor pena una figura de peligro concreto en contra de la libertad y la seguridad individual, que otra en que el bien jurídico protegido es la salud individual y en donde el peligro ya se ha materializado en un resultado lesivo? En efecto, el art. 296 sanciona el delito de amenazas con penas que van desde el presidio menor en su grado mínimo hasta la de presidio menor en sus grados medio a máximo.

Incluso, además de las penas establecidas en el art. 296, el art. 298 permite agregar a las penas ya indicadas una sanción adicional, consistente en la obligación de dar caución de no ofender al amenazado, y en su defecto a la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad.

³¹²⁹ MIR PUIG, DP, PG, op. cit., pp. 68-71.

³¹³⁰ ETCHEBERRY, DP, PE, op. cit., T. IV, p. 319; POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno*, PE, op. cit., p. 187; LABATUT GLENA, DP, PE, op. cit., T. II, p. 111.

³¹³¹ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno*, PE, op. cit. 187.

Sin perjuicio de lo dicho, en la literatura nacional revisada, sólo los profesores Politoff, Matus y Ramírez reparan en la baja penalidad que el legislador establece respecto del delito de lesiones menos graves, refiriendo que: “Esta escasa cuantía de la pena de las *lesiones menos graves*, junto a una nueva valoración social de estos hechos, repercute en el ámbito procesal en importantes efectos”³¹³².

1.1. Efectos procesales de la pena asignada al delito de lesiones

a) Se trata de un delito de acción penal pública, previa instancia particular, conforme a lo dispuesto en el artículo 54 letra a) del CPP.

b) Se trata, por regla general, de un hecho susceptible de aplicación del principio de oportunidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 170 del CPP.

c) Procede la suspensión condicional del procedimiento (salvo la existencia de circunstancias agravantes que eleven la pena por sobre el límite permitido) y los acuerdos reparatorios de acuerdo con lo prevenido en los artículos 237 y 241 del CPP.

d) En cuanto al procedimiento a aplicar su tramitación, la causa debe tramitarse conforme a las normas del juicio simplificado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 388 del CPP, aun cuando el fiscal pidiera sólo la pena de multa, por cuanto del tenor literal del artículo 392 se desprende que el procedimiento monitorio se aplica únicamente a las faltas en las cuales el fiscal pidiera pena de multa.

1.2. Agravantes especiales

1.2.1. Agravante especial del art. 400 del CP

El art. 400 del CP dispone que: “Si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o con cualquiera de las circunstancias Segunda, Tercera o Cuarta del número 1° del artículo 391 de este Código, las penas se aumentarán en un grado”

1.2.1.1. Agravante especial del art. 400 del CP. Primera parte

Esta circunstancia modificatoria ya fue analizada en el Capítulo VII, 3, relativo a la violencia de género y, por lo tanto, nos remitimos a lo referido en aquella oportunidad.

1.2.1.2. Agravante especial del art. 400 del CP. Segunda parte

En cuanto a la agravación establecida por la disposición en comento, en virtud de la concurrencia de las circunstancias segunda (por premio o promesa remuneratoria), tercera (por medio de veneno) o cuarta del número 1 del art. 391 del CP (con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido), parte de la doctrina postula la eliminación del ámbito del delito de lesiones por el hecho de estar

³¹³² POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., pp. 125 y ss.

ya contempladas como agravantes genéricas en el art. 12 N° 2, 3 y 4 del CP³¹³³. Si bien esta afirmación es efectiva, ocurre que el delito de lesiones menos graves tiene una pena absolutamente desproporcionada a la entidad del bien jurídico protegido, incluyendo aún la posibilidad de sancionar con una pena de multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, lesiones que demoren en sanar hasta 30 días. Por otro lado, en el concierto internacional, el CPes de 1995 contempla entre los supuestos del tipo penal agravado del art. 148, además del hecho de proceder en contra de víctimas menores de doce años de edad o incapaces o en contra de la esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia o respecto de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o mediante el uso de medios peligrosos, el actuar con *alevosía* o con *ensañamiento*, circunstancias todas que toman en consideración el aumento del desvalor del acto y que justifican, por lo tanto, si bien no es la solución óptima, la agravación de la pena podría ayudar a equilibrar la sola consideración del desvalor del resultado tantas veces cuestionada.

Llama la atención que no se incluyera entre estas circunstancias del art. 400 del CP, a la alevosía y que sí se considerara la circunstancia de utilizar como medio para la comisión del ilícito, el “veneno”, aún cuando es evidente que se trata de un medio susceptible de ser incluido en la *alevosía*³¹³⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la alevosía procede como agravante genérica (salvo en el caso del uso de veneno el que se encuentra especialmente contemplado como agravante especial), cuando por ejemplo Pedro sabe que Juan pasa todos los días por la misma calle cuando viene del trabajo, por lo que lo espera oculto y una vez que la víctima pasa por el lugar, le entierra una puñalada en el muslo en circunstancias que la víctima se encontraba de espaldas.

Al igual que en el caso del homicidio calificado, puede ocurrir que en la práctica haya un concurso de circunstancias especiales. Por ejemplo, Pedro le paga a Juan para que lesione a Miguel porque no le pagó lo que le debe (es decir Juan comete el delito de lesiones por premio o promesa remuneratoria), Juan concurre donde Miguel y le quiebra uno a uno los dedos de la mano derecha con el objeto de provocarle más dolor (ensañamiento).

En caso de concurso de circunstancias en el delito de lesiones menos graves, una posible solución, por la que me inclino, consiste en estimar que en la especie nos encontramos ante un *delito con pluralidad de hipótesis*, bastando en consecuencia, la concurrencia de una de las circunstancias para que proceda la agravación del delito de lesiones, debiendo el juez por lo tanto, aumentar la pena en un grado, porque siendo las hipótesis plurales disyuntivas, basta una para que el delito esté perfecto y por consiguiente, teniendo este tipo agravado estas características, concurra una circunstancia de las nombradas que satisfaga el tipo o concurren todas, el tipo siempre es el mismo y por tanto la pena debería ser igual, sin perjuicio de que el juez pueda moverse dentro de los escasos límites que resultan de la aplicación de las normas reguladoras de la pena, para determinar la cuantía exacta de la sanción que deberá cumplir el acusado.

La otra solución consiste en sostener que este tipo se satisface con una sola circunstancia. Por lo tanto, si concurren otras circunstancias adicionales ya estamos

³¹³³ ZAPATA CUÉLLAR, en “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., p. 11.

³¹³⁴ Por esta razón se elimina como circunstancia calificante del homicidio el uso de veneno como medio comisivo, en el Anteproyecto de CPch y se mantiene la alevosía.

fuera del tipo y por ello, si concurre una 2º circunstancia, debe ser considerada de acuerdo a las reglas generales de las circunstancias agravantes del art. 12. Por consiguiente, la pena no sólo se aumentaría en un grado, conforme a lo dispuesto en el art. 400 del CP, sino que además, se agregaría la influencia que tendría la o las agravantes de una o más circunstancias adicionales. A favor de esta postura podría argumentarse que es la única que permite considerar el injusto del hecho en toda su magnitud.

1.2.1.2.1. Ejecutar el delito por premio o promesa remuneratoria

En la circunstancia de haber cometido el delito “*Por premio o promesa remuneratoria*”, el mayor desvalor del acto se fundamenta en el móvil ruin que cimienta la ejecución del delito, el cual consiste en obrar por un estímulo susceptible de evaluación pecuniaria, lo que presupone que el sujeto permite hacerse instrumento de otra voluntad corrompida, la del instigador, quien no se atreve a cometer el delito por sí solo³¹³⁵.

Para que concorra esta circunstancia es necesario: a) la intervención de al menos dos personas, una de las cuales será el inductor o mandante y la otra el autor material o mandatario. Entre ambos debe mediar un acuerdo, pacto o convenio, relativo al precio o recompensa³¹³⁶. Por lo tanto, no procede la agravación si el autor comete el delito en la creencia, esperanza o suposición de que su obrar será recompensado porque su obrar agrada o beneficiará a alguien, es decir, sin acuerdo previo y b) a diferencia de la agravante del art. 12 N° 2, que incluye la palabra “recompensa”, la que permite incluir premios de cualquiera índole (honorífica o sentimental), el estímulo debe, ser susceptible de evaluación pecuniaria, lo que se deduce del término “*remuneratoria*”³¹³⁷. Basta para que concorra esta circunstancia con que se haya ofrecido el pago, no es necesario que el autor haya recibido el pago, es decir, el incumplimiento de lo prometido no excluye la concurrencia de la agravante, incluso el ejecutor puede haber sido engañado por el inductor, siempre que el sujeto activo lleve a cabo el delito por el interés lucrativo. Si luego de cometido el delito alguien le da un premio inesperado para el autor, no concurre la agravante, porque la razón de ser de la circunstancia, es la bajeza del sujeto que está dispuesto a pasar por sobre el bien jurídico protegido, con el fin de obtener una ventaja de carácter económico.

El art. 391 N° 1 habla de haber actuado “*por*” premio o promesa remuneratoria, de ahí surge la duda de si dicha circunstancia se limita al ejecutor o si también se aplica, al igual que en la agravante genérica, al inductor. A propósito del homicidio calificado, Garrido Montt³¹³⁸ y Labatut³¹³⁹, sostienen que esta circunstancia afecta a los dos intervinientes en el pacto criminal, esto es, agrava la responsabilidad tanto del que paga u ofrece el precio como al que lo recibe o acuerda recibirlo y se comunica a los intervinientes si tenían conocimiento del pago u ofrecimiento, art. 64 del CP, ya que el autor instigador está induciendo al ejecutor a cometer un homicidio calificado y no un homicidio simple (en este caso lesiones), por lo tanto responde del mismo delito, porque

³¹³⁵ KÜNSEMÜLLER, “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, en *Texto y comentario del CPch*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2002, p.192. En contra de esta opinión se manifiesta Cury Urzúa (CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., pp. 521-522).

³¹³⁶ CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., p. 520.

³¹³⁷ KÜNSEMÜLLER, “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, op. cit., p.192.

³¹³⁸ GARRIDO MONTT, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 58.

³¹³⁹ LABATUT GLENA, *DP, PE*, op. cit., T. II, p. 166.

ha intervenido objetiva y subjetivamente en este tipo penal. Agregan que este tipo, requiere de dos sujetos, y el comportamiento de cada uno de ellos integra el tipo penal, no solo el del sicario. La circunstancia operaría siempre que exista una clara relación de causalidad entre el premio o promesa y la provocación de causalidad entre el premio o promesa y la provocación de la muerte, el inductor debe pagar o prometer el precio para que se mate y el que realiza la acción debe hacerlo precisamente para recibirlo. Sin embargo, en opinión de Cury³¹⁴⁰ y de Etcheberry³¹⁴¹ y de la mayoría de la doctrina, este número agrava la responsabilidad sólo del que comete el delito por premio o promesa remuneratoria y, por lo tanto, se aplica al ejecutor del delito y no al que paga porque éste se realice. Al inductor se le sancionaría por homicidio simple (lesiones) con la agravante del art. 12 N° 2, porque éste usa la expresión “*mediante*”. En opinión de Cury tanto la agravante como la calificante sólo deben exasperar la pena del autor material, por cuanto es posible que el inductor encargue la comisión del delito porque se encuentra en incapacidad física de realizarlo por sí mismo, por ejemplo porque está paralítico y aún en el caso de que el delito se encargue por falta de valor, esta debilidad o falta de moralidad, no puede compararse a la codicia desenfrenada del que no se detiene siquiera ante el delito en su deseo de medrar³¹⁴².

1.2.1.2.2. Ejecutar el delito por medio de veneno

Respecto de la circunstancia de cometer el delito por medio de *veneno*, éste actúa como circunstancia agravante especial de las lesiones cuando se suministra *traicionera o insidiosamente* en forma *subrepticia*, en cambio en la *agravante del art. 12 N° 3 del CP*, el veneno se suministra de *forma estragante*, creando un peligro accesorio a causa de su capacidad para ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas distintas de aquella que es víctima del delito, por ejemplo depositando el veneno en una planta de tratamiento de agua³¹⁴³.

Veneno es cualquier sustancia (sólida, líquida, gaseosa), que suministrada en cantidad escasa, actúa como idónea para ocasionar la muerte o grave daño a la salud de una persona³¹⁴⁴ y por lo tanto, el fundamento de la circunstancia estriba en el mayor desvalor que implica el actuar a través de un medio *insidioso* que pasa inadvertido, es decir que actúa sin que la víctima llegue a percatarse, quedando en consecuencia, en situación de indefensión.

Como se dijo, esta circunstancia puede incluirse en la alevosía, por ello pierde sentido en el homicidio calificado, pero no ocurre lo mismo en la agravante especial del art. 400, en donde no se incluyó a la alevosía como circunstancia especial de agravación. Sin embargo, estimo que de aplicarse la agravante especial de haber ejecutado el delito mediante el uso de veneno, no podría luego, aplicarse la agravante general de alevosía, fundado en la misma circunstancia, por impedirlo el principio del non bis in idem consagrado en el art. 63 del CP.

El veneno puede introducirse al cuerpo del sujeto pasivo por vía oral, anal o en cualquier forma. Se aceptan sustancias que actúan por vía mecánica, ejemplo vidrio

³¹⁴⁰ CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., pp. 521-522.

³¹⁴¹ ETCHEBERRY, *DP, PE*, op. cit., T. III, p. 64.

³¹⁴² CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., pp. 521-522.

³¹⁴³ CURY URZÚA, *DP, PG*, op. cit., p. 528.

³¹⁴⁴ KÜNSEMÜLLER, “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, op. cit., p.193.

molido, también el azúcar para el diabético, el licor para una guagua, el agua para el sujeto que sufre de hidropesía.

1.2.1.2.3. Ejecutar el delito con ensañamiento

En lo que dice relación con la circunstancia de cometer el delito con ensañamiento, *esto es, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*, dicha circunstancia es similar a la agravante genérica del art. 12 N ° 4 del CP, pero se diferencia en que, en esta última, se ejecutan “*otros males innecesarios, indiferentes al delito*” y por lo tanto es más amplia que la agravante especial. En el *ensañamiento*, en cambio, *se causa más dolor a la víctima con motivo de las lesiones que se le infieren*. Es un lujo de males, por cuanto se adicionan males que no eran necesarios para cometer el delito. Por ejemplo Juan logra inmovilizar a Pedro y luego le propina uno a uno siete pinchazos con arma blanca para provocarle más dolor. Ello no consiste en cualquier aumento de dolor, sino en uno que justifique el mayor desvalor del acto en virtud del cual se establece el aumento de la penalidad en un grado. Se trata de un elemento normativo sociocultural, cuyo examen corresponde hacerlo al tribunal.

La maldad innecesaria adicional con que se comete el delito, aumenta el injusto, y la reprochabilidad del sujeto activo. Los males adicionales *no deben ser necesarios* para la consumación del delito, como ocurre por ejemplo, cuando la víctima era demasiado fuerte y el autor se da cuenta de que con una sola puñalada el agredido reaccionará en su contra y por lo tanto, le propina dos más, para asegurar la consumación del delito sin riesgos adicionales para él. Los males adicionales deben ser *considerables* en cuanto a su magnitud porque la ley habla de “*inhumanamente*”.

La expresión *deliberada* significa que el ensañamiento requiere una *extensión del dolo* al incremento del dolor y su innecesaridad³¹⁴⁵, es decir que las lesiones menos graves se lleven a cabo con el propósito de provocar de manera tranquila y reflexiva mayor dolor a la víctima³¹⁴⁶, lo cual fundamenta el aumento del grado de injusto que justifica el plus de penalidad con que se sanciona el delito de lesiones menos graves.

En cuanto al baremo con que debe sopesarse la concurrencia de la circunstancia, ésta debe apreciarse en concreto, teniendo en consideración las características del hecho, tal como se las representaba *ex ante*, el autor³¹⁴⁷.

Como se dijo, el ensañamiento es uno de los supuestos considerados por el legislador español para agravar en el art. 148, la figura básica del delito de lesiones del art. 147. Al respecto la jurisprudencia española ha sancionado por la figura agravada, tomando en consideración la circunstancia del ensañamiento cuando un sujeto rompe el dedo meñique de la víctima para causarle más dolor, o las lesiones llevadas a cabo mediante mordeduras en todo el cuerpo, o bien seis pinchazos con arma blanca³¹⁴⁸.

1.2.2. Agravante especial del art. 401 del CP

Distinta es la situación de la agravante especial, aplicable únicamente a las *lesiones menos graves*, contemplada en el art. 401 del CP, conforme a la cual: “Las lesiones menos graves inferidas a guardadores, sacerdotes, maestros o personas

³¹⁴⁵ CURY URZÚA, DP, PG, op. cit., p. 530.

³¹⁴⁶ KÜNSEMÜLLER, “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, op. cit., p.194.

³¹⁴⁷ CURY URZÚA, DP, PG, op. cit., p. 528.

³¹⁴⁸ FELIP I SABORIT, “Las Lesiones”, op. cit., p. 71.

constituidas en dignidad o autoridad pública, serán castigadas siempre con presidio o relegación menores en sus grados mínimos a medios”, cuyo efecto consiste en modificar la penalidad del tipo de lesiones menos graves, agregando un grado a su marco penal y eliminando la posibilidad de su sustitución por la pena de multa.

Parte de la doctrina postula la supresión de esta circunstancia por estimar que ya figura en el art. 12 N° 13 y 18; además implicaría un eventual concurso con el delito de atentado (art. 261 y siguientes), y finalmente, pues significa una norma contraria al principio de igualdad ante la ley³¹⁴⁹. A lo anterior, debe agregarse el hecho de que dicha agravación no dice relación alguna con un mayor grado de afectación del bien jurídico de la salud individual que permita justificar el aumento de la penalidad en un grado, sino con la calidad de la víctima, la cual se encuentra investida de una determinada dignidad o autoridad, razón por la cual debiera eliminarse.

Ya instalada en nuestro CP creo que para que concurra esta agravante, no basta el mero conocimiento de la calidad del ofendido, sino que debe atenderse al propósito de *ofender* la autoridad o función de éste, más que a su persona, por lo que una disputa callejera o la repulsa violenta de una insinuación deshonesta por parte de alguna de tales personas no podrían razonablemente merecer la agravación³¹⁵⁰.

2. Panorama en el APCPCH

Tampoco es muy alentador el Anteproyecto, por cuanto al tratar la figura básica del delito de lesiones en el art. 85, se limita a sancionar al que lesione a otro con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de 1 a 10 unidades tributarias, por lo cual proceden las mismas críticas efectuadas en este capítulo, por cuanto el espectro del tipo base de lesiones es sumamente amplio, es decir, todas aquellas que no se encuentren contempladas en el art. 86 del CP, el cual dispone que: “El responsable del delito de lesiones será castigado:

1°. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, impotencia, pérdida o impedimento de algún miembro importante, deformidad notable, o alguna grave enfermedad transmisible e incurable;

2°. Con la de reclusión menor en sus grados medio a máximo, si le produce al ofendido una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales, que no alcancen la entidad de las señaladas en el número anterior.

Por otro lado, cabe hacer presente que la única observación relativa a la pena realizada por el Foro Penal, al texto original, fue hecha por Mirta Villegas, quien hizo presente que aun cuando las *lesiones leves* desaparecen en el Proyecto, quedando absorbidas por las lesiones menos graves, aparecen en el cuadro comparativo de penas y en su opinión, de permanecer las primeras, la pena de reclusión menor en su grado mínimo sería demasiado elevada, debiendo ser la de prisión en su grado máximo y/o multa, la pena para la falta de lesiones.

Como se ve, no se divisa en el Foro Penal conciencia por elevar la pena asignada al tipo básico de lesiones y, peor aún, se mantiene la incoherencia entre la pena asignada

³¹⁴⁹ ZAPATA CUÉLLAR, en “El delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal”, op. cit., p. 11.

³¹⁵⁰ POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, *DP chileno, PE*, op. cit., p. 226–227; POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, op. cit., p. 126.

al delito base de lesiones y el delito de amenazas, por cuanto el art. 109 del APCPCH dispone que: “El que amenace seriamente a otro con causar a él mismo, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado:

1°. Con reclusión menor en sus grados medio a máximo si la amenaza se ha hecho bajo condición.

2°. Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio si la amenaza no ha sido condicional.

Se impondrá el grado máximo de las penas señaladas en este artículo, si el mal con que se amenaza pudiera constituir un delito de homicidio, lesiones del art. 86 N° 1, violación, secuestro o sustracción de menores”.

A los defectos anteriores debe sumarse el hecho de que el art. 87, establece una norma especial de determinación de pena, al disponer que: “A no ser que corresponda imponer mayor pena conforme a lo dispuesto en el art. 53 de este Código, si las lesiones se perpetran con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, antes o en el acto de cometerlo, para facilitar su ejecución, o después de cometido, para favorecer su impunidad, el responsable será castigado por todos los delitos cometidos:

1°. Con el *máximum* de la pena señalada si se trata de alguna de las lesiones comprendidas en el número 1° del artículo anterior,

2° Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo si las lesiones fueran de las comprendidas en el número 2°,

3° Con la pena de reclusión mayor en su grado medio cuando, tratándose de cualquiera de las lesiones señaladas en el artículo anterior, se perpetren con motivo u ocasión de la comisión de secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación”.

3. Panorama en el CPes

Distinta es la situación del tipo básico de lesiones en el CPes, cuyo art. 147.1 sanciona al que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, con una 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, no considerándose tratamiento médico, la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión.

Incluso dicho tipo penal sanciona con la misma pena al que, en el plazo de un año, haya cometido cuatro veces la falta de lesiones prevista en el art. 617.1 o los malos tratamientos de obra o vías de hecho prevenidas en el art. 617.2 del CPes.

Comparada dicha pena con la asignada al delito de hurto, resulta mucho más coherente el sistema punitivo español que el chileno. Así el art. 234 del CPes sanciona en su inciso primero con la pena de prisión de seis a 18 meses, al que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros, y con la misma pena castiga al que en el plazo de un año cometa cuatro faltas de hurto (casos en los cuales la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros) del art. 623.1 del CPes, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.

4. Panorama en el CP argentino

El CP argentino adolece de las mismas inconsistencias que el CPch. En efecto, el tipo básico de lesiones del art. 89 del CP trasandino, sanciona con la pena de prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición del CP argentino Sin embargo, sanciona el delito de hurto con la pena prisión de un mes a dos años.

5. Conclusión

La pena asignada al tipo básico de lesiones en el CPch (lesiones menos graves) es incoherente y altamente criticable, por cuanto establece la posibilidad de sancionar con pena de multa una conducta que, de *lege ferenda*, merece una sanción mayor. Delitos de peligro concreto como las amenazas, y contra la propiedad como el hurto, tienen mayor pena que el tipo básico de lesiones. Si conforme a los fines de la prevención general, se quiere motivar al ciudadano a no realizar conductas riesgosas para determinados bienes jurídicos, la pena contenida en la ley ha de ser proporcionada a la gravedad del delito. El APCPCH mantiene la pena alternativa asignada a las lesiones menos graves pudiendo sancionarse las mismas con pena de multa, aún cuando se trata de conductas que de *lege ferenda*, merecen una sanción mayor. Asimismo mantiene la pena privativa de la libertad en presidio menor en su grado mínimo, pena a todas luces baja en atención a la entidad del bien jurídico protegido.

Capítulo XI

Conclusiones finales

1. En España, la evolución del delito de lesiones, marca el paso de un sistema caracterizado por: a) la consideración de la integridad física como único objeto jurídico de protección, b) la no conceptualización del término lesión, carencia suplida con la inadecuada técnica del casuismo, c) una fuerte matriz objetivista, derivada de la alta consideración del resultado y de la concepción de los delitos de lesiones como delitos calificados por el resultado, d) la consideración del delito de lesiones como un delito de forma vinculada; hacia un modelo caracterizado por: a) la cada vez más consolidada opinión de la salud individual física y psíquica, como único bien jurídico penalmente tutelado en el delito de lesiones, relevando a la integridad corporal a la categoría de bien instrumental del primero, b) la conceptualización del término lesión, siendo esta situación más condigna con el principio de tipicidad, que ayuda a la delimitación del ámbito de lo punible, c) la incorporación de normas que operan como válvulas de escape y que permiten atenuar o agravar la responsabilidad penal en base a criterios que apuntan al desvalor del acto, que tienen por finalidad otorgar mayor importancia a la forma como la lesión se produce más que al resultado acaecido, d) la consideración del delito de lesiones como un tipo penal de medios abiertos, e) la eliminación de figuras anacrónicas y distinciones artificiosas como la que existía entre las lesiones, la castración y la mutilación.

2. En el delito de lesiones existe un solo bien jurídico, constituido por la salud individual entendida como el buen funcionamiento del cuerpo humano tanto desde el punto de vista físico como desde un prisma psíquico. La integridad corporal juega un papel instrumental o como objeto sobre el que recae o puede recaer la conducta típica que afecta la salud. El concepto de salud individual debe interpretarse de manera amplia, como una entidad compleja y plurifacética. Así, pueden considerarse lesiones tanto las situaciones de funcionamiento anormal del organismo (enfermedad), como las alteraciones de la configuración del cuerpo humano que supongan una merma funcional en su sentido más amplio (desde una cicatriz hasta la mutilación de un miembro). Los delitos de lesiones deben interpretarse teleológicamente, conforme a la intensidad o amplitud de la afectación de la salud individual (o de la puesta en riesgo de la misma como sucede en el caso de la tentativa) y el ámbito de lo punible debe determinarse en coherencia con dicho bien jurídico. Por lo tanto, no son punibles a título de lesión, las simples vías de hecho, ni la disminución de la integridad corporal que no supone menoscabo de la salud, como un corte de pelo o de la barba, o bien, como los daños a las prótesis artificiales, los cuales, en todo caso, pueden dar lugar a un delito de daños. Tampoco, constituyen lesiones las intervenciones quirúrgicas que, si bien afectan la integridad corporal, redundan en un beneficio para la salud, lo cual no se condice con el término “lesiones”, en consideración al estado global de la salud del paciente.

3. La salud individual es un bien jurídico de carácter relativo, toda vez que presenta características peculiares en cada persona, sin embargo, la expresión legal “otro” sólo requiere que el sujeto pasivo sea un ser con vida humana independiente, sin que deba considerarse la condición física o la edad que tuviere. El concepto objetivo de salud individual no implica dejar impune las intervenciones médicas llevadas a cabo sin el consentimiento del paciente, cuando ello suponga una mejora de la salud. Si el tratamiento médico es llevado a cabo conforme a las normas de la *lex artis* y mejora la salud individual del paciente, pero se efectúa *de manera coactiva o arbitraria*, en

principio, la conducta puede ser sancionada *no* por el delito de lesiones pero *sí* por el delito de coacciones, en razón de la afectación de la libertad del paciente. El concepto objetivo de salud individual *no* coincide necesariamente con la idea de *alargamiento de la vida*, toda vez que un tratamiento médico altamente invasivo, llevado a cabo en contra de la voluntad del paciente o sin su consentimiento, puede ser calificado jurídicamente de lesiones, a pesar de que permita alargar la vida del paciente, cuando por ejemplo, deje sumido a la persona en un cuadro depresivo que afecte su *salud psíquica*, como ocurriría si para lograr mantener al sujeto con vida sea necesario cortar las piernas, someterlo a intensas y dolorosas sesiones de quimioterapia no queridas por el paciente, extirparle las cuerdas vocales o los órganos reproductivos. En estos casos el riesgo corre por cuenta del médico, toda vez que si el paciente no ha consentido en la realización de la intervención médica, no estuvo en posición de poder asumir el riesgo que de ella se derivó, razón por la cual no puede obligársele a soportar los efectos de aquella actuación médica. Las intervenciones estéticas, realizadas con apego a la *lex artis*, pese a incidir negativamente en la integridad corporal y no tener una finalidad curativa, no son típicas, porque mejoran la salud psíquica del paciente.

4. La salud individual reconoce como límite la dignidad del ser humano y el respeto por el libre desarrollo de su personalidad, lo cual supone la exigencia del consentimiento informado como presupuesto de licitud de la intervención médica para garantizar la tutela de la libertad de decisión del paciente. A partir de la dignidad del hombre y del libre desarrollo de la personalidad, es posible afirmar que la salud individual es un bien jurídico disponible. Es el paciente quien tiene derecho a decidir si quiere o no someterse a un tratamiento médico y a elegir entre los tratamientos posibles, incluidas las medicinas alternativas. Del mismo modo, es el paciente quien debe decidir hasta qué punto está dispuesto a seguir dicho tratamiento. Ello implica la obligación del médico de respetar la decisión del paciente, aun cuando según su criterio no sea la decisión más sensata y la obligación de informar al paciente sobre las terapias disponibles y respecto de las posibles consecuencias que cada una de ellas implica. Por lo tanto, son atípicas las intervenciones médicas que disminuyan las posibilidades de vida, cuando éstas hayan sido elegidas por el paciente siempre y cuando, éste haya prestado su consentimiento válido e informado.

5. La vida y la salud son derechos relativos, toda vez que es el propio ordenamiento jurídico el que permite disponer de ellos. En el campo del Derecho constitucional, los derechos fundamentales no deben interpretarse en base a una estructura jerárquica o piramidal, sino conforme a una concepción razonada, parcial y de acuerdo con las ideas de balance, delimitación y ponderación de los derechos. Desde el punto de vista penal, los bienes jurídicos de la vida y la salud, tampoco son absolutos, sino que pueden ceder, por ejemplo en casos de legítima defensa o ante la concurrencia de una causa de exculpación, como sucede en el caso de la inimputabilidad del autor. Del mismo modo, es posible afirmar que las autolesiones son atípicas y acorde con el principio de accesoriedad media, también es atípica la participación en una autolesión. Tampoco es punible el mero consentimiento en ser lesionado y si bien en el CPes, tratándose de delitos, se atenúa la pena si hay consentimiento libre del lesionado, de la sola referencia a los delitos, se desprende que, en faltas de lesiones, el consentimiento del afectado tiene plena relevancia.

6. En base al reconocimiento de los derechos del paciente, se han desarrollado en el ámbito médico-sanitario, los principios de autonomía, de consentimiento informado y la libertad de terapia como derecho del paciente. Se establecen protocolos médicos en los hospitales cuyo contenido da cuenta de los derechos del paciente y se establece la

posibilidad de suscribir un documento de voluntades anticipadas. De esta manera, en un modelo que reconoce la autonomía como expresión constitucional de la libertad y en particular de la libertad religiosa, así como del valor de la dignidad humana, dichos principios no pueden ser avasallados con la imposición de tratamientos médicos en contra de las creencias de pacientes capaces y autónomos para tomar sus propias decisiones. Ello implica que el médico reconozca y respete la importancia de la calidad de vida, la dignidad humana y la libertad del individuo. Por ello, el paciente debe ser mirado como un sujeto de Derecho que debe ser escuchado. Por lo tanto, la legitimidad de la actuación médica requiere *ex ante* del consentimiento informado del enfermo sobre los riesgos inherentes al tratamiento, en el lugar y con los medios técnicos que se emplearán, como expresión del *libre desarrollo de la personalidad*. Aun cuando la intervención sea necesaria para salvaguardar su salud o su vida, hay que omitirla, si el paciente no da su consentimiento sobre su realización o respecto de la etapa hasta la cual desea llegar. Ello implica abandonar el campo de las decisiones “sensatas” y de las recomendaciones médicas. El médico debe respetar la voluntad del enfermo, aun cuando le parezca contraria a sus intereses. La realización de un tratamiento médico forzado, sólo se justifica cuando la no realización comporta riesgos para la salud pública o si el usuario no está capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el consentimiento lo darán sus familiares o bien cuando la urgencia no permita demoras por riesgos de lesión o de muerte y no es posible conocer la voluntad del paciente o cuando éste renuncia expresamente a la información total o parcial.

7. La autonomía implica respetar los valores, ideales, creencias y proyecto de vida del paciente en virtud de su derecho a la autodeterminación. Es el individuo el legitimado para disponer sobre su propio cuerpo y para decidir en qué condiciones quiere vivir, sin que quepa obligarlo a realizar un tratamiento que no quiere o compelerlo a llevarlo a cabo de manera engañada o forzándolo a vivir en condiciones inhumanas y degradantes. Su decisión debe formarse en condiciones de libertad, sin la cual, cualquier tratamiento habrá de reputarse ilícito. Ninguna actividad médica está exenta de riesgos, y, por lo tanto, lo sensato es respetar la voluntad del titular del bien jurídico que se pondrá en riesgo. Por lo tanto, los Testigos de Jehová deben ser respetados en su decisión de negarse a recibir transfusiones de sangre por razones religiosas, pese a no existir una terapia alternativa y que su vida o su salud corran serio peligro.

8. Sin embargo, la jurisprudencia y parte de la doctrina ha validado la práctica de transfusiones de sangre a personas mayores de edad, quienes libre y conscientemente se oponían por motivos religiosos, partiendo de un supuesto conflicto constitucional entre el derecho a la vida y el respeto por la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y por la dignidad humana. Sin embargo, como dijimos no existe en verdad desde el punto de vista constitucional tal conflicto ni menos existe en la vida o en la salud un componente supraindividual que determine la obligación del Estado de protegerlos, en contra de la voluntad de su titular, porque tratándose de bienes personalísimos dicho deber decae cuando el titular declina esa protección. No existe un deber de vivir, ni mucho menos de cuidar la propia salud y, por lo tanto, hay que dar protección jurídica a quien renuncia libremente a su derecho. En un Estado laico, pluralista y democrático, los derechos deben ser interpretados armónicamente con el libre desarrollo de la personalidad y no contrapuestos en base a un supuesto elemento supraindividual. El derecho a la vida y a la libertad de religión, pertenecen al mismo titular y por lo tanto, no se encuentran en conflicto cuando éste libremente renuncia a la protección constitucional. La libertad, la vida y la salud individual son derechos fundamentales personalísimos, no expropiables por la colectividad. Elegir entre el riesgo del

tratamiento médico u otro distinto o aquél que conlleva prescindir de los mismos, elegir entre el dolor de la enfermedad o el dolor de la intervención, elegir entre el bienestar físico o la tranquilidad de conciencia, pertenece a la autonomía del hombre y a su condición de sujeto de derecho, sin que nadie, salvo casos de incapacidad legal, pueda sustituirle en tal decisión. Por lo tanto, no es admisible sostener que en la especie concurra la eximente de estado de necesidad, ni un supuesto *auxilio omisivo al suicidio ajeno*, porque no estamos ante un suicida, sino ante una persona que quiere vivir pero no a costa de pasar por sobre sus convicciones religiosas. Si el paciente asume el riesgo de evitar la transfusión de manera libre y consciente, estamos ante un caso de *autopuesta en riesgo de la víctima*. Mientras la negativa a practicarse un tratamiento médico no sea utilizada por el titular del bien jurídico como medio para quitarse la vida, no puede identificarse con el suicidio, ya que el paciente sólo está eligiendo entre dos riesgos, el que implica la intervención médica y el de evitarla.

9. Del mismo modo, la misión del sistema penitenciario es preservar la dignidad del recluso, por lo que no es posible obligarlo coactivamente a ingerir alimentos o a someterse a un tratamiento médico, en caso de *huelga de hambre reivindicativa*, toda vez que se trata de un sujeto de derecho que sigue poseyendo el *status* jurídico propio del ciudadano, pero con algunas de sus garantías restringidas. La *dignidad de la persona*, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y *a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes*, permiten sostener que la huelga de hambre reivindicativa es una manifestación del derecho fundamental a la libertad de expresión, que debe ser respetado aun cuando entre en estado de inconsciencia, no siendo posible imputar responsabilidad penal al médico que respetando la voluntad del reo, no le alimenta coactivamente, conducta que implica un trato inhumano o degradante y la idea consecuencialista de esperar a que el recluso no pueda oponer resistencia para pasar por sobre su voluntad. Por lo demás, normativamente es posible sostener que se trata de un caso de *autopuesta en riesgo* aceptada por el titular del derecho.

10. El deber de cuidado de la Administración penitenciaria es una *garantía* y no una autorización para actuar en contra de la voluntad del reo, ni el deber de soportarlas. Cesa si el recluso renuncia a ella y mientras no haya intereses supraindividuales afectados. La Administración debe fomentar en el recluso el cuidado de su vida y salud, así como la atenuación de los riesgos derivados de la huelga de hambre, pero ello no implica la utilización de *vías indirectas de coerción*, como la sustitución del agua por un líquido más nutritivo especialmente preparado. Tampoco procede la alimentación forzada muy temprana para desactivar la protesta o un aislamiento de los huelguistas para obstaculizar la comunicación entre ellos. No existe obligación del médico o del funcionario penitenciario de alimentar forzadamente al huelguista, amparado por un estado de necesidad o del cumplimiento de un deber. Tampoco existe responsabilidad penal por homicidio en comisión por omisión o por omisión del deber de socorro si se respeta la decisión del recluso.

11. El delito de lesiones es un *delito común* en el cual, el objeto material coincide con el sujeto pasivo. El *sujeto pasivo* se designa con la expresión “otro”, es decir, un ser humano con vida independiente diferente del autor. Su protección dura desde el comienzo de la vida hasta el momento de su muerte.

12. El establecimiento del momento en que comienza la vida humana independiente, determina la calificación jurídica del hecho y con ello, la sanción penal. La ley no ofrece solución, sólo señala al sujeto pasivo como la expresión “otro” y en las lesiones al feto, a éste como su objeto de protección, dejándose al intérprete, un amplio campo para determinar el alcance de estos términos. La vida humana independiente comienza

con el nacimiento, pero se discute cuando se produce. A mi juicio, debe acogerse la *teoría del comienzo del parto*, toda vez que otorga mayor protección penal a la vida y a la salud individual del niño considerándolo como un ser humano con vida independiente desde el comienzo del parto, debiendo sancionarse las conductas dolosas e imprudentes que afecten estos bienes jurídicos y que se lleven a cabo durante el parto, como homicidio o lesiones, lo que es importante tratándose de imprudencias médicas cometidas durante el parto, lo que justifica una mayor protección penal del ser cuyo periodo de maduración ya ha concluido.

13. La determinación del límite máximo de protección de la vida y la salud individual debe realizarse normativamente fijando el momento a partir del cual no hay vida humana susceptible de protección jurídica. Hay que fijar un momento preciso en donde el proceso de la muerte sea irreversible, pero lo suficientemente adelantado para permitir la extracción de órganos o tejidos en condiciones biológicas de ser aprovechados para su trasplante. Así las cosas, para el DP el concepto de muerte importante es el de *muerte cerebral*, entendida como el *cese irreversible de la actividad cerebral*, por tratarse de un suceso incompatible con la vida, ya que además de la pérdida de conciencia, se produce el cese de otras funciones superiores y rectoras del cerebro sin las cuales el individuo no puede seguir actuando autónomamente y realizar su condición de persona. Dicho concepto es importante además, para el mantenimiento o retiro del tratamiento que mantiene de manera artificial la respiración y la circulación, porque producida y comprobada la muerte cerebral, la detención de los medios mecánicos que la sostienen no importa acortar la vida.

14. El comportamiento en el delito de lesiones, consiste en lesionar a otro, entendiendo por *lesionar* la conducta *ex ante* adecuada para menoscabar la salud física o mental de un individuo, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, (requisito necesario para la falta de lesiones) tratamiento médico o quirúrgico (requisito necesario para el delito de lesiones).

15. El delito de lesiones es, en España, un *delito de medios abiertos*, ya que puede cometerse a través de cualquier medio que cause o provoque el resultado exigido por el tipo penal, siendo indiferente el procedimiento utilizado para el ataque, cupiendo tanto los físicos, psicológicos o morales, violentos o no violentos o cualquier otro medio idóneo para la producción del resultado, pero con la virtualidad para afectar la salud individual. Por lo tanto, no hay inconveniente para admitir la *comisión por omisión*, siempre que se cumplan las condiciones del art. 11 CPes, en particular la concurrencia de la posición de garante y que en el caso concreto pueda equipararse la no evitación del resultado y su causación. Como se trata de un tipo penal de resultado lesivo, éste debe poder ser imputado a la no ejecución de la conducta a que estaba obligado el sujeto activo por encontrarse en posición de garante.

16. En el delito de lesiones, el resultado típico dice relación con el *menoscabo o deterioro de la salud física o mental del sujeto pasivo*, que requiere en el caso del delito, objetivamente, además de una primera asistencia facultativa, de un tratamiento médico o quirúrgico y en el caso de la falta de lesiones, sólo de una primera asistencia facultativa. El menoscabo es la afectación o deterioro de la salud del sujeto pasivo respecto de su estado anterior al daño provocado, que puede recaer en la *integridad corporal* -cuando con ello se afecta además a la salud individual-, en la *salud física*, concepto que incluye la *provocación de enfermedades no graves* (las graves se incluyen en el tipo agravado del art. 150); o bien, en el menoscabo de la *salud psíquica*, que incluye las enfermedades consistentes en patologías y trastornos psicológicos que necesiten objetivamente de tratamiento médico.

17. Los conceptos “primera asistencia médica o facultativa” y “tratamiento médico quirúrgico”, son *elementos normativos del tipo*, utilizados por el legislador para establecer la diferencia de gravedad en la lesión. No habiendo el legislador determinado del contenido de dichos términos, como sería más condigno con el principio de legalidad, el intérprete está obligado a realizar una valoración de las circunstancias concretas en las que ambos términos actúan y esa valoración debe ajustarse a la de un término medio conceptual o normativo, al cual alude la ley con el término “objetivamente”.

18. A mi juicio, *primera asistencia facultativa* es el acto o actos sanitarios consistentes en la ayuda, atención o cuidados que los profesionales de la sanidad prestan al paciente que los necesita a partir de las especiales capacidades personales y medios de que disponen con fines diagnósticos, pronósticos, de exploración o curativos del daño provocado o el seguimiento o vigilancia de la evolución del mismo. Debe medirse por lo que hipotéticamente debería haberse prestado objetivamente.

19. En mi opinión, debe entenderse por *tratamiento médico o quirúrgico*, un concepto estricto que consiste en el conjunto de actividades prescritas por profesionales de la salud, destinadas a eliminar, disminuir o a superar los menoscabos sufridos por una persona como consecuencia de una conducta lesiva, o a evitar su agravación o a paliar los sufrimientos ligados a tales menoscabos, una vez superando el contenido de la primera asistencia facultativa. Por *tratamiento quirúrgico* debe comprenderse la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o cirugía menor), que sea objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones.

20. Sostengo que el baremo *objetivamente* consiste en que los elementos normativos del tipo han de ser necesarios según la ciencia médica, para la sanidad de la lesión. La necesidad debe valorarse de forma objetiva y conforme a la naturaleza y características de la lesión, teniendo presente las circunstancias personales de la víctima, según criterios de normalidad atentos al contenido de la atención sanitaria profesional propia de la época y sociedad en que se produce el menoscabo. Por lo tanto, la consumación del tipo de lesiones, requiere dictaminar que las lesiones sufridas, dada su naturaleza y de acuerdo con la ciencia médica, hubiesen requerido una primera asistencia o, además, un tratamiento médico o quirúrgico para su sanidad y no que el lesionado se hubiera sometido efectivamente a estos actos sanitarios. Así, si el tratamiento no es necesario no podrá apreciarse el tipo de lesiones. Las lesiones deben valorarse a partir de la gravedad objetiva que presentan en el momento de su consumación, con independencia de que otros factores, hayan restaurado la situación anterior a la lesión sin aplicación de tratamiento alguno.

21. Por su parte la *sanidad de la lesión* debe entenderse como la curación de las lesiones provocadas, lo cual encuentra su tope en el avance de la ciencia médica, del que depende el grado de superación de la lesión que se puede alcanzar, pudiendo en muchos casos ser inevitable la presencia de secuelas derivadas del resultado de la conducta lesiva. Desde el punto de vista de la pena, la sanación de la lesión juega un papel importante en la consideración del injusto.

22. Me parece que la expresión *además* es indicativa de una continuidad conceptual entre la primera asistencia médica o facultativa y el tratamiento médico o quirúrgico y tiene el sentido de destacar, que la primera actuación médica sólo se limita a la mera e inicial asistencia facultativa, aunque en ocasiones coincida en el tiempo con el tratamiento médico o quirúrgico, sin embargo, tal coincidencia temporal, no debe

impedir el deslinde entre ambos conceptos. La primera asistencia facultativa equivale al diagnóstico inicial o a la exploración médica al cabo de la cual, si el facultativo, entiende que no es necesario un “tratamiento médico o quirúrgico”, las lesiones deben calificarse como falta.

23. El concepto de lesión del art. 147.1 del CPes de 1995, es criticable por cuanto da a entender que en el delito de lesiones los bienes jurídicos serían la integridad corporal y la salud física o mental de la persona, aun cuando la integridad corporal no es sino un bien jurídico instrumental de la salud individual. La expresión “por cualquier medio o procedimiento”, puede ser interpretada como restricción de la comisión por omisión, por cuanto es difícil imaginar que un sujeto no actúe pero a la vez utilice medios o procedimientos que causen lesión. Para estructurar los tipos de lesiones como delitos de medios indeterminados, basta con no aludir a los medios de comisión. El concepto legal de lesiones sólo considera el desvalor del resultado, con lo cual se corre el riesgo de interpretar los delitos de lesiones como delitos calificados por el resultado, con los problemas que ello implica para el principio de culpabilidad. Dicha interpretación no se condice con una concepción funcional del DP en donde la función de la norma penal consiste en motivar al ciudadano en orden a que se abstenga de realizar conductas lesivas para determinados bienes jurídicos. Sólo pueden prohibirse conductas y no resultados y por lo tanto, la tipificación de las lesiones no puede pasar por alto el desvalor de la conducta. Un concepto de lesión acorde a un DP funcional, ha de establecer un adecuado equilibrio entre el desvalor del acto y el desvalor de resultado. Además, si bien a mi juicio ello no impide concebir la tentativa, dificulta la determinación exacta del título de castigo como se deduce de la jurisprudencia en materia de lesiones. No se puede soslayar que el legislador español si bien estableció como criterios diferenciadores los conceptos primera asistencia médica o facultativo y tratamiento médico o quirúrgico, no estableció criterios que los dotaran de contenido, lo cual ha redundado en una práctica judicial disímil y hetera.

24. Así las cosas, podemos afirmar que el legislador español entiende por *delito de lesión* la causación, por cualquier medio o procedimiento, de un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de una persona, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, el que no comprende la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión; mientras que por *falta de lesiones*, la causación, por cualquier medio o procedimiento, de un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de la persona, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, al menos de una primera asistencia médica, incluyendo dentro de este concepto la simple vigilancia o seguimiento de la lesión por parte de un profesional de la salud. Por su parte, el límite entre la falta lesiones y los malos tratos se encuentra en que en la primera es necesaria una primera asistencia facultativa, lo cual no se requiere en los malos tratos del art. 617. 2.

25. En mi opinión, debe entenderse por *enfermedad* la pérdida o alteración más o menos grave, de la salud física o psíquica de las personas, lo que se traduce en un mal funcionamiento del cuerpo, de sus órganos o de la psiquis del sujeto. Por lo tanto, el delito de lesiones se consuma tanto con la provocación como por el aumento de un estado de enfermedad ya existente.

26. A pesar de las críticas, la expresión “por cualquier medio o procedimiento” utilizada en el art. 147 del CPes, permite considerar como lesión, cualquier clase de conducta *ex ante* idónea para lesionar el bien jurídico de la salud individual, ya sea en su aspecto físico o en su contenido psíquico. Es decir, para que concurra el *presupuesto de*

imputación, el sujeto activo debe haber creado con su comportamiento un riesgo jurídico-penalmente relevante o no haber controlado un determinado riesgo que estaba obligado a controlar, por encontrarse en el ámbito de su competencia, dada la existencia, en el caso concreto de una especial posición de garante.

27. La expresión “por cualquier medio o procedimiento” utilizada en el art. 147 del CPes, es una fórmula amplia que configura al delito de lesiones como un delito de resultado y de medios abiertos. La fórmula es correcta, ya que lo que importa es que el sujeto activo llevé a cabo una conducta *ex ante* idónea para lesionar el bien jurídico de la salud individual, ya sea en su aspecto físico o en su contenido psíquico. Es decir, para que concurra el *presupuesto de imputación*, el sujeto activo debe haber creado con su comportamiento un riesgo jurídico-penalmente relevante o no haber controlado un determinado riesgo que estaba obligado a controlar, por encontrarse en el ámbito de su competencia, dada la existencia, en el caso concreto de una especial posición de garante.

28. Hay que diferenciar las lesiones psíquicas que constituyen un delito autónomo, de aquellas que implican un daño colateral de otro delito, normalmente violento (estrés postraumático o depresiones reactivas por delitos contra la libertad sexual, robos violentos, etc.). En algunas decisiones judiciales se defiende la tesis de la inherencia, de que tales secuelas son consecuencias extra-típicas ya penadas o consumidas por el delito que las provoca, de manera que no procede la sanción adicional por lesiones. En otras sentencias se mantiene la autonomía de tales perturbaciones, de manera que deben castigarse también como un delito de lesiones, sin embargo llama la atención que la jurisprudencia sea más proclive a aplicar la tesis de la inherencia tratándose de lesiones psicológicas que de lesiones físicas, respecto de las cuales se suele apreciar un concurso de delitos. Esta diferencia de tratamiento se explica, a mi juicio porque la jurisprudencia no valora del mismo modo las lesiones físicas que las psicológicas, aun cuando en la práctica éstas puedan traer consecuencias mucho más grave para la salud, que las huellas físicas del ilícito. En mi opinión, la solución pasa en ambos casos por la consideración de si la pena asignada al delito en contra de la libertad sexual, robos violentos, etc., es o no suficiente para comprender el injusto del hecho en su totalidad, si la respuesta es afirmativa, estimo que es posible apreciar la tesis de la inherencia, toda vez que es dable pensar que el legislador al fijar las penalidades para los delitos violentos, pudo comprender hasta cierto punto lesiones para la salud individual de la víctima. Las lesiones psíquicas deben cumplir con los mismos requisitos que las corporales constitutivas de delito, es decir, deben objetivamente requerir para su sanidad, de tratamiento médico.

29. El término enfermedad constitutivo de lesiones, comprende a las *enfermedades de transmisión sexual*, concepto que a mi juicio abarca a aquellas enfermedades transmisibles que se caracterizan porque su principal modalidad de contagio es el acto sexual aún cuando pueden transmitirse por contagio indirecto. Se consideran enfermedades de transmisión sexual de trascendencia social: la sífilis, la gonorrea y en particular el VIH/SIDA.

30. A mi juicio, existe atipicidad por falta de imputación objetiva del resultado, en los casos en que concurre una *autopuesta en peligro* del afectado, cuando alguien, con conocimiento de que su pareja tiene el VIH, mantiene relaciones sexuales con el infectado sin tomar las medidas de protección que el riesgo de contagio amerita. El contacto sexual, aún sin protección, es impune si ambos sujetos están informados del riesgo de contagio y son responsables conjuntamente de su actuación. Además, es posible sostener que habiendo actuado el sujeto pasivo por su propia cuenta y riesgo, el resultado cae fuera del ámbito de protección de la norma. Por otro lado, si el sujeto

pasivo, con pleno conocimiento de los riesgos de infección, acepta libremente mantener relaciones sexuales con su pareja infectada sin protección, es posible afirmar que es la víctima y no su pareja quien tiene el dominio del hecho, siendo el primer infectado un mero participe en la autolesión de la víctima. Lo mismo sucede si el drogadicto responsable, en condiciones de imputabilidad, consciente de los riesgos, solicita una jeringuilla ya utilizada a un amigo a pesar de que éste le advierte que tiene SIDA y que es posible que se pueda contagiar.

31. En mi opinión, comete delito de lesiones si una persona oculta su enfermedad de transmisión sexual para mantener relaciones con su pareja no infectada, sin protección, o bien, si un individuo infectado con el virus del VIH obliga a su pareja, aún no infectada y que se resiste, a exponerse al virus mediante relaciones sexuales, o bien cuando un sujeto dolosa o imprudentemente, clava agujas u objetos infectados, como en el caso de aquellos profesionales de la salud que manejen inadecuadamente objetos infectados, tales como material quirúrgico u odontológico, o conductas llevadas a cabo a propósito de las transfusiones de sangre infectada con el virus del VIH.

32. En aquellos casos en que no se pueda probar que el contagio se ha producido por uno o varios actos en particular y no por otro medio, faltará la prueba de la *relación de causalidad* que debe existir entre la conducta riesgosa y el resultado lesivo consistente en el contagio de la enfermedad. Ello, por cuanto, la infección del sujeto pasivo, podría haberse producido por otros contactos sexuales, transfusiones, inyecciones de droga, etc., lo cual conduce a la impunidad en los casos de imprudencia, ya que en los delitos de resultado la imprudencia sin causación de resultado no es punible. Pero si hubo dolo en la actuación peligrosa, aun cuando no consta con seguridad que el virus se ha transmitido con la conducta riesgosa llevada a cabo por el sujeto activo, podría concurrir en todo caso, una tentativa acabada de lesiones.

33. Al respecto cabe precisar que es posible sancionar la *tentativa con dolo eventual* toda vez que del análisis del texto del art. 16 del CPes, en relación con el art. 147, no se desprende ninguna restricción que permita sostener la concurrencia de la tentativa únicamente en los casos en los cuales concurra la imputación subjetiva a título de dolo directo, ya que la expresión “actos que objetivamente *deberían* producir el resultado”, indica únicamente la idea de que de concretarse el peligro ínsito en la conducta típica, lo más probable es que acaezca el resultado, con lo cual no se está haciendo referencia alguna al tipo de imputación objetiva que ha de concurrir en la tentativa. *De lege ferenda*, otra solución posible sería tipificar la conducta como un *delito de peligro concreto*, prescindiendo así de la prueba del resultado y bastando la tipicidad de la conducta con exigir la realización de una relación sexual, sabiendo o teniendo la sospecha o la duda de estar infectado por el virus (por ejemplo, porque se ha mantenido conductas que involucran un alto nivel o grado de riesgo, como haber mantenido relaciones sexuales con prostitutas sin protección o porque los síntomas del Sida ya han aparecido), sin comunicarle a su pareja esta situación, privándola de la posibilidad de decidir si presta o no su consentimiento en mantener relaciones sexuales a conciencia del riesgo que ello involucra.

34. No está claro en la doctrina española cual es el título de castigo en esta clase de conductas, ya que no existe en el CPes un tipo específico que regule la transmisión dolosa o imprudente de enfermedades de transmisión sexual. Pienso que debe descartarse la opción del delito de homicidio, porque la expresión “El que matare a otro...” no es asimilable a la expresión “el que acorte la vida de otro”, de lo contrario cada vez que una lesión le acorte la vida de la víctima, debería catalogarse como tentativa de homicidio u homicidio, lo que escapa al ámbito de protección de la norma.

Además, el infectado no siempre desarrolla la enfermedad pese a ser portador del virus, por lo que no se puede afirmar que el contagio del VIH/SIDA traiga necesariamente como consecuencia, el acortamiento de la vida. De otro lado, dados los avances de la medicina, hoy en día el VIH/SIDA es una enfermedad crónica y no mortal. También debe tenerse presente que dependiendo de la condición de salud y de higiene del infectado, de su alimentación, etc., el tiempo media entre el contagio y la muerte puede traducirse en años, por lo que habría que esperar a ver el desenlace para determinar el título de castigo, lo que no se condice con la seguridad jurídica. De otro lado, no es posible acreditar la imputación objetiva del resultado, toda vez que la muerte no se produce directamente por el contagio del VIH, ya que los efectos del Sida operan sobre el sistema inmunológico del enfermo, el cual se debilita y, por lo tanto, el contagiado no muere de Sida, si no de las llamadas *enfermedades oportunistas*. Descartado el delito de homicidio, me parece que el título de castigo se condice con el delito de lesiones, aún en aquellos casos en que el infectado no desarrolla la enfermedad, ya que debe tomarse en consideración que el sujeto quedará de por vida sujeto a tratamientos médicos y a la necesidad de adoptar las medidas del caso para no contagiar a terceros no infectados. En el resto de los casos la gravedad de dicha enfermedad es evidente, razón por la cual, la transmisión dolosa o imprudente del VIH debe ser subsumida, a mi juicio, en el tipo penal del art. 149 del CPes, como una lesión grave y no en el tipo básico de lesiones como sostiene parte de la doctrina y de la jurisprudencia española.

35. En cuanto a la transmisión del VIH/SIDA en la cárceles, podemos decir que incurre en responsabilidad por comisión por omisión el funcionario de la administración penitenciaria que favorece imprudente o dolosamente el contagio del VIH, por ejemplo, obligando a compartir la celda a un interno sano con un interno homosexual activo y contagiado con tal enfermedad o bien a un interno drogodependiente no infectado, con otro interno drogadicto infectado por el virus del VIH. También es posible atribuir responsabilidad *omisiva* al funcionario de la administración penitenciaria que no evita la transmisión del VIH, en situaciones tales como actos de agresión entre internos y, en particular, agresiones sexuales; actos de consumo de drogas por vía parenteral; o la provocación de lesiones, sobre todo con objetos que pudieran estar infectados, etc., pudiendo y debiendo hacerlo, a través de actos situados en la esfera de sus competencias, tales como la separación o concentración de reclusos seropositivos, la adopción de campañas de entrega de preservativos, práctica voluntaria de test, los cuales debe realizar en virtud de la posición de garante en la que se encuentra respecto de la protección de la salud de los internos no contaminados. El cumplimiento del deber de garante de la autoridad penitenciaria y su actividad tendiente a proteger la salud de los internos no infectados, puede entrar en conflicto con la obligación de respetar el derecho a la intimidad de los internos y a la no discriminación de los infectados por el virus del VIH. Sin embargo, las medidas que al respecto se tomen, estarán justificadas si concurren los principios de necesidad, subsidiariedad (inexistencia de una vía menos grave que permita alcanzar el mismo objetivo), proporcionalidad (mayor beneficio que daño y adecuación de la medida al fin perseguido) y la adecuación de medio a fin (no vulneración de ningún principio garantístico básico del Ordenamiento).

36. En el delito de lesiones el tipo consumado requiere el acaecimiento del resultado consistente en una lesión para la salud individual física o mental de la víctima. Luego, para poder imputar jurídicamente ese hecho como realizador del tipo objetivo a la conducta del sujeto activo, en los delitos de acción, es necesario que el resultado haya sido causado por la conducta del hechor (*relación o vínculo de causalidad* el que no es necesario acreditar en los delitos de omisión) y que concurra además de la creación de

un riesgo típicamente relevante, una determinada relación de riesgo entre el resultado y la conducta *ex ante* idónea para provocar el resultado lesivo (*imputación objetiva*).

37. A pesar de que muchas veces se piensa lo contrario, la relación de causalidad y la imputación objetiva no se contraponen, sino que ambas son dos instituciones autónomas y válidas, con naturaleza y finalidades distintas y propias. La *relación de causalidad* es un juicio probabilístico de naturaleza ontológica, que pertenece al mundo de lo fáctico y sirve para explicar cómo han acontecido los hechos y que razones no pueden explicarlos. Conforme a la *presunción de inocencia*, es el acusador quien debe acreditar, de acuerdo con las leyes científicas de la probabilidad, la relación de causalidad entre la conducta del sujeto activo y el resultado, así como la relación de autoría y todos los elementos típicos que fundamentan la comisión de un delito. La causalidad debe excluirse cuando el acusador no pueda explicarla conforme a los hechos probados en el juicio. La relación de causalidad es el primer nivel de análisis, referido a la determinación de los hechos, que en un segundo nivel, deberán ser valorados, conforme a la teoría de la imputación objetiva. Siendo la teoría del delito un análisis categorial, si no se prueba la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, no es necesario analizar la imputación objetiva, por no existir hechos probados que valorar. La relación de causalidad opera como un límite previo a la imputación objetiva, necesario para cumplir con los principios de seguridad jurídica y de presunción de inocencia.

38. La *imputación objetiva* es un doble juicio de atribución de responsabilidad penal, de naturaleza normativa, que busca evaluar tanto la relevancia típica de la conducta, como la relación entre el riesgo típicamente relevante generado por la conducta y el resultado lesivo. Su finalidad apunta a determinar la relevancia jurídico penal de unos determinados acontecimientos y guarda relación con la fundamentación jurídica. En un sistema funcional de DP, protector de bienes jurídicos, en donde las normas penales buscan motivar al ciudadano en orden a abstenerse de llevar a cabo conductas lesivas o peligrosas para los objetos penalmente tutelados, la *imputación objetiva* sólo considera como jurídico-penalmente relevante aquellos riesgos derivados de tales comportamientos. Solo pueden imputarse resultados lesivos derivados de esta clase de riesgos. La naturaleza teleológica de la imputación objetiva, permite abarcar el juicio sobre el injusto típico doloso o imprudente, así como a la imputación del resultado, restringiendo la intervención del DP, a aquellos supuestos en los cuales es posible la protección del bien jurídico. La *objetividad* de la imputación objetiva se refiere únicamente a la clase de juicio que se realiza, es decir un juicio objetivo, sin embargo abarca tanto a los aspectos objetivos como subjetivos del tipo, toda vez que un riesgo que no es doloso ni imprudente o doloso e imprudente, en ningún caso puede ser penalmente relevante, por así prohibirlo el principio de culpabilidad.

39. La relación de causalidad debe resolverse conforme a la fórmula de la *teoría de la equivalencia de las condiciones* cuyo método es el de la *supresión mental hipotética*, toda vez que pese a los problemas que presenta, permite descartar aquellos supuestos en los que no es posible demostrar el vínculo causal. Sin embargo, ha debido ser corregida o complementada por la fórmula de Engisch de la *condición ajustada las leyes generales de la naturaleza*, acorde con la cual, un comportamiento es causa del resultado cuando éstos se encuentran vinculados a través de una serie de modificaciones con arreglo a leyes de la naturaleza. Por lo tanto, acreditado el vínculo de causalidad, habrá que pasar al estudio de la imputación objetiva, juicio jurídico de imputación penal, que debe operar en el plano normativo, en un segundo nivel de análisis. De esta manera, tratándose de un delito de resultado, el vínculo de causalidad y luego, la creación de un riesgo típicamente relevante (presupuesto de imputación), así como la

relación de riesgo entre la conducta típica y el resultado lesivo (imputación en sentido estricto), son condiciones necesarias, para la imputación al tipo objetivo del delito de lesiones.

40. La *imputación de la conducta es el presupuesto de imputación* y consiste en la creación de un riesgo jurídico penalmente relevante, que valorado *ex ante*, constituye un presupuesto del desvalor intersubjetivo de la conducta y de la infracción de la norma primaria que la prohíbe. Si falta no solo no se imputará el resultado, sino que tampoco existirá conducta alguna calificable de tentativa, mientras que sí la habrá, cuando concorra la creación dolosa del riesgo y sólo falte la realización en el resultado, como ocurre cuando en un hecho doloso sólo falta la relación de causalidad.

41. El concepto normativo de peligro en la imputación objetiva, consiste en la probabilidad de lesión de un bien jurídico -en este caso la salud individual- derivada de aquella situación en la que el autor, realizador de un comportamiento *ex ante* peligroso, no está en condiciones de decidir si evita o permite con seguridad un daño que se tiene por posible. La creación de un riesgo típicamente relevante implica por una parte, desde un punto de vista objetivo-normativo, la existencia de un peligro *ex ante*, consistente en la probabilidad de la lesión de un bien jurídico que no puede ser evitada con certeza por el autor y por la otra, desde un prisma subjetivo, que el peligro sea conocido o cognoscible por el autor, toda vez que, en este segundo aspecto, sólo son típicamente relevantes los riesgos dolosos o imprudentes, o bien, dolosos e imprudentes.

42. El concepto normativo de peligro debe determinarse a través de un juicio de carácter objetivo-subjetivo. El peligro objetivo dice relación con su peligrosidad objetiva y se encuentra limitado por la probabilidad subjetiva, consistente en su cognoscibilidad, y por el criterio del riesgo permitido. Este peligro debe valorarse *ex ante* por lo que se denominará “riesgo”, a diferencia del “peligro”, determinable únicamente *ex post*, en el que se constata si el riesgo generado por la conducta típicamente relevante, sea materializado o no en el resultado lesivo.

43. El presupuesto de imputación es un juicio *ex ante* de carácter objetivo-subjetivo que recae sobre la conducta y que implica la necesidad de probar su relevancia desde una perspectiva jurídico-penal, por no estar permitida y ser suficiente y adecuada *ex ante* para lesionar el bien jurídico protegido de la salud individual. Los criterios de exclusión del presupuesto de imputación son: *el principio de insignificancia, el criterio de la adecuación social, el criterio de disminución del riesgo, el principio de confianza y el consentimiento.*

44. En el delito de lesiones, además de una conducta generadora de un riesgo típicamente relevante que cause materialmente el resultado, es necesario que éste pueda verse como la realización del riesgo inherente a la conducta del sujeto activo, por lo que debe concurrir una específica relación de riesgos entre la conducta desaprobada del autor y el resultado producido. No concurre la imputación objetiva de un resultado cuando, pese a haber sido causado por una conducta que creó un riesgo típicamente relevante, no supone la realización de este riesgo, sino de otro factor, es decir, cuando el resultado no es su consecuencia específica. Los supuestos que en este ámbito han de analizarse son: *La evitabilidad ex post del resultado (conducta alternativa adecuada a Derecho), el criterio del incremento del riesgo, la autopuesta en peligro y el fin de protección de la norma.*

45. Pese a las renuencias de parte de la doctrina y de la FGE, es posible sostener que siendo el delito de lesiones un *delito de resultado y de lesión*, cuando concurre un resultado lesivo de los señalados en el art. 617.1, pero también las circunstancias

señaladas en el art. 148 del CPes, el juez debe relacionar esta última disposición con los arts. 62 y 70, considerando la conducta como constitutiva del art. 148, en grado de tentativa acabada o inacabada. También deben sancionarse como tentativa de lesiones agravadas del art. 148, aquellas conductas que pese a llevarse a cabo en las circunstancias referidas en tal disposición, no consiguen resultado lesivo alguno, por ejemplo, a consecuencia de la impericia del sujeto activo.

46. No obstante la opinión discordante de parte de la doctrina, el delito de lesiones es un *delito de dominio*, toda vez, que la conducta típica que lesiona el bien jurídico penal de la salud individual, no requiere un quebrantamiento de un deber jurídico extrapenal. Su conceptualización nada tiene que ver con los delitos de propia mano, concepto del cual podrían concluirse ciertas restricciones en materia de autoría y participación. Siendo el delito de lesiones un delito de dominio, no hay razón alguna para excluir la categoría jurídico-penal de la *autoría mediata* y, del mismo modo, cabe perfectamente en el delito de lesiones la posibilidad de apreciar la coautoría.

47. No es posible desconocer que en España la actual regulación del delito de lesiones sigue centrando su atención en el desvalor de resultado, aun cuando ello se ha intentado equilibrar con la eliminación de la referencia a los días que las lesiones tardan en sanar y a los medios determinados de comisión, y con la incorporación de disposiciones que consideran en mayor medida el desvalor de acto, tales como el art. 147.2 y el art. 148. A fin de remediar tal situación resulta imprescindible que los tipos penales relativos al delito de lesiones sean interpretados por la jurisprudencia a la luz del *principio de culpabilidad* contemplado en los arts. 5 y 10 del CPes, acorde con el cual, debería prevalecer la *prohibición de responsabilidad objetiva por el resultado* y de los *delitos calificados por el resultado*.

48. Tanto en el tipo básico (art. 147) como en los tipos cualificados de lesiones (arts. 148, 149 y 150) se tipifican conductas dolosas, llevadas a cabo con dolo directo o con dolo eventual. El tipo doloso requiere que el autor realice una conducta voluntaria, con el conocimiento *ex ante* de que su comportamiento es portador de un peligro idóneo para lesionar el bien jurídico de la salud individual de otra persona con una cierta intensidad. Por lo tanto, el dolo debe abarcar el conocimiento *ex ante* de la idoneidad de la conducta típica comisiva u omisiva, para producir el resultado lesivo para el bien jurídico de la salud individual de otra persona.

49. En el delito de lesiones, el dolo comprende la conciencia de la concurrencia de los *elementos objetivos descriptivos y normativos* de la conducta típicamente relevante, idónea para provocar el resultado lesivo para el bien jurídico de la salud individual, pese a lo cual el sujeto tiene la voluntad de efectuar dicho comportamiento. El *elemento intelectual* del dolo se concreta en el conocimiento de los *elementos objetivos descriptivos y normativos* del tipo. En cuanto a los *elementos descriptivos*, al momento de iniciarse la conducta típica, el sujeto activo deberá saber que ante sí tiene una persona con vida humana independiente, que en sus manos tiene un *medio* idóneo para provocar una lesión en la salud física o mental del afectado, que *ex ante* su conducta constituye un riesgo típicamente relevante y la *entidad* del peligro ínsito en ella, que haga prever una lesión de una cierta entidad, aun cuando sea más o menos incierta. El dolo sólo exige el conocimiento del peligro inherente a su conducta típica, más no el del resultado naturalístico, toda vez que como éste aun no se ha producido no es posible determinarlo *ex ante* con exactitud, sino tan solo prever que la posible gravedad de la lesión sea más o menos proporcional a la entidad del riesgo creado, ya que en la mayoría de los casos el resultado depende de múltiples factores, muchos de ellos independientes a la voluntad del sujeto activo y por tanto no imputables a su

comportamiento. La posible gravedad del resultado es en cierta medida indeterminada y bastante azarosa en la mayoría de los casos. La exigencia de mayor concreción a lo único que da lugar es a las vías de las presunciones de dolo, enderezadas, en ocasiones, con la inversión de la carga de la prueba. En cuanto al conocimiento de los *elementos normativos*, no se puede exigir que el dolo abarque la cualidad del resultado consistente en la necesidad de una primera asistencia facultativa en el caso de la falta de lesiones, y además de un tratamiento médico o quirúrgico para la sanidad de la lesión, en el caso del delito de lesiones, toda vez que ello requeriría la precisión de un especialista en medicina, lo que no es real. Los *elementos normativos* en el delito de lesiones, si bien apunta al resultado naturalístico, deben ser interpretados teleológicamente como la necesidad de que el resultado considerado desde una perspectiva *ex post*, sea de una cierta gravedad proporcional al riesgo creado por la conducta típica, valorada *ex ante*, toda vez que es el riesgo inherente a la conducta y no el resultado, lo que el autor está en posición de conocer y de controlar al momento de llevarla a cabo.

50. Para poder imputar subjetivamente responsabilidad penal al autor del hecho, a título de dolo, la gravedad del resultado lesivo *ex post* debe ser proporcional a la entidad del peligro concreto *ex ante* generado por la conducta típica y que dicho peligro fuera conocido por el autor. La necesidad de asistencia médica o facultativa o de un tratamiento médico o quirúrgico, son conceptos normativos que pretenden significar la necesidad de que el resultado tenga una cierta gravedad para poder calificar los hechos como falta o como delito de lesiones, esto es, se refieren a una cualidad del resultado de menoscabo y no a un suceso que deba efectivamente tener lugar, razón por la cual no cabe sostener que existe un delito doloso por el solo hecho de que el tratamiento haya tenido lugar, planteamiento que implicaría sostener una especie de *responsabilidad objetiva* contraria a lo dispuesto en los arts. 5 y 10 del CPes. La imputación a título de dolo del tipo básico o de los tipos cualificados sólo debiera ser posible en la medida en que el Tribunal llegue al convencimiento de que realmente la conducta típicamente relevante, llevada a cabo *ex ante* con pleno conocimiento del autor, era portadora de un peligro idóneo y proporcional para producir el resultado previsto en cada tipo penal, de lo contrario, sólo podría existir imprudencia si se dan los requisitos. Si el resultado naturalístico sobrepasa el peligro previsto en abstracto por el autor, estaremos ante un error de evitación de su parte y, por lo tanto, ante un concurso ideal entre un delito doloso y uno imprudente. Por lo tanto, me opongo a que el delito de lesiones se considere que basta con la concurrencia de un dolo genérico.

51. En la consideración del *desvalor de acto*, existen factores de riesgo controlables *ex ante* que agravan o disminuyen el desvalor de la conducta y, que por lo tanto, son plenamente imputables al comportamiento del sujeto activo como: a) la mayor o menor fragilidad de la zona del cuerpo de la víctima hacia la cual iba dirigida la agresión; ya que evidentemente existen zonas del cuerpo más frágiles que otras; b) la especial fragilidad o fortaleza de la víctima conocida por el autor del hecho; c) La posición de la víctima en el momento de recibir la agresión, conocida *ex ante* por el autor; d) salvo casos de arrebató u obcecación que podrían estimarse en el ámbito de la culpabilidad, es el autor quien puede controlar la intensidad de ciertas formas de agresión.

52. El CPes de 1995, prevé expresamente la comisión imprudente en el delito de lesiones distinguiendo en base a la entidad, en imprudencia grave o leve. Para que las lesiones imprudentes sean constitutivas de *delito*, el resultado debe corresponder a los referidos en los arts. 147.1, 149 o 150, graduándose la pena según el resultado causado, el medio empleado (la utilización de vehículo a motor o ciclomotor, o la utilización de un arma de fuego), así como la modalidad de imprudencia cometida (si se trata de

imprudencia profesional). Además, respecto a la conducta, la imprudencia debe ser grave. Para que las lesiones provocadas por imprudencia sean constitutivas de *falta*, es necesario que el resultado esté previsto como delito en el art. 147.2, y la conducta fuere constitutivo de imprudencia grave (art. 621.1), o bien, que el resultado está previsto como delito en los arts. 147.1, 149 o 150 y, respecto de la conducta, la imprudencia sea leve (art. 621.3), sin distinguir, a efectos de penalidad, entre los distintos supuestos, salvo respecto de aquellas conductas llevadas a cabo utilizando un vehículo a motor o ciclomotor o un arma, caso en el cual el tribunal puede imponer una sanción especial de privación de derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotor o bien, a la tenencia y porte de armas, respectivamente.

53. Si el resultado de lesiones no precisa de tratamiento, la conducta imprudente no es punible. Escapan de la esfera penal no sólo las lesiones cometidas por imprudencia leve constitutivas de falta, sino también las cometidas por imprudencia leve constitutivas de delito si éstas, a juicio del Juez o Tribunal, fueren de menor gravedad, atendido el medio empleado o el resultado producido.

54. En los casos en los que una conducta dolosa inicial de lesionar vaya acompañada de un resultado de lesiones más grave que el previsto derivado de una conducta imprudente, la solución correcta es aplicar la técnica del concurso ideal entre la conducta dolosa inicial (fuerte golpe de puño en la cara) y la lesión realmente producida por imprudencia (pérdida de un ojo, por ejemplo), que deberá resolverse conforme a lo dispuesto en el art. 77 del CPes.

55. Para que el resultado producido pueda imputarse a título de imprudencia, puede concurrir *imprudencia consciente*, la cual requiere que el autor pese a reconocer el peligro, en abstracto, inherente a su conducta, actúa creyendo erróneamente, que puede evitar la producción del resultado; o bien, la *imprudencia inconsciente*, en virtud de la cual el autor desconoce la efectiva peligrosidad, en abstracto, de su conducta, razón por la cual, ni siquiera prevé la posibilidad de un eventual resultado lesivo, debiendo haberlo hecho.

56. Cuando el resultado cualificante se produce como consecuencia del empleo de los medios previstos en el art. 148.1 es más fácil imputarlo a título de dolo, en la medida en que el sujeto sea consciente de su peligrosidad. Igualmente, para aplicar la cualificación del art. 148.3 se requiere que el sujeto sepa que la víctima es menor de doce años o incapaz.

57. Cuando el medio empleado para golpear dolosamente el rostro de la víctima, son las manos y el resultado lesivo es la pérdida completa de la visión de uno de los ojos, siendo el tipo del art. 149.1 un delito doloso, es necesario para que concurra el elemento cognitivo del dolo que el conocimiento abarque no sólo la idoneidad de la conducta para poner en riesgo el bien jurídico de la salud individual, sino también la entidad del peligro, de manera que sea previsible una lesión proporcional al riesgo generado. Si el autor olvida que, por ejemplo, en sus manos llevaba el anillo que siempre lleva consigo, estaríamos ante la concurrencia de un delito doloso, consistente en agredir a otro en el rostro con las manos, en concurso ideal con un delito imprudente, derivado de la infracción de una norma de cuidado, consistente en no haber previsto debiendo hacerlo, que en sus manos llevaba un elemento idóneo para provocar el resultado lesivo más grave que aquel que en principio pensó.

58. Los supuestos en los que, concurre un dolo homicida, pero únicamente se lesiona, dan lugar a una tentativa de homicidio. Si se trata de un homicidio que queda sin consumar por el *desistimiento* o porque el propio autor impide la producción del

resultado, quedando el sujeto lesionado, el art. 16.1 del CPes, dispone la impunidad del homicidio, pero, de acuerdo con la teoría de la unidad, el hecho se castigará a título de lesiones, porque el dolo de matar comprende el de lesionar, por lo que concurrirán tanto los elementos objetivos como los subjetivos del delito de lesiones; previsión que se extiende a los partícipes (art. 16.2). El dolo de matar y el dolo de lesionar, aunque diferentes, pueden coincidir en los medios elegidos, que pueden ser idóneos para uno u otro resultado. Además, Cuando se lleva a cabo una conducta homicida, se puede prever un resultado de lesiones, respecto del cual existirá por lo menos dolo eventual, e incluso esas lesiones pueden ser el paso obligado para causar la muerte, lo cual demuestra que el elemento fundante del dolo es el conocimiento y no el querer. Conforme al criterio de alternatividad, propio de los concursos aparentes de leyes penales, puede castigarse por delito de lesiones en caso de tentativa de homicidio, cuando las lesiones producidas tengan mayor pena que la que corresponde al homicidio intentado, debiendo, en consecuencia, aplicarse lo dispuesto en el art. 8.4. Así podría ocurrir, por ejemplo, si a raíz de la conducta homicida, la víctima pierde, por ejemplo, un órgano o miembro principal, lesión encuadrable en el art. 149 del CPes, que podría conllevar una pena superior a la que podría corresponder a una tentativa de homicidio. Cuando existiendo un dolo de lesionar se causa la muerte de la víctima estamos ante un concurso ideal de delitos que se resuelve conforme a lo dispuesto en el art. 77, siempre y cuando concurren respecto del resultado fatal los requisitos del delito imprudente.

59. La responsabilidad del médico puede producir sus efectos en el campo del Derecho administrativo, como en el Derecho civil o en el ámbito del DP. En el ámbito del DP, la responsabilidad puede ser dolosa o imprudente, por acción o por omisión. La responsabilidad médico-sanitaria, a título de *dolo*, supone la agresión consciente del bien jurídico de la salud individual de una persona, con los mismos requisitos que cualquier ciudadano. Su concurrencia no es descartable, sobre todo en el ámbito del dolo eventual. La imputación subjetiva a título de dolo directo es posible cuando el médico consciente y deliberadamente deja de prestar asistencia, a su propio paciente y por ello éste fallece o sufre consecuencias en su salud. En este último caso la responsabilidad será en *comisión por omisión* y requiere que concorra la posición de garante. La actividad médico-sanitaria, se acepta siempre y cuando el peligro inherente se mantenga dentro de los límites tolerados por el ordenamiento jurídico. El personal sanitario actuará dentro del ámbito del riesgo permitido, mientras cumpla las medidas de cuidado consustanciales a la actividad que desarrolla, de lo contrario, como *responsable normativo*, deberá responder por *comisión por omisión*, en virtud del incremento del riesgo, si se produce un resultado lesivo. Para que concorra la *comisión por omisión*, además de la posición de garante, es preciso que el autor *hubiese podido evitar el resultado*, de haber realizado la conducta debida, lo cual no ocurre en los casos de inevitabilidad. Además, se requiere la equivalencia estructural con la comisión activa, conforme a lo referido en el art. 11 del CPes.

60. El médico asume una *obligación de medios*, consistente en intentar la curación o mejora del padecimiento, poniendo todos los recursos de que dispone para garantizar la corrección del tratamiento y la paliación del sufrimiento que ocasiona la dolencia. Sin embargo, no está obligado a realizar intervenciones que, aunque solicitadas por el paciente, no están indicadas por la *lex artis*. El especialista que ha asumido el tratamiento no responde de otras patologías que aparezcan o se descubren durante el tratamiento. La posición de garantía se extiende a los actos que directa o indirectamente forman parte del tratamiento. El médico no puede exonerarse de la suerte que pueda correr el paciente por la actuación de otros profesionales a los que, por razones de

división del trabajo, se remite o que realizan tareas delegadas por él. El médico es responsable si no dispensa al enfermo los medicamentos que aliviarían o eliminarían su sufrimiento, lo que es relevante respecto de la salud psíquica del paciente.

61. La responsabilidad por imprudencia médica supone que el médico contraviene las pautas de la *lex artis*, ya sea por descuido o dejadez mermando con ello sus capacidades, ya sea, por efecto de la rutina, cansancio, falta de concentración, confianza en la actuación de otros, sobrevaloración de sus capacidades, falta de los conocimientos o de la capacidad necesarios para actuar, o bien, por la no aplicación de sus conocimientos y habilidades, cuando se poseen. Ello se traduce en la infracción de un deber objetivo de cuidado, impuesto por una regla general, que debe dar lugar a un resultado lesivo constitutivo de lesiones, ligado a la conducta imprudente por un vínculo de causalidad y de imputación objetiva.

62. La imprudencia médica se relaciona con el concepto de *imprudencia del profesional* inserta en el ámbito de la imprudencia grave, que tiene un sentido agravatorio, al contemplar una pena adicional a la de prisión, consistente en la *inhabilitación especial* para el ejercicio de profesión, oficio o cargo. Dicha regla tiene aplicación en el delito de lesiones (152.3). La imprudencia médica como imprudencia profesional es un *delito especial impropio*, esto es, de aquellos que requieren la constatación de determinadas características en el autor para afirmar la tipicidad del comportamiento (imprudencia profesional), que de no concurrir en el sujeto, obligaría a acudir a otro precepto, más genérico, para sancionarlo (imprudencia grave común).

63. La actividad médico sanitaria abarca a los médicos, personal sanitario como ATS, técnico podólogo, enfermero, etc. La imprudencia médica profesional únicamente puede ser cometida por aquellos que se encuentren habilitados para el ejercicio de la medicina o de la profesión sanitaria de que se trate, conforme a la normativa aplicable a cada actividad profesional. Si el autor de un resultado lesivo, mediante la realización de actividades médicas, no contaba con el título académico necesario, cometerá un delito imprudente genérico, además de la imputación penal por un delito doloso de intrusismo.

64. La imprudencia médica supone la *infracción de una norma de cuidado*, concepto que abarca todas las posibles conductas capaces de crear un riesgo de lesión no permitido para la salud del paciente, en razón de la previsibilidad *ex ante* del resultado lesivo. La *norma de cuidado* emana de los tipos penales de la parte especial (Art. 152.3; 142.3; 146 párrafo segundo; 158 párrafo segundo, etc.). Para determinar si se ha infringido un *deber objetivo de cuidado* en el caso concreto, hay que determinar la *regla general de cuidado* aplicable al caso, que son aquellas que permiten al juez fijar la concreta norma de conducta que debía respetar el médico o personal sanitario en las circunstancias del caso concreto, para cumplir con el *objetivo deber de cuidado*, de manera de verificar su cumplimiento, luego de compararla con el comportamiento efectivamente realizado por el sujeto. Las reglas generales de cuidado pueden provenir de un reglamento o de los usos sociales existentes en ámbitos del tráfico exentos de reglamentación. El *cuidado objetivo*, determinable en atención a las circunstancias concurrentes y a los conocimientos y capacidades del autor concreto, puede consistir en actuar de una forma determinada, adquirir unos conocimientos previos o actualizar los ya existentes, o bien no actuar cuando no se cuenta con dichos conocimientos o con la capacidad exigida por el cuidado debido. La infracción de la norma de cuidado, el deber objetivo y el deber subjetivo de cuidado se encuentran íntimamente relacionados. Las *reglas generales de cuidado* pueden provenir de ámbitos de la vida social regulados por el ordenamiento jurídico, caso en el que su determinación es menos dificultosa y en donde la actividad peligrosa se encuentra regulada mediante preceptos extrapenales que

contemplan las *reglas generales de cuidado* que deben respetarse en cada sector para minimizar los riesgos que le son inherentes. También pueden provenir de actividades, con normas más o menos formalizadas, pero no jurídicamente reguladas, como sucede con las *reglamentaciones* creadas por asociaciones o consorcios para ordenar determinadas actividades. En el terreno médico, las normas que conforman el contenido propio de la *lex artis*, son las reglas de carácter técnico que rigen la profesión y que sirven para determinar el cuidado exigible en la actividad sanitaria.

65. 7. Debe entenderse por *lex artis médica* las reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos, que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico-sanitaria. Dicho concepto es necesariamente un tanto ambiguo eminentemente dinámico y sometido a un constante proceso de evolución y cambio. No es posible establecer legalmente *reglas generales de cuidado* que determinen estándares objetivos de cuidado en la actividad médico quirúrgica, por el continuo desarrollo científico que impide mantener su vigencia, de modo que cualquier norma jurídica quedaría rápidamente obsoleta y porque sería necesario una enciclopedia que no podría contemplar todos los supuestos, ya que es imposible condensar los conocimientos médicos en preceptos legales. Además, las circunstancias que influyen en la determinación del deber objetivo de cuidado en cada caso concreto son innumerables. El ordenamiento debe confiar en los estándares técnicos o en la opinión mayoritaria de los especialistas del ramo. Dichas reglas se aceptan para casos similares, pero han de ajustarse a las circunstancias especiales del caso concreto, deben ser valoradas *ex ante* y en buena medida dependen del juicio que realicen los peritos. Sin embargo, en la actualidad hay una progresiva protocolización de los procedimientos de médicos y del personal sanitario, con el fin de fijar directrices o recomendaciones que un grupo de expertos o especialistas establecen para orientar la labor profesional y para mejorar la calidad y eficacia de la *praxis* médica y de la actuación sanitaria, pero el cumplimiento de protocolos no excluye la infracción de deberes jurídico-penales de conducta ni la sanción penal por imprudencia, ya que al momento de analizar los hechos el protocolo puede estar obsoleto. Sin embargo, la infracción de un protocolo puede constituir un *indicio* de la infracción de un deber objetivo de cuidado. La excepción se da cuando el tipo penal incorpore como elemento integrante de la conducta delictiva la vulneración de normas administrativas (leyes penales en blanco). En tal caso, la adecuación al estándar administrativo tiene un efecto de bloqueo de la tipicidad, porque se confiere a la Administración, la facultad de establecer espacios de riesgo jurídico-penalmente permitidos, omitiendo el dictado de la correspondiente regulación.

66. Las reglas de la *lex artis* deben interpretarse con flexibilidad, admitiendo una terapia heterodoxa o *medicinas alternativas* siempre que *no sobrepase la regla de la proporcionalidad* de forma que, aunque no se trate del tratamiento tradicionalmente indicado, sea un *tratamiento razonable* tanto en sus *motivos* como en su *ejecución*. En virtud del derecho del paciente a la *libertad de terapia*, éste puede elegir con libertad y con toda la información necesaria, entre las terapias disponibles, con las solas limitaciones que afectan al bien general. En cada actuación médica influyen muchas circunstancias que deben considerarse para determinar la *lex artis* aplicable al caso concreto, por lo que se sostiene que existe *para cada acto, una ley*, o una *lex artis ad hoc*, es decir, un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico, confeccionado teniendo en cuenta las características especiales de la profesión.

67. Son *deberes mínimos* del médico para cumplir con las reglas de la *lex artis*, la obligación de perfeccionarse y de actualizar sus conocimientos, realizar pruebas para un

mejor diagnóstico, observar la evolución del enfermo, prever los efectos secundarios o contraindicaciones de los fármacos que prescribe, estudiar las condiciones orgánicas del paciente, comunicarle con prudencia su diagnóstico en caso de enfermedades graves, remitirle a otros especialistas cuando el tratamiento lo aconseje, comunicar las instrucciones oportunas a sus colaboradores, o ponderar *los pros y contras* de la terapia que va a aconsejar al paciente; cumplir con la libertad de terapia y con el deber de información.

68. La determinación de la infracción del deber de cuidado, debe valorarse de acuerdo a un baremo individual, consistente en la *teoría de los poderes individuales*, conforme con la cual el ordenamiento exige más a quien posee una capacidad de rendimiento superior a la del participante habitual en el tráfico *jurídico*, de modo que si se causa un resultado por no emplear, el médico sus especiales aptitudes, podrá ser castigado por imprudencia. Quien está por debajo de la capacidad de rendimiento medio, y a consecuencia de ello produce un resultado *típico*, no actúa antijurídicamente; pero, si su capacidad era suficiente para advertir su propia incapacidad, su provocación culpable por emprendimiento o asunción conduciría a la punición por imprudencia. Así, el comportamiento del cirujano avezado deberá guiarse por las pautas prefijadas en el terreno profesional para llevar a cabo una delicada y riesgosa operación, en cambio, la *regla general de cuidado* obligará al médico inexperto a abstenerse de intervenir en éste ámbito de riesgo por no contar con la preparación adecuada para ello.

69. El *error en el diagnóstico no conduce a responsabilidad penal, salvo que se trate de un error inexcusable, pero no si se mantiene dentro de lo tolerable*. Según el art. 14 del CPes, el error excusable no da lugar a responsabilidad, en cambio el error vencible, es susceptible de generarla, cuando está prevista en la ley (art. 12 del CPes), como sucede con los delitos contra la salud individual. Es posible hacer responsable al médico por errores vencibles en el diagnóstico, ya sea que ello se traduzca en el no diagnóstico de la enfermedad, lo que alterada su *salud física*, como cuando se diagnostica una enfermedad que el paciente no padece, lo que daña su *salud psíquica*.

70. Desde el punto de vista subjetivo, es necesario que el peligro sea cognoscible por el sujeto. Si el resultado era *ex ante previsible individualmente*, a partir de la conducta realizada, surge el deber de obrar con la diligencia suficiente para evitar que el riesgo degenera en daño. El deber subjetivo delimita el contenido del deber objetivo de cuidado, al mismo tiempo que no puede determinarse el deber subjetivo de cuidado sin atender al peligro objetivo concurrente. Esta interrelación implica la necesidad de acudir a un concepto de *previsibilidad individual* y, por tanto, a una valoración normativa, objetiva-subjetiva, es decir, individual. La concreción del cuidado exigible a alguien que se halla inmerso en una situación determinada, solo puede lograrse definiendo con carácter previo el espectro de consecuencias previsibles de la conducta u omisión realizadas.

71. El resultado no será imputable a imprudencia, cuando acaece de manera *imprevisible*, pero dado los habituales riesgos de la praxis médico-sanitaria, son múltiples las conductas que, pese a que su realización haga previsible la producción de un resultado lesivo, no constituyen infracción del deber objetivo de cuidado, sino que, en una ponderación global de costes y beneficios, se hallan amparadas por la referida figura del *riesgo permitido*, toda vez que la obligación del médico es de medios. Cuanto más aprecie la sociedad la utilidad de la médico-sanitaria y más necesaria sea la realización del acto médico, mayores serán los riesgos que se estarán dispuestos a aceptar. Los niveles de permisividad de un riesgo dependen del avance tecnológico y

del estado de la ciencia. El concepto de riesgo permitido sirve para valorar si ha existido una infracción al deber de cuidado.

72. Verificado el vínculo de causalidad resulta necesario comprobar el presupuesto de imputación, para continuar con la prueba de la relación de riesgo. En virtud de la imputación objetiva, será preciso establecer si la infracción de la norma general de cuidado, ha generado un riesgo no permitido y, si el resultado supone la concreción del mismo. Es importante comenzar por el examen del desvalor de acto, representado por la *infracción de la norma de cuidado*, constitutiva de la imprudencia, cuestión que debe valorarse *ex ante*, en base al comportamiento y no por el resultado como lo suele hacer la jurisprudencia.

73. La atipicidad de las lesiones deportivas ha pretendido ser explicada por diversas teorías, sin embargo no parece ser adecuado sostener la existencia de un solo criterio de solución que excluya a los demás y que pueda resolver por sí solo todos los casos. El deporte procura promover hábitos que favorecen la salud y valores como la integración social, la solidaridad y el trabajo en equipo en el caso de los deportes colectivos, etc., pero supone riesgos para la salud e incluso para la vida. Al respecto hay que considerar que el deporte es una actividad compleja que agrupa variadas disciplinas, cada una con sus propias reglas, características y sobre todo, con distintos niveles de riesgos para la salud individual, por lo que la solución no dependerá de un criterio específico, sino de las características de la disciplina de que se trate y sobre todo de las circunstancias del caso concreto en las cuales se desarrolle la actividad, así como de la modalidad de la agresión o el cumplimiento o incumplimiento de las reglas del juego, por lo que en algunas veces habrá que acudir al criterio del consentimiento, en otras a la adecuación social o en otras situaciones deberá primar el criterio del riesgo permitido.

74. Los deportes pueden clasificarse en atención al grado de violencia que implican en: a) aquellos que *no suponen una lucha directa contra el adversario*, los cuales no implican la posibilidad normal de lesiones o de golpes entre los competidores, aun cuando ello no se pueda descartar, b) los que pese a *involucrar una lucha con un rival, se caracterizan por el uso de la destreza y la exclusión del uso de la violencia*, en los cuales, sólo por un accidente desgraciado, puede acaecer un resultado lesivo para la salud de los jugadores, c) los que están orientados a causar lesiones, en los que se plantean problemas respecto al consentimiento, ya que, quien acepta participar en un juego peligroso, actúa en riesgo propio y consiente por ello de las lesiones que de allí puedan surgir, y d) los que se caracterizan por una lucha entre contrarios, en los cuales los ataques corporales no son el objetivo primordial del juego, pero resultan inevitables en una lucha cuerpo a cuerpo, razón por la cual, los golpes y heridas aparecen como una consecuencia normal de sus reglas y métodos y, por lo tanto, la eventualidad de un accidente es tan normal que todo aquel que lo acepta lo sabe, de manera que los reglamentos se ocupan con frecuencia del caso en que un jugador quede herido y contemplan la posibilidad de reemplazarlos a fin de impedir que el juego se interrumpa, cuando se trata de deportes colectivos llevados a cabo de manera profesional o amateur federada.

75. En las lesiones deportivas nos encontramos ante un problema de tipicidad y no de justificación, toda vez que el tipo cumple la función de seleccionar los *comportamientos penalmente relevantes por su especial gravedad, y debe, por lo tanto, limitarse a describir lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos de cierta importancia tanto por el valor del bien lesionado o por la proximidad de su puesta en peligro, como por la forma en que se efectúan*. Ya sea por su escasa gravedad o por la valoración social del contexto en que se producen, las actividades socialmente adecuadas, como el deporte,

no realizan ningún tipo. Sin perjuicio de lo anterior, no procede hablar de atipicidad, respecto de lesiones intencionales de bienes jurídicos llevados a cabo bajo la apariencia de una supuesta adecuación social. Así, por ejemplo, no caben en este criterio, las agresiones que, aunque producidas durante el transcurso de un partido de fútbol, nada tienen que ver con el desarrollo mismo de la actividad. En estos casos tendremos una conducta típica y antijurídica constitutiva del delito de lesiones, a lo sumo, atenuada por la circunstancia minorante consignada en el art. 21. 3, en el caso de que concurran sus requisitos.

76. No toda conducta dolosa o imprudente es típica. En la vida social hay *actividades peligrosas o lesivas que por su utilidad social se consideran lícitas como ocurre en el caso de los deportes como el fútbol*, en donde la *adecuación social*, opera como criterio a nivel del *presupuesto de imputación*, excluyendo de la tipicidad de comportamientos socialmente adecuados, a través de una interpretación teleológica que restringe el alcance literal de los tipos penales de la parte especial, teniendo por impunes, hechos que de otro modo, aparecerían como típicos. Ello se funda en que en un DP democrático, es necesario evitar contradicciones entre las valoraciones jurídicas y las sociales. En los llamados *deportes extremos o de aventura* que se caracterizan por el alto nivel de riesgo inherente a la actividad, siendo el sujeto informado previamente y de manera adecuada sobre los niveles de riesgo que comporta la actividad y habiendo consentido en llevarla a cabo, asume el peligro de que se produzca el resultado lesivo para la salud individual o incluso la vida, razón por la cual, estaríamos en presencia de un caso de *autopuesta en riesgo de la víctima*.

77. La violencia de género y doméstica es un problema cultural y social que afecta a todas las sociedades, sin embargo, sólo algunas han decidido considerarla un mal intolerable que debe ser tratado como una cuestión de orden público. No se puede negar que ello ha traído aspectos positivos como la sensibilización de la sociedad respecto de un problema real y hasta hace poco escondido e impune.

78. La presión social ha incidido en la adopción de medidas tales como: a) la creación de instancias especializadas encargadas de perseguir y castigar los hechos constitutivos de violencia de género y doméstica; b) la *agravación sistemática de las penas* cuando el hecho se comete en este contexto; c) la *creación de nuevas penas y medidas de protección* a favor de la víctima, orientadas a la disuasión y prevención de agresiones, así como la adaptación de su ejecución a tales necesidades; d) *medidas educativas* o de formación; e) *medidas asistenciales*, como la creación de centros terapéuticos que otorguen tratamiento psiquiátrico o psicológico a las víctimas; y f) *medidas sociales*. Lo anterior ha implicado aspectos negativos tales como la proliferación de acusaciones falsas, el abuso en la imposición de medidas de alejamiento y de la prisión preventiva, así como la desproporción entre la pena prevista e impuesta y el desvalor del hecho. Aun cuando el legislador pretendió dar un tratamiento más severo ha estos supuestos, considerando como insuficientes los tipos clásicos que castigan el uso de la violencia, muchas veces la calificación jurídica conforme a las figuras penales creadas, termina siendo más benévola que si se aplicaran los tipos penales clásicos.

79. A mi juicio la mayor aplicación de los nuevos tipos penales sobre violencia de género y doméstica, se debe tanto a la creación y dotación de un soporte material y técnico para afrontar desde un punto de vista multidisciplinario el problema y perseguir y castigar estos supuestos, como a la creación de conciencia social sobre la gravedad del tema, por los medios de prensa, lo que ha motivado un notorio cambio de actitud.

80. En mi opinión, un tratamiento adecuado de la violencia de género y doméstica debería considerar la creación de medidas de protección, educacionales, sociales y asistenciales, así como el establecimiento de un soporte material y técnico especializado para perseguir y castigar esta clase de conductas a través de los *tipos penales clásicos*, como los relativos a los delitos de lesiones, homicidio, amenazas, coacciones, etc., y mediante la aplicación de las circunstancias modificatorias generales. Una adecuada interpretación del DP nuclear, que entre otras cosas, reconociera la posibilidad de tentativa de lesiones y de instituciones como la autoría mediata y que le otorgara el valor que le corresponde a las lesiones psicológicas, permitiría soluciones más condignas con los principios de seguridad jurídica, legalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, in dubio pro reo y derecho a defensa. Ello evitaría la proliferación de tipos penales de nuevo cuño, con bienes jurídicos de difícil determinación y cuestionable justificación, que conducen a enmarañadas soluciones concursales con efectos penológicos reñidos con el principio de proporcionalidad. Además, la aplicación de los delitos tradicionales toma en consideración la verdadera gravedad jurídico-penal de esta modalidad de violencia, siendo estos tipos penales de aplicación más fácil para los operadores jurídicos cuyo contenido, interpretación y significado se conoce, por existir abundante jurisprudencia y doctrina al respecto. Además, conllevan la posibilidad de dictar prisión preventiva cuando la gravedad del hecho lo requiere por el riesgo de reiteración. De otro lado, los delitos clásicos son perseguibles de oficio y, por lo tanto, no es necesaria denuncia, ni habitualidad.

81. En materia concursal resulta de vital importancia distinguir aquellas situaciones en las cuales estamos en presencia de un concurso de delitos y cuando en presencia de un concurso de leyes penales. Los concursos de delitos pueden producirse entre los distintos delitos de lesiones, debiendo en dicho caso tomarse en consideración el dolo del sujeto activo y considerando luego el resultado efectivamente producido, sin olvidar la aplicación del principio de culpabilidad. En muchas ocasiones las lesiones concurren con otros delitos regulados en el CPes. Con carácter general se establece la apreciación del concurso de leyes por especialidad en detrimento de las figuras genéricas de lesiones cuando el menoscabo a la salud concurre en personas con protección autónoma en otros tipos. Si hay pluralidad de víctimas, y la conducta única fue llevada a cabo de manera dolosa, habrá tantos delitos como víctimas, pero si la única conducta fue llevada a cabo de manera imprudente, pero resultaron lesionadas varias personas, podría apreciarse la solución de un concurso ideal de delitos. De manera general, podemos afirmar que se descarta, dada la naturaleza eminentemente personal del bien jurídico protegido, la apreciación del delito continuado.

82. En suma, los principales reparos que cabe formular frente a la regulación del delito de lesiones en el CPes y a la interpretación jurisprudencial y doctrinaria son los siguientes: a) El concepto de lesión contenido en el CPes de 1995, da a entender que en el delito de lesiones los bienes jurídicos serían la integridad corporal y la salud física o mental de la persona, aun cuando la integridad corporal no es sino un bien jurídico funcional de la salud individual. b) La expresión “por cualquier medio o procedimiento”, puede ser interpretada como restricción de la comisión por omisión, por cuanto es difícil imaginar que un sujeto no actúe pero a la vez utilice medios o procedimientos que causen lesión. Es preferible la supresión de toda alusión a los medios comisivos bastando con el señalamiento del resultado lesivo. c) subsiste un excesivo casuismo reflejado sobre todo en las figuras calificadas de los arts. 149 y 150 del CPes, técnica legislativa que de no interpretarse en consonancia con el principio de culpabilidad, se aproxima seriamente a los delitos calificados por el resultado y al

versari in re illicita. Lo anterior, conlleva el defecto de terminar sancionando como falta, conductas que dolosamente buscaban alguno de los resultados referidos en estas normas, por el hecho de que el resultado necesito únicamente de una primera asistencia médica facultativa para su sanidad, cuando en realidad podríamos estar en presencia de una tentativa de lesiones cualificadas que lograra captar en mejor medida el completo desvalor de la conducta, más allá del escaso resultado producido. Pese a la detallada redacción, surgen dudas respecto del tipo en el cual ha de considerarse la transmisión dolosa o imprudente de enfermedades como el VIH/SIDA. d) Niega efecto eximente al consentimiento del ofendido, concediéndole únicamente un efecto atenuante de responsabilidad penal. e) La errada interpretación jurisprudencial de los requisitos legales de tratamiento médico y asistencia facultativa y la concepción de los delitos de lesiones como “delitos calificados por el resultado”, pese a estar proscrita por el principio de culpabilidad prescrito en el CP de 1995, por ser expresión de una responsabilidad objetiva, ha llevado a parte de la doctrina y de la jurisprudencia y sobre todo en la FGE, a sostener que *no cabe castigar la tentativa de lesiones*, pese a tratarse de un delito de resultado material y a que atendiendo al lugar del cuerpo hacia donde se dirige la agresión, a los medios utilizados, a las circunstancias concomitantes, etc., es factible determinar la calificación concreta de la tentativa de lesiones adecuada a cada caso, con independencia de la gravedad del resultado efectivamente producido. Tales errores interpretativos se producen tanto por la redacción de los tipos de lesiones centrada en el resultado, como por la no consideración de manera adecuada de la gravedad de la conducta, desde una perspectiva *ex ante*. f) A pesar de que la distinción de los diferentes tipos de lesiones se realiza a partir de los conceptos tales como primera asistencia médica o facultativa, tratamiento médico quirúrgico, inutilización de miembro principal, grave deformidad o enfermedad grave o leve, etc., el legislador no entregó criterios legales que permitan evaluar de manera coherente y uniforme su concurrencia, lo cual además de no condecirse con el principio de legalidad, acarrea serios problemas si se considera la diferente penalidad y las distintas consecuencias jurídico-penales derivadas de cada uno de los delitos de lesiones. Lo anterior ha traído como consecuencia una jurisprudencia casuística y contradictoria. g) A pesar de que las lesiones psicológicas se encuentran previstas expresamente en el CPes, desde hace más de una década, la jurisprudencia no ha asumido como corresponde la naturaleza delictiva de estos supuestos, apreciándose una clara tendencia a minimizar sus consecuencias o a exigir que las mismas se deriven de un hecho que involucre necesariamente violencia física, exigencia que se aleja absolutamente del texto legal configurado como delito de medios abiertos. h) Asociado al problema del delito de lesiones se encuentran los tipos especiales creados en materia de violencia de género y doméstica, con bienes jurídicos de difícil determinación y cuestionable justificación, que conducen a enmarañadas soluciones concursales con efectos penológicos reñidos con el principio de proporcionalidad. A mi juicio dichos tipos penales deberían ser derogados, pasando dicho tema a ser regulado en su integridad por los tipos penales del DP nuclear como los relativos a los delitos de lesiones, homicidio, amenazas, coacciones, etc., y mediante la aplicación de las circunstancias modificatorias generales, complementando dicha solución, con la adopción de medidas de protección, educacionales, sociales y asistenciales. De no aceptarse esta solución al menos debería regularse esta materia en un solo tipo penal *subsidiario* de los delitos más graves a que pudiera dar lugar la conducta constitutiva de violencia doméstica o de género, lo cual impediría incurrir en problemas de proporcionalidad derivados de las soluciones concursales a que dan lugar los tipos penales relativos a la violencia doméstica y de género en el CPes.

83. Los principales reparos que cabe formular frente a la regulación del delito de lesiones menos graves en el CPch son los siguientes: a) No refiere cuál es el bien jurídico protegido, que a mi juicio es la salud individual física y psicológica. b) No define qué debe entenderse por lesión, con abierta infracción del principio de legalidad. c) Al establecer formas determinadas a través de las cuales debe cometerse el delito de lesiones simplemente graves, deben sancionarse como menos graves, aquellas en las que pese a concurrir el resultado descrito en el art. 397, no sean cometidas en las formas que establece la ley, lo que genera problemas de justicia cuando el resultado grave ha sido ocasionado por omisión o se trata de una enfermedad contagiosa transmitida dolosamente o imprudentemente mediante una relación sexual, o bien se trata de una enfermedad psíquica que se ha ocasionado dolosamente de otra forma. d) El límite entre las lesiones menos graves y simplemente graves se encuentra establecido de manera resultativa y con un excesivo casuismo, aproximándose seriamente a los delitos calificados por el resultado y al *versari in re illicita*, no tomando en cuenta el desvalor de acto. e) No permite sancionar las lesiones al feto. f) No considera el consentimiento del ofendido como eximente de responsabilidad penal. g) En cuanto al límite con la falta de lesiones, la redacción del art. 495 ha dado a entender a la jurisprudencia que la calificación jurídica de un hecho como lesiones menos graves o leves, corresponde privativamente hacerla al juez de fondo, según su apreciación y criterio, sin que sea posible revisar dicha decisión por la vía del recurso de casación en el fondo (hoy recurso de nulidad). h) El elemento valorativo de la *calidad de las personas*, que permite desplazar el tipo penal de la lesiones menos graves al de la falta del art. 494 N° 5 del CP, dice relación con situaciones en las cuales el menor injusto de las lesiones leves se fundaría en la mayor dignidad o jerarquía del sujeto activo del delito en relación con la víctima, conclusión absolutamente incompatible con un DP liberal propio de un Estado social y democrático de Derecho. Es, en consecuencia, abiertamente inconstitucional y anacrónico, motivo por el cual debería ser eliminado del CP. i) La pena asignada a las lesiones menos graves es incoherente y altamente criticable, por cuanto establece la posibilidad de sancionar con pena de multa una conducta que, de *lege ferenda*, merece una sanción mayor. Delitos de peligro concreto como las amenazas, y contra la propiedad como el hurto, tienen mayor pena que el tipo básico de lesiones. Si conforme a los fines de la prevención general, se quiere motivar al ciudadano a no realizar conductas riesgosas para determinados bienes jurídicos, la pena contenida en la ley ha de ser adecuada a la gravedad del delito.

84. El APCPCH de 2005 logra superar, con reparos, algunos de esos problemas: a) construye el delito de lesiones como un delito de resultado, quedando las vías de hecho o los simples maltratos sin resultados, excluidos de la penalidad a este título. b) No limita los medios a través de los cuales es posible cometer el delito de lesiones, pero contempló expresamente un tipo penal que sanciona tanto la omisión como la imprudencia, lo que no es necesario en el caso de la omisión, porque al sacar del tipo base la referencia a medios determinados por los cuales deben cometerse las lesiones, se soluciona la criticada disposición del art. 397 del actual CP, siendo esto suficiente para comprender la comisión por omisión. Además es perjudicial, porque podría dar a entender que la omisión impropia sólo se sancionará cuando se encuentre expresamente tipificada. c) Califica la figura básica por el peligro de la conducta desplegada, reflejado en el uso de armas u otros medios peligrosos. d) Contempla como tipo agravado, la transmisión de enfermedades graves o incurables como el VIH/SIDA, apuntando, en la dirección correcta, por cuanto resuelve el problema legislativamente, tipificando la transmisión de esta clase de enfermedades como lesiones calificadas. e) Eliminó las distinciones que se fundaban en la duración de la enfermedad o incapacidad producidas,

considerando como lesiones simplemente graves, las que producen una grave enfermedad o disminución de las facultades físicas o mentales del ofendido, que no sean de la magnitud de las lesiones gravísimas. f) Se mantuvo el sentido del actual art. 397 N° 1 como la más grave de las calificaciones de los delitos de lesiones, perfeccionando la descripción de los resultados actualmente considerados para esta agravación, y la incorporación de otros resultados que en el derecho comparado se consideran relevantes y que podrían entenderse excluidos de la regulación actual.

85. El APCPCH de 2005 deja sin resolver adecuadamente las siguientes situaciones: a) Alude a las lesiones corporales, por lo que parece ser que, a juicio del Foro Penal, el bien jurídico protegido es la integridad física, quedando de lado la esfera psíquica del ser humano, la cual puede ser claramente lesionada a través de conductas dolosas aptas para provocar enfermedades de ese tipo. b) No define qué se entiende por lesión, dejando entregada al juez la construcción del tipo, violando con ello el principio de determinación. c) Establece una agravación especial de la pena si las lesiones se perpetran con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, antes o en el acto de cometerlo, para facilitar su ejecución, o después de cometido, para favorecer su impunidad. Creo que basta con las normas generales sobre la determinación de la pena para cuantificar la misma, sin que sea necesario establecer disposiciones aisladas que pudieren dar lugar a penas desproporcionadas. d) No contempla la tipificación de las lesiones al feto. e) No le otorga efecto eximente al consentimiento válido, libre, espontáneo del ofendido. f) La definición propuesta bajo el epígrafe de *lesiones corporales*, excluye de las mismas la llamada “violencia psicológica”, que no se acompaña de un efectivo menoscabo corporal en la víctima. Siendo el bien jurídico protegido en el delito de lesiones la salud individual, tanto en su consideración física como psíquica, las enfermedades mentales no pueden quedar obviadas del concepto de lesión. g) Mantiene la pena alternativa asignada a las lesiones menos graves pudiendo sancionarse las mismas con pena de multa, aún cuando se trata de conductas que de *lege ferenda*, merecen una sanción mayor. Así mismo mantiene la pena privativa de la libertad en presidio menor en su grado mínimo, pena a todas luces baja en atención a la entidad del bien jurídico protegido.

86. Es urgente la necesidad de emprender una reforma legislativa del sistema de lesiones tanto en España como en Chile que solucione las situaciones descritas en los acápites anteriores, sobre las siguientes bases: a) es necesario determinar expresamente cuál es el bien jurídico protegido (en Chile no existe tal determinación). b) Tanto en España como en Chile debería establecerse como bien jurídico protegido a la salud individual física y mental. c) Definir claramente qué debe entenderse por lesión, relacionando dicho término con el bien jurídico protegido, el que debe comprender tanto la salud física como psíquica. Dicho término debe interpretarse por la doctrina y por la jurisprudencia de manera no meramente causal, sino que debe comprender además del análisis ontológico debe concurrir un análisis normativo, que debe realizarse conforme a los criterios de imputación objetiva (en Chile no existe un concepto de lesión). d) Los tipos de lesiones deben estructurarse de manera indeterminada, para lo cual basta con no aludir a los medios de comisión. Con ello no deberían quedar dudas respecto de la inclusión de los casos de comisión por omisión, así como las lesiones llevadas a cabo por cualquier medio *ex ante*, idóneo para lesionar la salud individual física o psíquica de la víctima. e) En Chile debería tipificarse en la *parte general* la comisión por omisión, dejando de lado la teoría de las fuentes formales de la posición de garante -las cuales si son consideradas en el art. 11 del CPes-, tomando en cambio como referencia, la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico, como lo

señala la teoría de las funciones, lo cual daría criterios certeros a la jurisprudencia. Dicha solución sería también recomendable para el CPes. f) Podría discutirse la posibilidad de contemplar la atenuación de la pena establecida para el delito de acción, en los supuestos de comisión por omisión, como lo hace, por lo demás, el parágrafo 13 del StGB, en aquellos casos en los cuales no se pueda equiparar el producir un resultado a realizar una conducta distinta de la obligada por la norma. g) Establecer el delito de lesiones como un delito de resultado, siendo por lo tanto, punible la tentativa y quedando únicamente relegado a la categoría de falta los malos tratos de obra, pudiendo en todo caso discutirse la posibilidad de considerar atípicos los maltratos de obra, en virtud del principio de fragmentariedad. h) En cuanto al *desvalor del resultado*, debiese eliminarse, del modelo chileno, el criterio consistente en el número de días de enfermedad o de incapacidad para el trabajo que las lesiones produjeran al ofendido, utilizado en el art. 397 N° 2 del CP, para diferenciar al tipo básico del agravado. i) establecer un tipo básico doloso con una pena que en Chile debería ser de presidio, que exija una lesión para la salud física o psíquica de la víctima, que requiera para su sanidad asistencia médica o facultativa. Sin embargo, el elemento asistencia médica o facultativa, como elemento valorativo, debería ser dotado de criterios legislativos, que lo llenen de contenido, solución más condigna con el principio de legalidad, que permite orientar la jurisprudencia para lograr resultados más homogéneos y acordes a los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad de las penas. j) Además, debe tipificarse una figura agravada en virtud de conceptos que den cuenta de resultados especialmente graves, imputables a título de dolo o de imprudencia -tales como inutilización de miembro principal, grave deformidad o enfermedad grave-, dotándolos luego de criterios o pautas legales que permitan orientar el quehacer de la jurisprudencia, a fin de evitar una práctica casuística y contradictoria del delito de lesiones. k) Debiese establecerse una figura privilegiada con una pena atenuada en virtud de un menor grado de antijuridicidad o de imputación personal. l) En consideración al *desvalor del acto*, deben existir válvulas de escape que permitan desplazar el tipo penal del delito base de lesiones hacia la figura agravada, cuando a pesar de que el resultado corresponda al delito base, el riesgo valorado *ex ante* inherente a la conducta sea de mayor entidad, es decir cuando concurra un mayor injusto o bien una mayor culpabilidad en el obrar del sujeto. A mi juicio, caben dentro de estas circunstancias el uso de medios peligrosos, la sensibilidad de la zona del cuerpo hacia la cual iba dirigida la agresión, etc., m) En el CPch, hay que eliminar el criterio valorativo que alude a la calidad de las personas, pudiendo reemplazarse por otro que aludiera a la mayor o menor imputación personal del sujeto (culpabilidad). Puede mantenerse el criterio que alude a las circunstancias del hecho, pero dotándolo de un contenido que permita aludir a la mayor o menor antijuridicidad. n) En Chile es necesario eliminar del tipo base la pena alternativa de multa. o) En Chile hay que tipificar las lesiones al feto, tomando como modelo para ello, los arts. 157 y 158 del CPes. p) Debe establecerse como tipo agravado, de resultado y de acción penal mixta, el contagio doloso o imprudente de enfermedades de transmisión sexual. Además, debe crearse un tipo agravado de peligro concreto, de acción penal mixta, que sancione la creación dolosa de un riesgo consistente en mantener relaciones sexuales sin poner en conocimiento de la pareja el hecho de padecer de una enfermedad de transmisión sexual. Con ello se superan los problemas que genera en la doctrina y jurisprudencia española, el no tener expresamente tipificada la conducta. q) Debe concederse efecto eximente al consentimiento en las lesiones y establecer cuáles han de ser los requisitos para que concurra (válido, libre y espontáneo) y los límites que deben guardar relación con el respeto por la dignidad humana y no consista en una lesión definitiva como sucede en el

caso de la amputación de una extremidad, caso en el cual es discutible que concurra la imputabilidad del sujeto que consiente. r) Deben derogarse los tipos penales que regulan la violencia doméstica y de género, pasando dicho tema a ser regulado en su integridad por los tipos penales del DP nuclear como los relativos a los delitos de lesiones, homicidio, amenazas, coacciones, etc., y mediante la aplicación de las circunstancias modificatorias generales, complementando dicha solución, con la adopción de medidas de protección, educacionales, sociales y asistenciales. De no aceptarse esta solución al menos debería regularse esta materia en un solo tipo penal *subsidiario* de los delitos más graves a que pudiera dar lugar la conducta constitutiva de violencia doméstica o de género, lo que impediría incurrir en problemas de proporcionalidad derivados de las soluciones concursales a que dan lugar los tipos penales relativos a la violencia doméstica y de género en el CPes. s) En el CPch, debe eliminarse la falta de lesiones. En el delito privilegiado de lesiones que proponemos, hay que cuidar de no incluir expresiones como “...las que en concepto del tribunal”, por cuanto dicha redacción ha sido entendida por la jurisprudencia como una facultad discrecional del tribunal no susceptible de recurso de fondo, lo que afecta al deber de fundamentación de la judicatura, aspecto central en el cual descansa la legitimación de la función jurisdiccional, a la vez que constituye una garantía ciudadana que permite la comprensión de los argumentos y su refutación a través del recurso, disminuyendo con ello la posibilidad de error y de arbitrariedad. t) En Chile, el tipo básico de lesiones debe ser un delito de acción penal pública, por la importancia del bien jurídico de la salud individual física y psíquica.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, *Tratado de Derecho civil, partes preliminar y general*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 6ª ed., 1998.

ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), *DP español*, Editorial Tirant lo Blanch, PE, Valencia, 2010.

ANTÓN ONECA, “Notas críticas al CP. Las lesiones”, en ANTÓN ONECA, *obras*, Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2003, T. III.

ANTÓN ONECA Y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *DP, PE*, Editorial Gráfica administrativa, Rodríguez San Pedro, Madrid, 1949.

AMBOS, *Terrorismo, tortura y DP*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009.

APARICIO CARRIL, “Estructura típica de los delitos y falta de lesiones”, en *Delitos contra la vida e integridad física*, CGPJ, Madrid, 1995.

ARROYO DE LAS HERAS Y MUÑOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1993.

ARROYO URIETA Y CAVA VALENCIANO, “La Reforma de las lesiones de 1989”, en *LL*, 1992.

ARROYO ZAPATEROS Y OTROS (Dir.), NIETO MARTÍN y otro (Coord.), “De las lesiones”, en *Comentarios al CP*, Editorial Iustel, Madrid, 2007.

ASÚA BATARRITA Y DE LA MATA, “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado”, en *LL*, N° 2539, 1990.

ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en Casado (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.

BACIGALUPO ZAPATER, *DP, PG*, Editorial Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 1999.

- BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios sobre la PE del DP*, Editorial Akal, Madrid, 1994.
- BAJO FERNÁNDEZ, “Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante”, en *CPC*, 1993.
- BAJO FERNÁNDEZ, *Testigo de Jehová y transfusiones de sangre*, 1992, documento disponible en internet, página <http://www.eutanasia.ws/>.
- BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de DP, PE. Delitos contra las personas*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., 1991.
- BAJO FERNÁNDEZ, “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, en *ADPCP*, 1979.
- BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en *ADPCP*, 1973.
- BARRIENTOS GRANDÓN, *Sobre la noción de “conviviente” utilizada en el art. 390 del CP*, informe en Derecho realizado para la Defensoría Penal Pública.
- BAYTELMAN Y OTROS, *Nuevo proceso penal*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2000.
- BELING, *Esquema de DP. La doctrina del delito tipo*, Editorial Depalma, Trad. de la 11ª ed., alemana por Soler, Buenos Aires, 1944.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y OTROS, *Curso de DP, PG*, Editorial Experiencia, Barcelona, 2004.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Las lesiones en la propuesta de anteproyecto*, Documentación jurídica, 1983.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- BERISTAIN IPIÑA, “Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho español y comparado”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Reus, T. LXII, 1971.

BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Editorial Edeval, Estudio preliminar y trad. de edición alemana por Guzmán Dalbora, Valparaíso, 2010 y en Editorial B de F, Buenos Aires, 2010.

BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, “Lesiones”, en *Nueva enciclopedia jurídica*, Editorial Seix, Barcelona, T. XXI, 1971.

BOIX REIG, “Delitos contra las personas. Las lesiones”, en Orts Berenguer y Vives Antón, *La reforma penal de 1989*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

BONESANA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993.

BULLEMORE Y MACKINNON, *Curso de DP, PE*, Editorial LexisNexis, T. III, Santiago, 2005.

BUENO ARÚS, “El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico y la Ley general de sanidad”, en *Estudios de DP y criminología. En homenaje al Prof. J. M. Rodríguez Devesa*, UNED, 1989.

BUENO ARÚS, “Límites al consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del DP”, *PJ*, N° 15, 1985.

BURGSTALLER, “Sida y DP. La situación en Austria”, en *Problemas jurídico-penales del Sida*, Editorial Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología, U. de Barcelona, Trad. Farré Trepát, Barcelona, 1991.

BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas, DP, PE*, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2ª ed., Santiago, T. III, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, *Obras completas. DP, PG*, Editorial Ara, Lima, T. I, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP, PE*, Editorial Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1991.

BUSTOS RAMÍREZ Y CABALLERO, “Comentarios a los arts. 1 a 4 del CP”, en Politoff y Ortiz (Dir.), *Texto y comentario del CPch*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2002.

CANCIO MELIÁ, “¿DP del enemigo?”, en Jakobs y Cancio, *DP del enemigo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.

CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación en DP*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

CANCIO MELIÁ, “La teoría de la adecuación social en Welzel”, en *ADPCP*, 1993.

CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, *CP comentado*, Editorial Ediciones Deusto, Barcelona, 2005.

CALSAMIGLIA, “Prólogo”, en Dworkin, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 2002.

CAMPS, “La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil”, en Casado (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.

CARBONELL MATEU, *Suicidio y eutanasia*, Valencia, 2004, documento disponible en internet, s, página <http://www.eutanasia.ws>.

CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Lesiones”, en Vives Antón y otros, *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CARBONELL Y GONZÁLEZ CUSSAC, “Homicidio y sus formas”, en Vives Antón y otros, *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CARDONA LLORENS, *Estudio médico penal del delito de lesiones*, Publicación del Instituto de criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editorial Edersa, Madrid, 1988.

CASADO (Dir.) *Bioética, Derecho y sociedad*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

CASADO, CORCOY Y ROYES (Coord.), “Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo”, en *Observatori de Bioètica i Dret*, Barcelona, 2008, documento disponible en internet, página <http://www.pcb.ub.es>.

CASTALDO, “La concreción del riesgo jurídicamente relevante”, en *Política criminal y nuevo DP*, Editorial Bosch, Barcelona, 2002.

CEREZO MIR, *Obras completas*, Editorial Ara, Lima, 2006, T. I.

CEREZO MIR, “El nuevo CP español de 1995”, en Cerezo Mir, *Obras completas*, Editorial Ara, Lima, 2006, T. II.

CEREZO MIR, “Observaciones críticas al proyecto de LO de CP”, en Cerezo Mir, *Obras completas*, Editorial Ara, Lima, 2006, T. II.

CHAIA, *Responsabilidad penal médica*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

COBO DEL ROSAL, “Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el CP”, en *ADPCP*, 1964.

COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *DP, PG*, Editorial Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 1996.

COBO DEL ROSAL Y RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP español, PE*, Editorial Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962.

CORCOY BIDASOLO, “Problemática jurídico penal y político criminal de la regulación de la violencia de género y domestica”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2010, V. XXXIV.

CORCOY BIDASOLO, “Tendencias de la política criminal en materia de violencia domestica y de género”, en Mir Puig y Corcoy Bidasolo (Dir.), *Política criminal y reforma penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

CORCOY BIDASOLO, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos”, en *Política criminal y reforma penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2ª ed., 2005.

CORCOY BIDASOLO, “Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes”, en Jorge Barreiro y otros (Dir.), L.H. al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Manual Práctico de DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2004.

CORCOY BIDASOLO, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *indubio pro reo*-”, en *La ciencia del DP ante el nuevo siglo*, LH al profesor Dr. Cerezo Mir, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

CORCOY BIDASOLO, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, en *El nuevo CP: presupuestos y fundamentos*, Editorial Comares, Granada, 1999.

CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia versus consentimiento”, en Casado (Dir.) *Bioética, Derecho y sociedad*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

CORCOY BIDASOLO, “Fallo: A. Cabello, Salvador. Concepto dogmático y procesal de dolo. ¿Puede probarse la existencia de dolo en el tráfico viario?”, Documento inédito, citado con la autorización de la autora.

CORCOY BIDASOLO Y GALLEGO SOLER, “Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia)”, en *Política criminal y reforma penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP, PE*, Editorial Marcial Pons, T. I, Madrid, 2004.

CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, *Comentarios al CP español, PE*, Editorial Marcial Pons, T. II, Madrid, 2004.

COUSIÑO MAC-IVER, *Manual de medicina legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1962.

COUSO SALAS, *Fundamentos del DP de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CREUS, *DP, PE*, Editorial Astrea, T I, Buenos Aires, 1999.

CUADRADO RUÍZ, “Las lesiones”, en Zugaldía Espinar y Marín de Espinoza Ceballos (Dir.), *DP, PE, Delitos contra las personas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, T I.

CUELLO CALÓN, *DP, PE*, Editorial Bosch, Barcelona, 11ª ed., 1961 T. II.

CUERDA RIEZU, “Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas”, en *ADPCP*, 1988.

CURY URZÚA, *DP, PG*, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, 7ª ed., 2005.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Ciudadanía, sistema penal y mujer”, en García Valdés y otros (Coord.), *L.H. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Editorial Edisofer, Madrid, 2008.

DEL ROSAL BLASCO, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en Cobo del Rosal (Coord.), *DP español, PE*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

DEL ROSAL BLASCO, “Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el proyecto de CP de 1992”, en *Política criminal y reforma penal: LH a la memoria del profesor Dr. D. Juan del Rosal*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1993.

DEL ROSAL BLASCO, “El nuevo tipo básico de lesiones en el CP (art. 420.1)”, *CPC*, N°. 46, 1992.

DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Editorial Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia e Interior y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

DIETRICH HERZBERG, “Sida: desafío y piedra de toque del DP. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 Str 262/88)”, en *Problemas jurídico-penales del Sida*, Editorial Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología, Trad. Castiñeira, U. de Barcelona, Barcelona, 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *RECPC*, 2005, documento disponible en internet, página: www.criminet.urg.es.

DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, “De las lesiones”, en Díez Ripollés y Gracia Martín, *Comentarios a la PE del CP*, Editorial Tirant lo Blanch, 1996.

DÍEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, en *CPC*, 1986.

DONNA, “Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa”, incluido en Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Editorial B de F, Trad. por Margarethe de Goldschmidt y Núñez, Buenos Aires, 2002.

DONNA, *DP, PE*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, T. I.

DWORKIN, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 2002.

EIRANOVA ENCINAS (coord.), *CP Alemán StGB. CPP Alemán Stpo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.

ENGISCH, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del DP*, Editorial Edeval, Trad. por Guzmán Dalbora, Valparaíso, 2006.

ESCUDERO AUGUSTO, *Muerte encefálica en UCI*, documento disponible en internet, página: <http://www.uninet.edu>.

ESER, “Lesiones deportivas y DP”, en *LL*, N° 2499, 1990.

ETCHEBERRY, *El DP ante la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2002, T. II.

ETCHEBERRY, *El DP ante la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2002, T. IV.

ETCHEBERRY, *DP, PE*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 1998, T. III.

ETCHEBERRY, *DP, PG*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 1998, T. I.

EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, Editorial, jurídica de Chile, Santiago, 1999, T. II.

FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del, “Fin de protección de la norma de cuidado”*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

FEIJÓO SÁNCHEZ, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el DP: fundamento y consecuencias”, en *RDPC*, 2ª época, 2000 (n° 1 extraordinario). También publicado en: *Revista Ibero-Americana de Ciencias Penais* 2000 (n° 1).

FELIÓ SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales*, Editorial EDIJUS, Zaragoza, 1999.

FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, Editorial Bosch, Barcelona, 1986.

FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, en SILVA SÁNCHEZ, (Dir.), *Lecciones de DP, PE*, Editorial Atelier, Barcelona, 2ª ed., 2009.

FELIP I SABORIT, “El homicidio y sus formas”, en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de DP*, Editorial Atelier, Barcelona, 2ª ed., 2009.

FELIP I SABORIT Y RAGUÉS I VALLES, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de DP*, Editorial Atelier, Barcelona, 2ª ed., 2009.

FELIZ MARTÍNEZ, “Tratamiento de las lesiones y los daños en el CP después de la reforma por LO 3/89 de 21 de Junio”, *LL*, 1990.

FERNÁNDEZ CRUZ, “Los delitos de violación y estupro del art. 365 bis CP: una racionalización desde el mandato de *lex stricta* y el principio de lesividad. Especial referencia a la introducción de dedos u otras partes del cuerpo”, en *Revista Ius et Praxis*, año 13, N° 2.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Lesiones: clasificación y modus operandi”, en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 1990, V. XIII.

FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría de garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FERRER SAMA, *Comentarios al CP*, Editorial Estades Artes Gráficas, Madrid, 1956, T. IV.

FERRERO HIDALGO Y RAMOS REGO, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

FEUERBACH, *Tratado de DP*, Editorial Hammurabi, Trad. de la 14ª edición alemana, por Zaffaroni y Hagemeyer, Buenos Aires, 2007.

FIGUEROA YAÑEZ, “La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)”, en Casado (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.

FONTÁN BALESTRA, *DP. Introducción y PG*, Editorial Abeledo-Perrot, 15ª ed., Buenos Aires, 1998.

FRANK, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Editorial B de F, Trad. por Aboso y Tea Löw, Buenos Aires, 2004.

FREUDENTHAL, *Culpabilidad y reproche en el DP*, Editorial B de F, Trad. por Guzmán Dalbora, Buenos Aires, 2003.

FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Editorial Marcial Pons, Trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 2004.

FRISCH Y ROBLES, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en DP*, Editorial Atelier, Barcelona, 2004.

GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2005.

GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

GARBERÍ LLOBREGAT (Dir.) y otros, *Práctica jurisprudencial del CP. Análisis temático y sistemático de jurisprudencia penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2006, T. II.

GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GARCÍA GARCÍA - CERVIGÓN, *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.

GARCÍA MANRIQUE, “La dignidad y sus menciones en la declaración”, en Casado (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.

GARCÍA VALDÉS, “Responsabilidad por lesiones deportivas”, en *ADPCP*, 1993.

GARRIDO MONTT, *DP, PG*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 2003, T. I.

GARRIDO MONTT, *DP, PE*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 2002 T. III.

GIMBERNAT ORDEIG, “De nuevo sobre el caso Haidar”, en *El mundo*, V. 15 de diciembre de 2009, documento disponible en internet, página: <http://www.elmundo.es>.

GIMBERNAT ORDEIG, “Justificación y exculpación en DP español, en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, en ESER, GIMBERNAT Y PERRON, *Justificación y exculpación en DP*, (Coloquio hispano-Alemán de DP), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1995. Publicado también en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, año V, N°. 9 A (1999).

GIMBERNAT ORDEIG, “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *ADPCP*, 1994.

GIMBERNAT ORDEIG Y OTROS, *CP con concordancias y jurisprudencia*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Editorial B de F, Trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Núñez, Buenos Aires, 2007.

GONZÁLEZ CUSSAC, “Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 3, 1995.

GÓMEZ RIVERO, *La Responsabilidad penal del médico*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004.

GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones”, en Cobo del Rosal (Coord.), *DP español, PE*, Editorial Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2005.

GONZÁLEZ RUS, “Formas de homicidio. Asesinato. Inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición. La eutanasia”, en Cobo del Rosal (Coord.), *DP español, PE*, Editorial Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2005.

GÓMEZ MARTÍN, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en Mir Puig y Corcoy Bidasolo (Dir.), *Política criminal y reforma penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004.

GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “DP del enemigo”, en *RECPC*, 2005, disponible en internet, a las 20:30 horas, página www.criminet.urg.es.

GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del DP y para la crítica del discurso de resistencia*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GRACIA MARTÍN, “Del homicidio y sus formas”, en Diez Ripollés y Luis Gracia Martín (Coord.), *Comentarios al CP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, T. I.

GRECO, *La regla detrás de la excepción – Reflexiones respecto de la tortura en los casos de las ticking time bombs*, ponencia, presentada en la Universidad Pompeu Fabra durante el año 2007.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA BARRA, *El CP de 1870, concordado y comentado*, Imprenta de D. Timoteo Abnaiz, Burgos, 1874.

GRÜNHUT, “Formación de conceptos y aplicación del DP”, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, Valparaíso, 2004.

GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

GUZMÁN DALBORA, “El DP chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, en *Gaceta Jurídica*, 1995, N° 180.

HASSEMER, “La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana”, en *ADPCP*, Trad. por Hormazabal Malaree, 1993.

HASSEMER, “Rasgos y crisis del DP moderno”, en *ADPCP*, Trad. por Larrauri y revisada por Mainicke, 1992.

HASSEMER, “DP simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Nuevo foro penal*, Trad. por Larrauri, Bogotá, 1991.

HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, Editorial Tirant, lo Blanch, Valencia, 2001.

HEFENDEHL, “¿Debe ocuparse el DP de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *RECPC*, 2002, disponible en internet, página <http://criminet.ugr.es/recpc>.

HERNÁNDEZ BASUALTO, *Las drogas ilegales en el DP chileno, análisis crítico de dogmática y política criminal*, memoria de prueba, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992.

HERNÁNDEZ BASUALTO, “El problema de la “causalidad general” en el DP chileno (con ocasión del art. 232 del APCPCH)”, en *Política criminal*, N° 1, 2006, documento disponible en internet, página <http://www.politicacriminal.cl>.

HERZOG, “Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el DP en peligro”, en *ADPCP*, Trad. por Larrauri Pijoan, 1993.

HIGUERA GUIMERA, “Los delitos de lesiones al feto”, en *AP*, 2000.

HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno, principios, sujetos procesales, medidas cautelares y etapa de investigación*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2003, T. I.

HRUSCHKA, “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Imputación y DP. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Editorial Aranzadi, Trad. por Ragúes i Valles, Navarra, 2005.

JAÉN VALLEJO, *DP aplicado*, Editorial Colex, Madrid, 2003.

JAÉN VALLEJO, “El nuevo criterio para la determinación de la circunstancia de agravación de “cantidad de notoria importancia” del art. 369. 3 CP, nota sobre el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 19 de octubre de 2001”, en *RECPC*, 04 de febrero de 2002, documento disponible en internet página: www.criminet.ur.es.

JAKOBS, DP, PG. *Fundamentos y teoría de la imputación*, Editorial Marcial Pons, Trad. por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 2º ed., 1997.

JAKOBS, *Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas complementarias a la pena*, Conferencia realizada en la Universidad Pompeu Fabra en el año 2007.

JAKOBS, “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma”, en Jakobs y Struensee, *Problemas capitales del DP moderno*, Editorial Hammurabi, Trad. por Sánchez, Vera Gómez y Trelles, Buenos Aires, 1998.

JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, en *Estudios de DP*, Editorial Civitas, Trad. por Peñaranda Ramos, Madrid, 1997.

JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Editorial Thomson Civitas, trad. por Cancio Meliá y Feijoó Sánchez, Madrid, 2003.

JAKOBS Y CANCIO, *DP del enemigo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

JESCHECK Y WEIGEND, DP, PG, Editorial Comares, Trad. por Olmedo Cardenete, Granada, 5ºed., 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, Editorial Losada, Buenos Aires, 4ª ed., ed., 1992, T. II.

JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de DP*, Editorial Losada, Buenos Aires, 4ª ed., 1992, T. IV.

JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médica quirúrgica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

JORGE BARREIRO, “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente”, en *CPC*, N° 16, 1982.

JORGE BARREIRO, “Del homicidio y sus formas”, en Rodríguez Mourullo (Dir.), *Comentarios al CP*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I, un estudio analítico del art. 368 del CP*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Editorial Alianza, Madrid, 2006.

KARGL, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en *La insostenible situación del DP*, Editorial Comares, Trad. por Ragúes i Valles, Granada, 2000.

KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo”, en Kindhäuser, Polaino - Orts y Corcino Barrueta, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en DP*, Editorial Jurídica Grijley EIRL, Trad. Mañalich Raffo, Lima, 2009.

KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “VIH/SIDA y DP”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 5, 1996.

KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, en *Texto y comentario del CPch*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2002.

LABATUT GLENA, *DP, PE*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 9ª ed., 2005.

LARRAUNI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

LÓPEZ, RODRÍGUEZ Y RUIZ, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias*, Ediciones Akal, Madrid, 1988.

LÜTTGER, *Medicina y DP*, Editorial Edersa, Madrid, 1984.

LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG*, Editorial Universitas, Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, “El funcionario de prisiones ante el Sida: derechos y deberes”, en VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Andalucía, 1991.

LUZÓN PEÑA (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Editorial Comares, Granada, 2002.

LUZÓN PEÑA, “Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el DP español”, en PJ, N° 23°, 1991 y en *Problemas jurídico-penales del Sida*, Editorial Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología, U. de Barcelona, Barcelona, 1993.

LUZÓN PEÑA, “Estado de necesidad e intervención médica o funcionarial, o de terceros en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, en *Avances de la medicina y DP*, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.

MACKLIN, “Dignity is a useless concept”, en *BMJ*, V. 327, 2003, documento disponible en internet, página: <http://www.management.wharton.upenn.edu>.

MAGARIÑOS, *El límite entre el dolo y la imprudencia*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2010.

MAÑALICH RAFFO, “Lesiones menos graves y lesiones leves”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, comentarios de la jurisprudencia del año 2003*, Santiago, 2004, N° I.

MARAVÉR GÓMEZ, *El principio de confianza en DP. Un estudio sobre la aplicación del principio de autoresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Civitas, Pamplona, 2009.

MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, en *Revista de Bioética y Derecho*, N° 9, enero de 2007.

MARÍN MATEO, *Bioética y Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987.

MARÍN VALLEJO Y TABORGA MOLINA, “Consecuencias de la epidemia del SIDA para el Derecho Civil y Penal”, en *Aportes de la ética y el Derecho al estudio del SIDA*, Washington D.C., 1991.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva del resultado*, Editorial Edersa, Madrid, 1992.

MARTORELL I SÁNCHEZ-URRUTIA (Coord.), “Documento sobre el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová”, *Observatorio de bioética y Derecho*, Barcelona, 2005.

MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, Editorial Astrea, Trad. Bofill Genzsch y Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, T. I.

MAURACH Y ZIPF, *DP, PG*, Editorial Astrea, Trad. Bofill Genzsch y Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, T. II.

MAYER, *DP, PG*, Editorial B de F, Trad. Politoff y Guzmán Dalbora, Buenos Aires, 2007.

MERA FIGUEROA, “Los medios en el delito de lesiones graves (art. 397 del CP)”, en *RCP*, 1975, T. XXXIV.

MERTEN, “La dignidad humana desde la perspectiva del Derecho”, Conferencia dictada el día 11 de junio de 2004, documento disponible en internet, página: www.pcb.ub.es.

MEZGER, *DP, PG*, Editorial Librería “El Foro”, Trad. de la 6ª ed., alemana por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1958, T. I.

MEZGER, *DP, PE*, Editorial Librería “El Foro”, Trad. de la 6ª ed., alemana por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1958, T. II.

MIR PUIG, *DP, PG*, Editorial B de F, Buenos Aires, 8ª ed., 2009.

MIR PUIG, “Límites al normativismo en DP”, en *dogmática y criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, Editorial Legis, Bogotá, 2005.

MIR PUIG, *Introducción a las bases del DP*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2ª ed., 2003.

MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en DP”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2003, documento disponible en internet, página: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>.

MIR PUIG, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo CP”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2001, documento disponible en internet, página: http://criminet.urg.es/recpc_03-06html.

MIR PUIG, “La perspectiva “ex ante” en DP”, en *ADPCP*, 1983.

MOMMSEN, *El DP romano*, Editorial Analecta, Trad. por Dorado, Madrid, 1999, T. II.

MORA PINEDA, “Contribución del DP a la lucha antivenérea”, en *RCP*, 1938, T. IV.

MORÁN MORA, “De las coacciones”, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.), *Comentarios a la PE del DP*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005.

- MORETÓN TOQUERO, *Los delitos de lesiones*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, 18ª ed., Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el DP del enemigo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 17ª ed., 2004,
- MUÑOZ CONDE, *Introducción al DP*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2º ed., 2001.
- MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, 7ª ed., Valencia, 1988.
- MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 8º ed., 2010.
- NESTLER, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, en *La insostenible situación del DP*, Editorial Comares, Trad. por Benlloch Petit, Granada, 2000.
- NOVOA MONREAL, *Curso de DP chileno*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 2010.
- NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- ORAA GONZALEZ Y ORAA GONZALEZ, “Primera aproximación a la reforma penal de 1989. La LO 3/1989 de 21 de junio, de actualización del CP”, *LL*, 1990.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra la administración pública”, en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de DP, PE*, Editorial Atelier, Barcelona, 2ª ed., 2009.
- OSSANDON WIDOW, *La formulación de tipos penales, valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
- PACHECO, *El CP concordado y comentado*, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Impresos de Cámara de S. M., Madrid, 1888, T. III.

PAREDES CASTAÑÓN, “Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales”, en *ADPCP*, 1990.

PECES-BARBA, *La dignidad humana en los siglos XVII y XVIII*, Madrid, 2003, documento disponible en internet, pagina: <http://www.humanrights-observatory.net>.

PEÑARANDA RAMOS, “Lesiones”, en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de DP, PE*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, V. I, Madrid, 2003.

PEÑARANDA RAMOS, “Homicidio”, en Bajo Fernández (Dir.), *Compendio de DP, PE*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, T. I.

PÉREZ ALONSO, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, en *ADPCP.*, 1990.

PINELO, “El Sida hoy: ¿enfermedad crónica o mortal?”, documento disponible en internet, página: www.paginadigital.com.ar.

PINKER, “The stupidity of dignity”, en *The New Republic*, 2008, documento disponible en internet, página: <http://www.management.wharton.upenn.edu>.

PINTO, *El concubinato y sus efectos jurídicos*, Memoria de prueba, 1942, Universidad de Chile.

POLITOFF, *DP, PG*, Editorial ConoSur LexisNexis, Santiago, 2ª ed., 2001, T. I.

POLITOFF Y MATUS, *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*. Editorial LexisNexis, Santiago, 1999.

POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS RAMÍREZ, *DP chileno, PE*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP chileno, PE*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2004.

POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de DP, PG*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2005.

PORTILLA CONTRERAS, “El DP y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (Coord.) *Dogmática y ley penal. LH a Enrique Bacigalupo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, T. I.

POSTNER, *Not a suicide pact*, The Constitution in a time of national emergency, Oxford University press, 2006.

PRATS CANUT Y QUINTERO OLIVARES, “De las amenazas”, en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la PE del DP*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 8ª ed., 2009.

PRITTWITZ, “El DP alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del DP” en *La insostenible situación del DP*, Editorial Comares, Trad. Castiñeira Palou, Granada, 2000.

PUPPE, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, en *Indret*, 4/2006, Trad. por Pastor Muñoz, documento disponible en internet, página: www.indret.com.

PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia Comentario al § 15 del CP alemán*, Editorial Hammurabi, Trad. A. Sancinetti, Buenos Aires, 2010.

QUERALT JIMÉNEZ, *DP español, PE*, Editorial Atelier, Barcelona, 6ª ed., 2010.

QUERALT JIMÉNEZ, “La eutanasia: perspectivas actuales y futuras”, en *ADPCP*, 1988.

QUERALT JIMÉNEZ Y D’ARGEMIR I CENDRA, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, en Jorge Barreiro y otros (Dir.), *LH al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE del DP*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, T. I, V. I.

QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la PE de DP*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, T. I, V. I.

QUINTEROS OLIVARES, *Curso de DP, PG*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 3ª ed., 2009.

QUINTEROS OLIVARES, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, en *ADPCP*, 1989.

- QUINTEROS OLIVARES, “Acto, resultado y proporcionalidad”, en *ADPCP*, 1982.
- RAGUÉS I VALLÉS, “Las coacciones”, en Silva Sánchez, (Dir.), *Lecciones de DP, PE*, Editorial Atelier, Barcelona, 2ª ed., 2009.
- RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- RAIMUNDO DEL RIO, *DP*, Editorial nacimiento, Santiago, 1935, T. III.
- RAMÓN RIBAS, *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- RAMÓN RIVAS, *Violencia de género y violencia doméstica*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- REQUEJO CONDE, *Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal*, Editorial Comares, Granada, 2008.
- RETTIG ESPINOZA, “Distinción entre lesiones menos graves y leves”, en RODRÍGUEZ COLLAO (Coord.), *Delito, pena y proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- REYES (Coord.), “Documento sobre voluntades anticipadas”, Observatorio de bioética y Derecho, Barcelona, 2001.
- REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Editorial Temis, Bogotá, 1994.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *CP de la República de Chile y actas de las cesiones de la comisión redactora*, Editorial Edeval, Valparaíso, 1974.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, “El Principio de culpabilidad en el CPch”, en *Actas de las jornadas internacionales de DP, en celebración del centenario del CPch*, Editorial Edeval, Valparaíso, 1975.
- RODRÍGUEZ COLLAO, *Los delitos sexuales*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP español, PG*, Editorial Dykinson, 17ª ed., Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, *DP, PE*, Editorial Dykinson, 17ª ed., Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ RAMOS (Coord.) y otros, *CP, concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, Editorial LL, 2ª ed., Madrid, 2007.

ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad corporal y los relativos a la manipulación genética*, Editorial Comares, Granada, 2004.

ROMEO CASABONA, “Sida y DP”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Problemas Del Tratamiento Jurídico Del Sida*, CGPJ, Madrid, 1995.

ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1994.

ROMEO CASABONA, “El Derecho ante los trasplantes de órganos. La ordenación jurídica de los trasplantes de órganos en España: Principios rectores”, *RGD*, Valencia, 1993.

ROMEO CASABONA, *El médico ante el DP. La responsabilidad penal y civil del médico*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 1990.

ROMEO CASABONA, *El médico y el DP*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

ROMO PIZARRO, *Medicina Legal. Elementos de ciencias forenses*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

ROMERAL MORALEDA Y GARCÍA BLÁZQUEZ, *Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses*, Editorial Comares, Granada, 1993.

ROXIN, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, *CPC*, N° 83, 2004.

ROXIN, “La protección de la vida humana mediante el DP”, en López Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (Coord.), *Dogmática y ley penal*, LH a Enrique Bacigalupo, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, T. II.

ROXIN, *Derecho procesal penal*, Editores del puerto, Trad. Córdoba y Pastor, de 25ª ed., alemana, Buenos Aires, 2003.

ROXIN, *Política criminal y sistema de DP*, Editorial Hammurabi, Trad. e introducción de Muñoz Conde de la 2 ed., alemana, Buenos Aires, 2002.

ROXIN, *DP, PG, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Editorial Civitas, trad. Luzón Peña, Díaz García Conlledo y Vicente Remesal, Madrid, 2001, T. I.

ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, Editorial Marcial Pons, Trad. de la 6^a ed., alemana por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 2000.

ROXIN, *Problemas básicos de DP*, Editorial Reus, Trad. Luzón Peña, Madrid, 1976.

ROYES (Coord.), *Documento sobre voluntades anticipadas*, Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, 2001, documento disponible en internet, sitio visitado por última vez el día 11 de junio de 2010, a las 17:42 horas, página: <http://www.ub.es>.

RUIZ MIGUEL, “Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 14, 1993, documento disponible en internet, sitio, página: <http://www.cepc.es>.

RUIZ-TAGLE, “Entre el ius fundamentalismo y la democracia”, en Ruiz-Tagle y Cristi, *La República en Chile*, Editorial Lom, Santiago, 2006.

SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción. Consecuencias prácticas del ilícito personal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

SCHÜNEMANN, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, en *Obras*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Trad. por Cancio Meliá, Buenos Aires, 2009.

SCHÜNEMANN, “Sobre el estado actual de la teoría de la culpabilidad”, en *Obras*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Trad. por Filip i Saborit y Ragués i Vallès, Buenos Aires, 2009, T. I.

SCHÜNEMANN, “Presentación”, en Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del DP y para la crítica del discurso de resistencia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida”, en *Problemas jurídico-penales del Sida*, Editorial Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología, U. de Barcelona, Trad. Mir Puig, Barcelona, 1993.

SERRANO GÓMEZ Y SERRANO MAÍLLO, *DP, PE*, Editorial Dykinson, Madrid, 15ª ed., 2010.

SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del DP, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Civitas, 2ª ed., Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, “prologo”, en *La insostenible situación del DP*, Editorial Comares, Granada, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, *El SIDA en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal, en Problemas jurídico-penales del Sida*, Editorial Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología, U. de Barcelona, Barcelona, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al DP contemporáneo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.

SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en Mir Puig (Dir.), *Avances de la medicina y DP*, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona, 1988.

SILVA SÁNCHEZ, “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros”, en *ADPCP*, 1987.

SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, Editorial Bosch, Barcelona, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, “Aberratio ictus e imputación objetiva”, en *ADPCP*, 1984.

SILVA, CORCOY Y BALDÓ, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales, PG*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

SILVA Y MELERO, “Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta”, *AP*, 1995.

SOLER, *DP argentino*, Editorial Tipografía editora argentina, Buenos Aires, 1992.

SOTO LAMADRID, *Lesiones que ponen en peligro la vida*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008.

STAMPA BRAUN, “El objeto material de los delitos contra la vida”, en *ADPCP*, 1950.

STRATENWERTH, *DP, PG, El hecho punible*, Editorial Hammurabi, Trad. Cancio Meliá, y Sancinetti, Buenos Aires, 2005, T. I.

STRATENWERTH, *DP, PG, El hecho punible*, Editorial Aranzadi, Trad. Cancio Meliá, y Sancinetti, Navarra, 2005, T. I.

STRUENSEE, “Consideraciones sobre el dolo eventual”, en *InDret*, Trad. por Kiss, Barcelona, 2009, documento disponible en internet, página www.indret.com.

SQUELLA Y GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, en Maihofer, *Estado de Derecho y dignidad humana*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008.

SUAREZ GONZÁLEZ, “De las lesiones”, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.) y Jorge Barreiro (Coord.), *Comentarios al CP*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.) y otros, *Manual de DP*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2006, T. II.

TAMARIT SUMALLA, “*La reforma de los delitos de lesiones*”, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.

TAMARIT SUMALLA, “De las lesiones”, en Quintero Olivares, (Dir.), *Comentarios a la PE del DP*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 8ª ed., 2009.

TAMARIT SUMALLA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en Quintero Olivares, (Dir.), *Comentarios a la PE del DP*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005.

TERRAGNI, “Lesiones”, en *CP y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, T. III.

TORIO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en *ADPCP*, 1986.

TORÍO LÓPEZ, “La noción jurídica de suicidio”, en *Estudios de Derecho público y privado*, Universidad de Valladolid, 1965.

ULRICH BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Editorial Paidós, Trad. por Navarro, Jiménez y Borrás, Barcelona, 1998.

VALLE MUÑIZ, “De las lesiones al feto”, en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la PE del DP*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007.

VALLS, “La dignidad humana”, en Casado (Coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.

VALLS, “El concepto de dignidad humana”, en *Revista de Bioética y Derecho*, N° 5, diciembre, 2005.

VALLS, “Ética para la bioética”, en Casado (Dir.) *Bioética, Derecho y sociedad*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

VALLS PRIETO, “La intervención del DP en el actividad deportiva”, en *RECPC*, 2010, documento disponible en internet, página: www.criminet.urg.es.

VAN WEEZEL, “Lesiones leves y lesiones del art. 399 del CP: dos supuestos “menos graves” del delito de lesiones”, documento disponible en internet, página: www.publitecsa.cl). Publicado además en *Gaceta jurídica*, N° 248, 2001.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *DP, PG*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

VENTAS SASTRE, “Imprudencia médica y DP”, en *CPC*, 2005.

VENTAS SASTRE, “Las lesiones en la práctica deportiva: casuística y eventual trascendencia penal”, en *CPC*, 2007.

VICENTE MARTÍNEZ, *DP del deporte*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.

VILLACAMPA ESTIARTE, *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales sanitarios*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003.

VILLAMOR LUCÍA, *Delitos de peligro abstracto, una aproximación al DP del enemigo*, documento disponible en internet, página: www.cienciaspenales.net.

VIVES ANTÓN Y OTROS, *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2010.

VIVES ANTÓN (Dir.), *Comentarios al CP de 1995*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996 V. I.

VODANOVIC, *Derecho de alimentos*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1987.

WELZEL, *DP alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002

ZAFFARONI, “Responsabilidad médica. Aspectos penales”, en Bueres Y Zaffaroni, *Responsabilidad médica. Aspectos civiles y penales*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

ZAFFARONI, *DP, PG*, Editorial Ediar, 2ª ed., Buenos Aires, 2002.

ZAPATA CUÉLLAR, “El Delito de lesiones en el marco de la reforma procesal penal” en *Gaceta Jurídica*, N° 283, 2004.

ZEREGA CASTRO, “La violencia hacia la mujer en el ámbito domestico y la necesidad de intromisión en lo público en lo privado: una visión comparada”, en *El Rol de la Judicatura en un Estado Gobernado por la Regla de la Ley*, Editorial European public low series, Londres, 2006, V. LXXXVI.

ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del CP alemán*, Editorial Hammurabi, Trad. por Sancinetti, Buenos Aires, 2003.

ZIPF, “Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el DP alemán y austriaco. Consideración especial del trasplante de órganos”, en Mir Puig (Dir.), *Avances de la medicina y DP*, Editorial PPU, Trad. por Joshi Jubert y revisada por Mir Puig, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona, 1988.

ZUGALDÍA ESPINAR, “El homicidio y sus formas”, en Zugaldía Espinar y Marín de Espinoza Ceballos (Dir.), *DP, PE*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, T. I.

ZUGALDÍA Y HERNÁNDEZ, *La distinción entre el delito y la falta de lesiones. Los conceptos de tratamiento médico o quirúrgico y de primera asistencia médico facultativa*, en LH al profesor Dr. Torio López, Editorial Comares, Granada, 1999.