

jurídicas y jurídico-penales obligan a distinguir la protección jurídica a la vida humana según haya ésta alcanzado o no la independencia del claustro materno. En cada estadio la protección jurídico-penal de la vida plantea una problemática distinta. De ahí se deriva la distinción entre *delitos contra la vida humana independiente* y *delitos contra la vida humana dependiente*.

## DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

### CAPÍTULO I

#### Homicidio. Asesinato

**Bibliografía:** Sobre la situación anterior al Código penal de 1995: ALONSO ÁLAMO, *El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del art. 50 del Código penal*, La Ley 1983; BACIGALUPO ZAPATER, *Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal*, DJ 1983; BUSTOS RAMÍREZ, *Homicidio con dolo eventual o imprudente*, PJ 1988; CARDENAL MONTRAVETA, *Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿concurso de leyes o de delitos?*, ADP 1993; COBO DEL ROSAL/ CARBONELL MATEÚ, *El delito de asesinato. Consideraciones sobre el delito de asesinato, en Homenaje a Ferrández-Albor*, Santiago de Compostela 1989; CUELLO CONTRERAS, *La actualización del Código penal en materia de delitos y faltas contra la vida, la integridad de las personas y su puesta en peligro*, PJ 1990; DEL ROSAL, *De la alevosía*, ADP 1968; DEL ROSAL BLASCO, *Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el Proyecto de Código Penal de 1992*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; ECUSOL BARRA, *Notas sobre el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal: Homicidio y lesiones por imprudencia*, La Ley 1981; ESER, *Entre la «calidad» y la «cantidad» de la vida*, ADP 1984; FERNÁNDEZ ALBOR, *Homicidio y asesinato*, Madrid 1964; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966; el mismo, *El ocasionamiento de muerte que empieza como homicidio y acaba como asesinato*, ADP 1967; el mismo, *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial de los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*, ADP 1990 (también en JD 1990); GONZÁLEZ SOLER, *Homicidio y lesiones imprudentes en accidentes de trabajo*, en La imprudencia, CDJ 1993; HUERTA TOCILDO, *Adiós al homicidio preterintencional*, La Ley 1984; KAUFMANN, Arthur, *¿Relativización de la protección jurídica de la vida?*, CPC 1987; LARRAURI/VARONA, *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona 1995; LÜTTGER, *Medicina y Derecho Penal*, Madrid 1984; LUZON PENA, *Derecho penal de la Circulación*, 2ª ed., Barcelona 1990; MAPELLI CAFFARENA, *El dolo eventual en el asesinato*, ADP 1988; MIR PUIG, *La preterintencionalidad y el art. 50 del Código Penal*, Madrid 1984; MOYA HURTADO DE MENDOZA, *Evolución jurisprudencial reciente de los atentados a la vida y a la integridad en el marco del tratamiento médico-quirúrgico*, en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995; MUÑOZ CONDE, *Del homicidio preterintencional*, RJCat. 1975; el mismo, *¿«Legítima» defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación*, PJ 1992; QUINTANAR DIEZ, *Sobre las circunstancias de premeditación con-*

**Autor Personal :** Muñoz Conde, Francisco.

**Título :** Derecho penal : parte especial / Francisco Muñoz Conde.

**Edición :** 15a. ed., rev. y puesta al día.

**Datos de Publicación :** Valencia : Tirant Lo Blanch, c2004.

P. 136-136 vida independiente  
279-255 delitos contra la vida

dicionada, embriaguez no habitual y arrepentimiento espontáneo en el delito de asesinato. CPC 1992; QUINTANO RÍPOLES, Asesinato, NEJ III, 1951; el mismo, Homicidio, NEJ XI, 1962; RAMOS TAPIA, El homicidio del cónyuge (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo y 31 de octubre de 1994), AP 1996; REIG REIG, Los delitos contra la vida y la integridad corporal en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal, RDPC 1992; ROMEO CASABONA, Los trasplantes de órganos, Barcelona 1979; el mismo, Responsabilidad médico-sanitaria y sida, AP 1993; el mismo, El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Madrid 1994; SALAS HOLGADO, El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria, ADP 1987; SILVA SÁNCHEZ, Límites a la responsabilidad por imprudencia, La Ley 1984; el mismo, Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, ADP 1985; el mismo, Sobre la relevancia jurídico-penal de la no inmediatez en la producción del resultado, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; SOTO LAMADRID, El trasplante de tejidos y órganos humanos en la legislación española, ADP 1982; STAMPA BRAUN, El objeto material de los delitos contra la vida, ADP 1950; SUÁREZ MONTES, La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal de 1980, ADP 1981; TALÓN MARTÍNEZ, Delitos contra las personas, RJCat. 1980; TERUEL CARRALERO, Ensayo, NEJ VII, 1958; el mismo, Envenenamiento, NEJ VII, 1958; TORIO LÓPEZ, Estudio de la reforma de los delitos contra la vida, en Repeticiones de la Constitución en el Derecho Penal, Bilbao 1983; UTRERA CARO, Estudio del tratamiento jurídico del homicidio preterintencional, La Ley 1989; VARGAS, B., Homicidios frustrados o en tentativa con dolo eventual: el supuesto de los conductores suicidas, PJ 1989; VARIOS, Problemas jurídicos penales del SIDA, Mir Puig (edit), Barcelona 1993; ZUGALDÍA ESPINAR, La distinción entre las causas de justificación incompletas y las causas de justificación putativas, La Ley 1983.

*Sobre el Código penal de 1995:* ANGOLITA GOROSTIAGA, La modificación de la normativa reglamentaria reguladora de la extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos, Derecho y Salud 2000; CASTELLÓ NICAS, El asesinato y sus circunstancias, CPC 1998; DEL ROSAL BLASCO, La alevosía en el Código penal de 1995, CGPJ-Manuales de Formación Continua da 1999; el mismo, El homicidio y sus formas en el Código penal de 1995, en Homenaje a Torro, Granada 2000; ESCUDERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA/ GANZENMÜLLER, La muerte causada a un paciente tras el Código penal de 1995. El tradicionalmente denominado delito de patricidio, AP 1996; el mismo, Homicidio y asesinato, Barcelona 1996; FELIÓ SÁNCHEZ, Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales, Zaragoza 1999; GÓMEZ RIVERO, La imputación de resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del SIDA, Valencia 1998; el mismo, Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal, RDPP 2000; GONZÁLEZ CUSSAC, Problemas sustantivos del enjuiciamiento del homicidio por el Tribunal de Jurado, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; GRANADOS PÉREZ, Objeto material en los delitos contra las personas, CGPJ-Manuales de Formación Continuada 1999; JUANATEY DORADO, El homicidio y sus formas en el Código

penal de 1995, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; MAPELLI CAFFARENA, Entre el homicidio y las lesiones, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997 (también en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995); MORALES PRATS, Las formas agravadas de homicidio, problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas, en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995; PASTOR SANTIAGO, El asesinato, Barcelona 2000; PÉREZ VALERO, El problema del límite mínimo en la delimitación del objeto material en los delitos de homicidio y lesiones (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1999), AP 1999; REQUEJO CONDE, La legítima defensa, Valencia 1999; ROMEO CASABONA, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, Granada 2004; ROXIN, La protección de la vida humana mediante el Derecho penal, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; SANZ MORÁN, Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida, ADP 1995; SERRANO MATEO, Elementos de autor en el asesinato, ICAD 1997; TASENDE CALVO, Coautoría y cooperación en los delitos de homicidio y asesinato, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; URBANO CASTRILLO, El homicidio y sus formas, en Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995, Las Palmas 1997; VARIOS, Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995; VARIOS, Comentario a la sentencia 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo (RJ 2000, 1149), RDPP 2000.

En los delitos contra la vida humana independiente se tutela la vida desde el nacimiento hasta la muerte.

a) El momento en que comienza la vida humana independiente es discutido. En ninguno de los tipos legales existentes relativos a los delitos contra la vida humana independiente (homicidio, asesinato, inducción o cooperación al suicidio) se ofrecen datos suficientes para resolver este problema, pues sólo se refieren a la muerte de «otro», dejándose, por tanto, al intérprete un amplio campo para determinar el alcance de este término. Para unos, la vida humana independiente comienza ya en el momento del parto. Otros exigen la respiración autónoma del recién nacido, o su «percepción visual» por parte de terceros, y, finalmente, otros requieren la total separación del claustro materno.

Realmente, no estamos aquí ante un problema científico que se pueda resolver con criterios puramente biológicos, sino ante un problema jurídico que hay que resolver con criterios puramente jurídicos a partir de los datos biológicos. De lo que se trata es de dispensar a la vida humana la protección del Derecho penal de forma coherente, evitando lagunas de punibilidad que pudieran surgir de la propia dificultad inherente a la distinción entre vida humana independiente y

vida humana dependiente. Desde el punto de vista del Derecho penal vigente en España, la vida humana independiente y, con ella, su destrucción como «homicidio» en el sentido en que se emplea este término en la rúbrica del Capítulo I del Título I, comienza desde el momento del nacimiento, entendiéndose por tal la total expulsión del claustro materno, que es el único criterio que permite distinguir con claridad, uno y otro momento de la vida humana, siendo indiferente que tras esta expulsión se produzca el corte del cordón umbilical, o que en el caso de parto por «cesárea» la expulsión se produzca por extracción del vientre materno, o que, para probar que el nacido ha nacido vivo, se exija a veces, como hizo la STS de 20 de mayo de 1975, la respiración pulmonar autónoma del recién nacido (cfr. Muñoz CONDE, 11ª ed., pp. 28 ss.). Lo importante es destacar que en tanto no se produzca el nacimiento, momento a partir del cual se entiende comienza la vida independiente, cualquier actuación delictiva contra la vida dependiente tiene que ser calificada como aborto o, todo lo más, como lesiones al feto.

Especiales dificultades plantean los casos de muerte del ya nacido a consecuencia de maniobras, generalmente imprudentes, del médico durante el parto o en cualquier momento anterior al nacimiento. Aunque el aborto por imprudencia es punible conforme al art. 146, el hecho de que la muerte se haya producido tras el nacimiento impide exigir una responsabilidad penal por este delito; pero tampoco es posible exigirla por el delito de homicidio, ya que la acción se realiza cuando la vida aún no se había independizado. Este caso, igual que el que surge cuando se constatan lesiones en el ya nacido, producidas como consecuencia de algún acto, generalmente de imprudencia médica (exposición radiológica del feto, efectos secundarios de medicamentos, etc.), realizado durante el embarazo, sólo puede ser castigado por el delito de lesiones al feto ahora especialmente tipificado en el Título IV. Y si las lesiones o muerte se deben a manipulación genética anterior al momento de anidación del óvulo fecundado en el útero materno, será aplicable alguno de los delitos especialmente tipificados en el Título V (véase *infra* capítulo V; sobre la situación en el Código penal anterior véase Muñoz CONDE, 10ª ed., p. 25).

Una vez comprobado que el ser humano ha nacido en el sentido antes señalado, es necesario constatar también que ha nacido vivo, lo que, a veces, plantea problemas probatorios importantes para determinar si la muerte se produjo o no antes del nacimiento. Una vez que ha nacido vivo no es necesario, en cambio, que sea viable, es decir, que tenga aptitud para seguir viviendo. Y, desde luego, tampoco es necesario para la protección jurídico-penal que el nacido tenga figura humana y haya vivido las veinticuatro horas completamente separado del

claustrero materno que el art. 30 del Código civil exige para otros efectos completamente ajenos a los penales.

b) La protección de la vida humana termina con la muerte real de la persona. El art. 10 del RD 2070/1999, de 30 de diciembre, de acuerdo con los últimos avances médicos, admite como diagnóstico de la muerte tanto «la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias» (*muerte por parada cardiorrespiratoria*), como «el cese irreversible de las funciones encefálicas» (*muerte encefálica*), diferenciando solamente los requisitos necesarios para la confirmación de una u otra (véanse art. 10,3 y 4 y Anexo I del citado RD). De todos modos, debe tenerse en cuenta que estos criterios se establecen a efectos de poder realizar el trasplante de un órgano vital (corazón, hígado, pulmón) del ya declarado muerto a una persona viva, exigiéndose además que el médico (muerte por parada cardiorrespiratoria) 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. Lo normal es que, fuera de estos casos, la certificación de un médico, que para ello se basa en los conocimientos médicos generales, sea suficiente para dar por muerta a una persona (cfr. ROMEO CASABONA, 2004, pp. 18 ss.).

## HOMICIDIO

La palabra «homicidio» se emplea en el Código penal en un sentido amplio equivalente a la muerte de un hombre por otro, comprendiendo todas sus modalidades y variantes. Sirve así para designar el Título I en el que se recogen los delitos contra la vida humana independiente, de ahí que en la rúbrica se hable «Del homicidio y sus formas». Pero como inmediatamente veremos, esto no quiere decir que todos los delitos tipificados en este Título no sean más que derivaciones de un tipo básico de homicidio (art. 138), carentes de autonomía propia. Desde luego, no tiene este carácter la inducción y coacción al suicidio (art. 143), que presenta tales peculiaridades tanto en su configuración típica, como en el marco penal, que, a pesar de la equívoca redacción de la rúbrica del Título, debe tratarse como un delito autónomo. Pero tampoco el asesinato (arts. 139 y 140) es una mera cualificación del homicidio, aunque tenga con él un estrecho parentesco. De las razones de su autonomía nos ocuparemos más adelante (véase *infra* en este mismo capítulo y capítulo siguiente); pero ahora nos referimos sólo al homicidio en sentido estricto, tanto

a su modalidad de comisión dolosa regulada en el art. 138: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años», como al correspondiente tipo imprudente del art. 142 en la configuración básica que le da su párrafo 1: «El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años».

El delito de homicidio tipificado en el art. 138 es no sólo el punto de referencia de todos los delitos contra la vida humana independiente, sino el modelo utilizado para la construcción de una buena parte de las teorías del Derecho penal. Sobre la base de este delito se ha desarrollado, por ej., prácticamente toda la Teoría General del Delito (causalidad e imputación objetiva, dolo e imprudencia, preterintencionalidad, legítima defensa, etc.), constituyendo cada uno de sus apartados un problema dogmático de primera magnitud. Aquí nos limitaremos, sin embargo, a resaltar aquellos aspectos que presentan particularidades específicas, remitiéndonos para las cuestiones generales a las obras de Parte General (para más detalles sobre la concepción de la Teoría del Delito de la que aquí se parte, véase Muñoz Conde/ GARCÍA ARÁN, 6ª ed., pp. 197 ss.).

### Tipo objetivo

El *objeto material* sobre el que recae directamente la acción y el sujeto pasivo en el delito de homicidio, y en todos los delitos de este grupo, es el hombre vivo físicamente considerado, mientras que el *bien jurídico protegido* es la vida humana como valor ideal.

*Sujetos, activo y pasivo*, pueden serlo cualquier persona, sin más limitaciones que las que provienen del concurso de leyes. Así, si el sujeto pasivo es el Jefe del Estado o algunas personas ligadas a él, el delito aplicable es el previsto en el art. 485; si se trata del Jefe de un Estado extranjero o persona especialmente protegida, el art. 605; si la muerte de alguien se produce como consecuencia de un delito de genocidio, el art. 607; y si es como consecuencia de un delito de terrorismo, el art. 572.

La *acción* consiste en matar a otra persona. Caben las más diversas modalidades y medios, siempre que no se empleen los previstos en el art. 139, ya que entonces existirá un delito de asesinato. Es posible la *comisión por omisión*, siempre que el sujeto activo tenga una posición de garante —respecto del sujeto pasivo— fundada en un deber legal o contractual, o en la creación de un riesgo para la vida mediante una acción u omisión precedente, que son las fuentes de la posición de garante, es decir, del deber de evitar el resultado, que reconoce expe-

samente el art. 11. La ley o el contrato (asunción de deberes) determinan en cada caso quién es la persona jurídicamente obligada a actuar para impedir la muerte de alguien. La relación parental, sobre todo la derivada del parentesco consanguíneo o matrimonial, puede ser fuente suficiente para admitir la comisión por omisión de estos delitos; pero precisamente la referencia a la ley, fuente de la posición de garante en estos casos, dificulta extender la responsabilidad en comisión por omisión a los casos de relación de convivencia de hecho no sancionada jurídicamente, que habrá que fundamentar, si se dan sus presupuestos, sobre la base de otras fuentes, o indirectamente, en los casos de parejas de hecho, basándose en los preceptos que dentro del Código penal equiparan al cónyuge a la persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad (cfr. art. 23). La posición de garante también puede fundamentarse en la prestación de servicios, asumida libremente, a personas desvalidas, ancianos, niños, enfermos, etc., cuando se encuentran en situaciones de peligro para la vida o la integridad física. También cabe por supuesto la creación de una situación de peligro para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, la llamada idea de la inferencia (cfr. sin embargo art. 195.3, e *infra* capítulo XIII. Sobre la comisión por omisión en la cooperación al suicidio cfr. *infra*, capítulo II).

El *resultado* es la muerte efectiva de otra persona. Entre la acción de matar y el resultado muerte debe mediar una *relación de causalidad*.

En muchos casos ni siquiera surgen cuestiones sobre la causalidad entre una acción y un determinado resultado. Así, por ej., A dispara tres tiros a B, que se halla a un metro de distancia de su agresor, hiriéndole en el hígado y en la cabeza y muriendo B casi instantáneamente a consecuencia de dichas heridas. En este caso, la inmediata sucesión temporal entre la acción y el resultado y su relación directa no dejan lugar a dudas sobre la relación causal existente entre la acción y el resultado.

Sin embargo, no todas las situaciones son tan sencillas de resolver. Las distintas teorías causales se esfuerzan por resolver diversos grupos de casos en los que la afirmación o negación de una relación de causalidad parece una cuestión bastante dudosa.

Especialmente problemáticos son los casos en los que se produce la muerte a consecuencia de unas lesiones que, en principio, no hubieran bastado por sí solas para causarla: el lesionado, al caer, se golpea en la nuca con el pico de una mesa, fallece en un accidente de automóvil al ser transportado al hospital o como consecuencia de una infección sobrevenida o de incorrecto tratamiento médico, etc.

Para resolver estos casos, el Tribunal Supremo desarrolló a mediados de los años sesenta del siglo pasado la *teoría de la consecuencia natural* (STS

30 marzo 1973). Esta teoría no era más que un expediente práctico para resolver los problemas más complejos que se presentan en relación con el homicidio en la Administración de Justicia penal ordinaria, pero adolecía de una gran ambigüedad teórica y llegaba a resultados poco convincentes.

En realidad, el problema causal se ha exagerado como consecuencia de la vinculación que, antiguamente, por la vigencia de la responsabilidad objetiva, se producía entre afirmación de la causalidad y de la misma culpabilidad o responsabilidad penal. Pero actualmente, tras la introducción en el Código penal de un modo general del principio de culpabilidad (arts. 5 y 10), carece de la importancia que antes se le atribuía, pues ya en el ámbito de lo típico sólo podrán imputarse aquellos resultados delictivos que, *al menos*, se hubieren causado por imprudencia. Los casos más conflictivos, una vez resueltos los problemas de la causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, deben abordarse con las teorías de la *imputación objetiva*, es decir, con una teoría que permita delimitar entre todas las causas del resultado aquella (o aquellas) que, por lo menos, sea relevante como presupuesto de la forma de imputación subjetiva imprudente, límite mínimo que, conforme al art. 5, es necesario para poder imputar una pena (véase *infra*: homicidio por imprudencia). Si no se llega siquiera a este estadio mínimo de imputación, habrá *caso fortuito* y la muerte como tal será irrelevante penalmente, por más que haya sido causada por alguna actividad humana.

Interesante es, sin embargo, resolver en el plano causal, aunque normativizado jurídicamente, algunas cuestiones que pueden darse tanto en el delito doloso, como en el imprudente: así, por ej., un *amplio lapso de tiempo* entre la realización de la conducta y la producción de la muerte (el herido queda en coma profundo durante años, o gravemente enfermo muriendo años más tarde a consecuencia de esa enfermedad). Aunque en la solución del problema causal no tiene por qué tenerse en cuenta como factor determinante el tiempo, lo cierto es que *de hecho* el factor tiempo es decisivo para la calificación definitiva de la acción (como homicidio doloso intentado, o como lesiones imprudentes), ya que en el momento de juzgarla, sólo puede tenerse en cuenta lo que ha ocurrido hasta entonces, no lo que pueda o vaya a ocurrir. Y tan poco se puede dejar abierto el proceso eternamente. La única solución, la de reabrir el proceso por el nuevo hecho acaecido (la muerte) y valorarlo en relación con lo ya juzgado, tropieza con razones de seguridad jurídica y obstáculos de tipo procesal como la excepción de cosa juzgada. En los casos en que no se ha exigido todavía ninguna responsabilidad penal, la prescripción del homicidio sólo comenzaría a computarse a partir de la consumación (véase *infra* capítulo XXI: daños; y SILVA SÁNCHEZ, 1989, pp. 681 ss.). El problema se está planteando también en relación con el contagio del SIDA, que, siendo una enfermedad mortal, no conduce ne-

cesariamente a la muerte o, por lo menos, no a corto plazo. La doctrina dominante se inclina por admitir sólo la calificación de lesión grave, que es lo que normalmente existirá en el momento del juicio, aunque no debe excluirse de un modo absoluto la posibilidad de valorar la muerte si en el momento del juicio ésta se ha producido ya y es consecuencia del contagio producido dolosa o imprudentemente por alguien (véase LIZÓN PEÑA y la Propuesta de un precepto contra la transmisión del SIDA en VARIOS, 1993, pp. 11 ss. y 175 ss.; así como GÓMEZ RIVERO, 1998).

### Tipo subjetivo

El tipo subjetivo en el homicidio plantea difíciles problemas que constituyen cuestiones centrales de la Teoría General del Delito. En la práctica el problema se plantea, sin embargo, casi siempre más como una cuestión de prueba, hasta el punto de que son las dificultades probatorias, más que las teóricas propiamente dichas, las que condicionan la apreciación de unas categorías teóricas que, aunque complejas, hace tiempo que están perfiladas en la Dogmática jurídico-penal. Sucede esto, por ej., con la apreciación del dolo eventual, verdadera «zona de nadie» entre el dolo directo y la imprudencia, que unas veces se incluye en el tipo subjetivo del asesinato (véase *infra*) y otras se degrada a la calificación de homicidio por imprudencia, sin que pueda decirse *a priori* cómo van a ser calificados supuestos como la muerte de varias personas en el incendio de una casa habitada (STS 29 abril 1975), en el atentado terrorista (caso Hipercor) o de un detenido o preso a consecuencia de malos tratos o torturas. Esto determina también «veredictos sorprendentes» en los Juicios por Jurado en los que se plantean estas cuestiones (véase Informe del Consejo General del Poder Judicial, 5 mayo 1999, Anexo I, p. 40, y GONZÁLEZ CUSSAC, p. 1365).

El tipo subjetivo específico del delito de homicidio previsto en el art. 138 es el doloso, tipificándose el homicidio imprudente en los arts. 142 (delito) y 621,2 (falta). El llamado homicidio preterintencional no es más que un subcaso del homicidio imprudente, al que por su especial importancia dedicamos un epígrafe independiente.

a) El *dolo* exige el conocimiento y la voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir, saber que se mata a otra persona y querer hacerlo. Basta con el dolo eventual, o sea que es suficiente con que el autor haya previsto la muerte de otra persona como una consecuencia probable de su acción y a pesar de ello haya actuado. Es irrelevante el error en la persona: igualmente será castigado quien creyendo matar a B mata por equivocación a C. Pero si el tal C es una de las personas comprendidas en los arts. 485 ó 605 (Jefe de Estado, Heredero de la Corona, Jefe de Estado extranjero, etc.), el delito objetivamente cometido no es ya un homicidio, sino uno de los

previstos en dichos artículos. En este caso, sin embargo, serán de aplicación las reglas generales del error, no pudiendo apreciarse la cualificación basada en una circunstancia personal desconocida por el autor del homicidio (cfr. art. 14.2). Por el contrario, el error en el golpe (*aberratio ictus*) es siempre relevante. Si A dispara contra B, pero por su mala puntería alcanza a C, habrá que castigar a A por tentativa de homicidio doloso en concurso con un homicidio o unas lesiones imprudentes. El mismo tratamiento técnico que de la *aberratio ictus* podría hacerse del llamado *dolus generalis*: el sujeto, tras haber estrangulado a su víctima y en la creencia de que la ha matado, la tira por un precipicio para ocultar su delito, siendo entonces cuando la víctima, que sólo estaba desvanecida, muere despenada. Sin embargo, parece en este caso más justo apreciar un solo delito consumado, pues, en definitiva, existe dolo de matar y la muerte se produce, de un modo u otro, y a diferencia de lo que sucede en la *aberratio ictus* no se pone en peligro ni se lesiona a otra persona. Pero sobre todo porque con la aplicación de las reglas del concurso se podría castigar más levemente que apreciando un solo delito. La figura del *dolus generalis* no es aplicable si, desde el principio, no hubo dolo de matar, sino imprudencia, y la muerte se produjo al querer encubrir las consecuencias del acto imprudente (STS 14 noviembre 1980).

b) La *imprudencia* en el homicidio, como en los demás delitos, constituye el límite mínimo para la imputación del resultado delictivo. Como es sabido, para que se dé esta forma de imputación del delito es precisa la realización de una acción *sin la diligencia debida*, lesionando, por tanto, el deber —tanto objetivo como subjetivo— de cuidado que es necesario tener en cuenta en la ejecución de acciones, delictivas o no, que previsiblemente puedan producir la muerte de alguien. La *previsibilidad*, objetiva y subjetiva, de la muerte constituye, en consecuencia, también un elemento conceptual del homicidio imprudente. Junto a estos dos elementos, falta de diligencia debida y previsibilidad, es necesaria la *producción del resultado muerte* en conexión causal con la acción imprudentemente realizada.

Generalmente, bastará la presencia de estos tres elementos para imputar el homicidio imprudente a través de los preceptos que en el Código penal regulan esta forma de imputación subjetiva del homicidio (arts. 142 y 621.2), teniendo en cuenta que habrá tantos delitos de homicidio como resultados de muerte se hayan producido, aunque los plurales resultados se deriven de una sola acción imprudente. De acuerdo con el art. 142, el homicidio imprudente siempre será delito cuando

se causare «por imprudencia grave». Si se trata de imprudencia profesional se impone, además de la pena de prisión de uno a cuatro años, la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años. Si el homicidio imprudente fuere cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá además la pena de privación del correspondiente derecho de uno a seis años. Esta pena es también aplicable, aunque en menor extensión, cuando el homicidio se causare por «imprudencia leve», pero en este caso sólo se dará la falta prevista en el art. 621, castigada con pena de multa de uno a dos meses, cuya persecución penal queda supeditada a la denuncia del representante legal de la víctima. Todo ello, claro está, sin perjuicio de lo que pueda acordarse como indemnización para los herederos de la víctima por la vía de la responsabilidad civil que, pudiendo exigirse en un procedimiento civil independiente, en nuestro Derecho procesal también se puede reclamar conjuntamente con la penal, lo que no raras veces determina que el proceso penal se utilice indebidamente para satisfacer estas pretensiones civiles.

La complejidad del tráfico automovilístico, sector donde estadísticamente se producen más homicidios imprudentes, y de otras actividades profesionales peligrosas (por ej., actividad médico-quirúrgica, cfr. *infra* capítulo IV) ha obligado a desarrollar una serie de criterios que sirven para solucionar satisfactoriamente una serie de casos en los que la simple conexión causal entre la acción imprudente y el resultado de muerte no es suficiente para la *imputación objetiva* de este a aquella. Como ya antes decíamos en relación con el problema causal, la importancia de éste como un problema autónomo se ha exagerado, pues lo que realmente importa es si se puede imputar objetivamente el resultado a una acción como base mínima para luego exigir una responsabilidad a título de imprudencia (o, en su caso, de dolo).

La *teoría de la imputación objetiva* ha ido adquiriendo cada vez mayor importancia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, constituyendo hoy uno de los pilares básicos de la dogmática jurídico-penal (véanse, por ej., las SSTs 20 mayo 1981 y 27 enero 1984, comentadas por LUZÓN PEÑA. Sobre la evolución jurisprudencial en esta materia, véase FERRAZ SÁNCHEZ, pp. 32 ss.). Tres son los criterios básicos utilizados por esta teoría para solventar problemas de imputación de un resultado a una acción imprudente:

1º) El *incremento del riesgo no permitido* sirve para resolver los llamados «procesos causales hipotéticos». Si, por ej., alguien conduciendo a más velocidad de la permitida atropella a un suicida o a un niño que cruza corriendo alocadamente la calzada, el resultado no le será imputable a título de imprudencia si no se demuestra que con su acción incrementó sensiblemente el riesgo de producción del accidente.

2º) El *riesgo implícito en la acción imprudente debe realizarse en el resultado*, de modo que este se produzca como consecuencia directa de ese riesgo y no por causas ajenas a la acción peligrosa misma. Este criterio sirve

para resolver los llamados «procesos causales irregulares», negando, por ej., la imputación a título de imprudencia de la muerte cuando el herido fallece a consecuencia de otro accidente cuando es transportado al hospital o por imprudencia de un tercero, mal tratamiento médico, etc. (véanse STS 27 enero 1984 y comentarios de LUZÓN PEÑA, pp. 81 ss. y SILVA SÁNCHEZ, 1984).

3º) El resultado debe producirse dentro del *ámbito de protección de la norma*, es decir, dentro del ámbito o actividad que regula la norma infringida por la acción imprudente. Así, por ej., por más que se pueda conectar causalmente con la acción imprudente la muerte de la madre del peatón que fallece de infarto al conocer la noticia del atropello del hijo, el criterio del fin o ámbito de protección de la norma vedaría tal posibilidad, pues la norma del Código de la circulación concretamente infringida por el conductor imprudente está para proteger la vida de las personas que en un momento determinado participan o están en inmediata relación con el tráfico automovilístico (pasajeros, peatones), no para proteger la vida de sus allegados o parientes que a lo mejor se encuentran lejos del lugar del accidente. Igualmente se puede utilizar este criterio para excluir la imputación objetiva de la muerte de un sujeto que se ha expuesto voluntariamente a un peligro, cuando la muerte se produce como consecuencia y dentro del grado de peligro aceptado (copiloto, participante en un deporte peligroso, etc.).

Los casos en los que el resultado se produce porque la propia víctima se pone en peligro al verse constraída a ello para evitar un delito grave (por ej., arrojándose de un vehículo en marcha para huir de una violación o un robo) deben imputarse a quien injustamente creó esa situación, salvo que la reacción de la víctima sea absolutamente desproporcionada o innecesaria (véanse, por ej., SSTs 8 noviembre 1991, 20 diciembre 1996, 26 febrero 2000, y los comentarios a esta última de diversos autores en RDPP 2000. Sobre la exposición voluntaria a actividades peligrosas, véase *infra*, capítulo IV).

## El problema del llamado homicidio preterintencional

Se da esta figura cuando a consecuencia de unas lesiones dolosas, causadas sin intención de matar, se produce la muerte del agredido y ésta es imputable a título de imprudencia.

En el Código penal no se da ninguna regla especial para la solución de este problema, entendiéndose, por tanto, que el *llamado homicidio preterintencional* debe ser resuelto con ayuda de los principios generales de imputación objetiva y subjetiva. Es decir, una vez afirmada la imputación objetiva (algo que muchas veces es en estos casos bastante discutible, cfr. *supra*: tipo objetivo), procederá examinar si el resultado de muerte producido era consecuencia de un comportamiento imprudente. Si se responde afirmativamente a esta cuestión, habrá que imputar el resultado muerte a título de imprudencia (*homicidio por imprudencia*) en concurso (ideal) con el delito (o falta) doloso que cons-

tituya el hecho inicial de lesiones (en este sentido se pronunció ya la jurisprudencia a partir de la STS 30 marzo 1973, comentada por MUÑOZ CONDE, 1975, pp. 884 ss.; cfr. también SSTs 14 noviembre 1980, 28 marzo 1984, comentada por HUERTA TOCILDO; MIR PUIG, pp. 57 ss. Sobre la situación en el Código penal anterior, cfr. MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 32 ss.).

Esta solución, que teóricamente no presenta ningún problema, plantea algunas dificultades prácticas, ya que cuando la muerte se produce, el hecho inicial de lesiones desaparece y es difícilmente calificable lo que realmente hubiera pasado caso de no haberse producido la muerte. En algunos casos de lesión perfectamente comprobada (mutilación de un órgano), no habrá ninguna dificultad en admitir el correspondiente concurso ideal entre esta lesión consumada y el respectivo delito de homicidio por imprudencia, sobre todo si además ha habido un lapso de tiempo que permita claramente diferenciar un resultado de otro. Más dificultades habrá cuando entre las lesiones y el homicidio no exista, o no exista apenas, un lapso de tiempo o cuando no esté muy claro el tipo de lesiones que el sujeto quería producir. En estos casos, habrá que establecer en el correspondiente informe pericial de autopsia el tipo de lesiones y, por tanto, la gravedad hipotética de las mismas, caso de no haberse producido la muerte, para sobre la base de este *diagnóstico hipotético* calificar las lesiones iniciales, consumadas o intentadas, que deben entrar en concurso con el homicidio imprudente (véase STS 15 octubre 1990: como consecuencia de las quemaduras producidas en la cara y tórax de la víctima —lesiones dolosas graves— se produce la muerte de la misma —homicidio por imprudencia—). De no ser ello posible, bien porque las lesiones en sí mismas sean de escasa consideración (simple puñetazo o malos tratos), bien porque no pueda determinarse su gravedad autónomamente, habrá que estimar sólo el homicidio imprudente (cfr. STS 10 noviembre 1998. De esta opinión también la doctrina dominante).

Aunque ésta sea la tesis dogmáticamente correcta, conviene hacer alguna matización político-criminal al tratamiento del llamado homicidio preterintencional. La especial relación existente entre los bienes jurídicos del delito de lesiones (integridad física y salud) y del delito de homicidio (vida), susceptibles de ser agredidos con el mismo tipo de acción (lesión, herida, golpe), hace que lo que es fácil de delimitar en el plano teórico (intención de lesionar-intención de matar), ya no lo sea tanto en la práctica, donde además el desvalor que supone la lesión queda normalmente absorbido por el desvalor del resultado muerte. En cualquier caso, no puede valorarse igual la muerte producida a consecuencia de un acto imprudente (por ej., en accidente de tráfico), que la muerte que se deriva de unas lesiones producidas

con ánimo de lesionar aunque no de matar. La tesis del concurso (ideal) resuelve este último caso de un modo correcto teniendo en cuenta tanto el desvalor lesión dolosa inicial, como el desvalor muerte producida imprudentemente (imponiendo, por tanto, la pena del delito más grave en su mitad superior o cumulativamente las penas de los dos delitos por separado. Cfr. art. 77). Sólo que no siempre es posible determinar la pena de las lesiones iniciales que no llegaron siquiera a producirse cuando el resultado muerte fue consecuencia inmediata de la acción lesiva inicial.

La STS de 16 de noviembre de 1987 alude, por eso, a un juicio de pronóstico sobre cuya base se debe calcular la gravedad de las lesiones. De todos modos, en ningún caso puede hablarse, como se hace en otras sentencias, de *concurso real*, pues, como indica SILVA SÁNCHEZ en comentario a la STS de 9 de febrero de 1984 (1985, p. 202, nota 29), no existe aquí la pluralidad de hechos característica del concurso real, sino *un solo hecho*.

## Causas de justificación

Entre las causas de justificación tienen especial importancia en el homicidio la legítima defensa y el cumplimiento de un deber, oficio o cargo.

El consentimiento de la víctima no tiene efecto justificante alguno, pero su presencia determina la calificación sobre la base del art. 143 (cfr. *infra* capítulo II). Especialmente interesante es el problema del empleo de la violencia por parte de la autoridad o sus agentes cuando ésta produce la muerte de algún ciudadano. La gravedad de este hecho ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a señalar unos límites con la idea de evitar todo exceso o desviación de poder. Estos límites son, en principio, la necesidad racional de la violencia y su adecuación proporcional al hecho. Aunque algún sector doctrinal y jurisprudencial entiende que también es necesaria la agresión ilegítima, manteniendo una casi identidad con la legítima defensa, generalmente se considera hoy que no es necesario este requisito para justificar el ejercicio de la violencia por la autoridad. Pero, en todo caso, las acciones violentas de la autoridad tienen que ser necesarias para restablecer el orden perturbado y sólo estarán justificadas *en la medida en que sean necesarias*. Falta la necesidad de la violencia cuando no es preciso acudir a ella para restablecer el orden porque, por ejemplo, la sola presencia de la autoridad ya es suficiente para ello. Finalmente la violencia debe ser *proporcionada* al hecho que la motivó. Reprimir desproporcionadamente un hecho no es sólo un acto de barbarie, es también un acto cruel, innecesario y perjudicial para una convivencia pacífica. Así lo ha estimado muchas veces la jurisprudencia (véanse, por ej., SSTs 2

abril 1960, 9 marzo 1963, 9 mayo 1969 y 8 marzo 1974) cuando la violencia empleada por la autoridad no fue proporcional a la gravedad de los hechos reprimidos. El principio de ponderación está, por tanto, por encima de cualquier reglamentación de la actividad policial, como la famosa «cartilla de la Guardia Civil», a la que no puede atribuirse, desde luego, ninguna significación decisiva ni derogadora del Código penal (en este sentido, CORDOBA I, p. 373. Cfr. también STS 16 mayo 1983: «Caso Almería» y comentario de ZUGALDÍA ESPINAR). Los casos de error sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites del derecho a usar la violencia deben tratarse conforme al art. 14.3 (error de prohibición), aunque, al igual que en las demás causas de justificación, la apreciación errónea de los presupuestos del uso de armas dentro de los límites del riesgo permitido y de lo que dadas las circunstancias se puede entender como razonable, debe considerarse que entra dentro del ámbito de la causa de justificación (véanse MUÑOZ CONDE, 1992; y REQUEJO CONDE).

Según el art. 5.2.d de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, «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, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior» (es decir, «los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance»).

## Tentativa y actos preparatorios

Respecto a este tema se plantean en el homicidio fundamentalmente dos problemas: la delimitación entre actos preparatorios impunes y tentativa punible y la delimitación entre tentativa de homicidio y delito consumado de lesiones.

En orden a la delimitación entre acto preparatorio impune y tentativa punible se tiende a ampliar, por razones político-criminales, el ámbito de la punibilidad de la tentativa a casos que no son propiamente ejecutivos y no constituyen, por tanto, tentativa punible. Así, por ejemplo, la STS de 13 de julio de 1986 consideró tentativa (de asesinato) que «los procesados, después de concertarse entre sí y de pagar a otro parte de la cantidad convenida por la muerte de un tercero, acechan a éste durante varios días, le buscan en lugar determinado para cometer el crimen y no lo llevan a cabo por haber visto gente en

los alrededores». Sin embargo, la STS de 8 de enero de 1900 consideró que no había tentativa de homicidio en el hecho de buscar a una persona para matarla. Otros casos más dudosos en torno al homicidio son el apuntar con el arma de fuego, el cargarla, el sacarla de la funda, etc. De acuerdo con la teoría dominante en la delimitación entre acto preparatorio y acto de tentativa hay que atender al plan del autor y a la descripción de la acción en el tipo legal. Pero, a mi juicio, lo decisivo debe ser siempre este segundo elemento por imperativo del principio de legalidad. Por eso, aunque algunos de los casos citados pueden considerarse, desde el punto de vista del plan del autor decidido a matar, como actos ejecutivos de homicidio, hay que considerar, desde el punto de vista legal, que no existe, sin embargo, acto ejecutivo alguno de matar en el hecho de sacar un arma de su funda o en el de comprar el arma para matar a la víctima. Cosa distinta es que muchos de estos hechos puedan ser castigados como amenazas, o por tenencia ilícita de armas (sobre la distinción amenazas-tentativa de homicidio, véase STS 20 febrero 1975).

También son punibles, conforme dispone el art. 141 tanto para el homicidio, como para el asesinato, la provocación, la conspiración y la proposición (cfr. arts. 17 y 18).

Respecto a la delimitación entre lesiones consumadas y tentativa de homicidio la distinción es clara en el plano teórico, pues la tentativa de homicidio supone siempre la intención o dolo (aunque sea eventual), es decir, la intención de matar, lo que por definición falta en las lesiones. En la práctica, sin embargo, es difícil distinguir un caso de otro. El Tribunal Supremo recurre a criterios puramente procesales que funcionan como «indicadores» de la intención del sujeto, como la naturaleza del arma empleada, el número y dirección de las heridas, etc., e intenta sistematizar estos criterios acudiendo para ello a signos objetivos anteriores a la acción (existencia de amenazas o simples resentimientos entre autor y víctima, la personalidad del agresor y del agredido y las relaciones entre ambos), coetáneos (medio vulnerable y región afectada por la agresión, manifestaciones de los contendientes, reiteración de los actos agresivos) y posteriores a la acción misma (palabras o actitud del agente ante el resultado producido, ayuda o abandono de la víctima. Cfr. SSTS 20 noviembre 1975, 4 y 5 febrero 1982, 12 marzo 1987, 17 enero 1994 y 26 junio 1998). En general, el Tribunal Supremo destaca que estos criterios son complementarios y meramente indicativos de la intención del sujeto, lo que, en el fondo, se convierte en un problema de «libre valoración de la prueba».

Entre la tentativa de homicidio y las lesiones consumadas existe un concurso de leyes que habrá de resolverse aplicando la pena de mayor gravedad. Ello resulta especialmente claro cuando las lesiones consumadas merecieran una pena superior a la del homicidio o asesinato en grado de tentativa, pues no parece lógico castigar por la tentativa de homicidio o asesinato cuando éste no se consuma por puro accidente y la lesión tiene suficiente entidad material o incluso mayor pena que la que correspondería por tentativa de homicidio o asesinato (cfr. MAPELLI CAFFARENA, 1997, pp. 259 ss.; STS 12 noviembre 1994 y comentario de CARDENAL MONTRAVEJA). También se impondrá la pena de las lesiones consumadas cuando el homicidio intentado quede impune por *desistimiento voluntario y eficaz* del autor (cfr. *infra* capítulo IV). Cuando son varias las acciones continuadas en un breve lapso de tiempo (por ej., varios disparos, varias puñaladas, etc.) existe un único delito de homicidio, consumado o intentado, según se produzca o no la muerte.

### Circunstancias modificativas

No existe en el Código penal ninguna previsión específica para el homicidio «pasional» o realizado bajo alguna circunstancia de arrebatado, ira, miedo, etc., por lo que en estos casos todo lo más será aplicable la atenuante 3ª del art. 21, conforme a las reglas generales de determinación de la pena. Sin embargo, muchas veces pueden apreciarse las causas de justificación como eximentes incompletas (art. 21,1ª en relación con el art. 68), sobre todo cuando se deben a la falta de un requisito no esencial o a excesos explicables por el propio estado emocional del que, por ejemplo, actúa originariamente en legítima defensa. Las riñas y peleas son casos en los que se puede aplicar con frecuencia este supuesto. También cabe apreciar como circunstancias atenuantes, a través de la eximente incompleta del art. 21,1ª o de la atenuante 2ª del art. 21 (adicción a las drogas), los trastornos mentales, el miedo insuperable o la embriaguez y la drogadicción.

Respecto a las agravantes, en principio son aplicables todas las previstas en el art. 22, salvo las mencionadas en el art. 139 (asesinato). Dichas agravantes inciden en la determinación de la pena conforme a las reglas generales.

Las relaciones parentales entre el autor del homicidio y la víctima (ser o haber sido cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente,

descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente) pueden constituir, según el art. 23, tanto una circunstancia agravante, como una atenuante, aunque en este delito y en el asesinato serán normalmente consideradas como una agravante, pero sin llegar, como sucedía en el Código penal anterior, a constituir un delito autónomo de parricidio, que con buen criterio ha sido eliminado del nuevo Código penal (sobre la situación anterior, véase Muñoz CONDE, 10ª ed., p. 53; respecto al antiguo infanticidio, véase *infra*: asesinato y alevosía).

## ASESINATO

La muerte de una persona a consecuencia de la acción realizada por otra, valiéndose de medios especialmente peligrosos o revelando una especial maldad o peligrosidad, ha sido tradicionalmente castigada más severamente que el simple homicidio.

Con el nombre específico de asesinato aparece ya en el Código penal de 1822 una figura de delito similar a la tipificada en el art. 139 del actual Código penal. Dice así este precepto:

- «Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:
- 1.ª Con alevosía.
  - 2.ª Por precio, recompensa o promesa.
  - 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido».

El asesinato no es, por consiguiente, más que la muerte de otra persona ejecutada con las circunstancias mencionadas en el art. 139. Del tenor literal se desprende que hasta la concurrencia de una de ellas para elevar la muerte de una persona a la categoría de asesinato. Pero esto no quiere decir que el asesinato sea un mero homicidio cualificado. En realidad, el asesinato es un delito distinto, independiente y autónomo del homicidio. Históricamente el asesinato ha tenido siempre un carácter autónomo frente a los demás delitos contra la vida, autonomía que no sólo se reflejaba claramente en el Código penal de 1870 que lo recogía en un capítulo distinto al del homicidio, sino en el marco penal que se le asignaba (que podía llegar a la pena de muerte) y que todavía en algunos Códigos penales, como el alemán, es la prisión perpetua. A partir del Código penal de 1932, el asesinato

aparece incluido en un Capítulo común a todos los delitos contra la vida humana independiente, con excepción del infanticidio. Pero esto no quiere decir que por eso perdiera su autonomía. La redacción siguió siendo prácticamente la misma que tenía en el Código del 70 y, al igual que sucedió con el parricidio, al que se había privado también de su autonomía sistemática, se le comunicó con una *pena distinta* (reclusión mayor a muerte) y no sólo más grave que la del homicidio (reclusión menor). También sociológicamente e incluso desde el punto de vista lingüístico el asesinato tiene un significado autónomo distinto del homicidio.

Sin embargo, el Código penal de 1995 parece haber pretendido darle un carácter de homicidio cualificado, confirmado por el empleo en la rúbrica del Título I de la expresión «Del homicidio y sus formas». Ello, no obstante, no es un argumento decisivo a la hora de desentrañar la verdadera naturaleza del asesinato; también la cooperación e inducción al suicidio está tipificada bajo la misma rúbrica en el mismo Título y no por eso se discute su carácter autónomo frente al homicidio. En realidad, son otras las razones, dogmáticas y político-criminales, que deben emplearse para resolver este problema (sobre la configuración típica de los delitos contra la vida, véanse SANZ MORÁN, pp. 783 ss.; DEL ROSAL BLASCO, 2000, pp. 675 ss.).

Una concepción del asesinato como mero homicidio cualificado puede chocar con el convencimiento social, bastante extendido, de que dentro de los delitos contra la vida debe individualizarse algún tipo específico que recoja los atentados más graves y repugnantes a este importante bien jurídico. El problema se plantea al traducir en términos técnico-legislativos este sentimiento. Pues las exigencias de garantía y seguridad jurídica obligan a configurar con claridad un tipo autónomo sobre la base de unas circunstancias agravantes, cuya elección es siempre arbitraria y producto de valoraciones históricamente condicionadas (cfr. *infra*). En realidad, el mismo efecto agravatorio podría conseguirse con la técnica de los tipos cualificados, sin necesidad de restringir el asesinato a las circunstancias previstas en el art. 139, pero el legislador ha reservado la calificación de asesinato para aquellos casos en los que la muerte se produce con empleo de determinadas circunstancias (las citadas en el art. 139 y no otras), manteniendo además el nombre de «asesinato», al que asigna un régimen punitivo agravatorio especial para el caso en el que concurre más de una de las circunstancias previstas en el art. 139 (cfr. *infra* y art. 140). La discusión parlamentaria de este precepto no arroja mucha luz sobre este problema, aunque el mantenimiento de la palabra asesinato se hizo conscientemente de que, con ello, se daban argumentos en favor de su autonomía (véanse las distintas propuestas en LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN). No obstante, un amplio sector doctrinal considera que en el Código penal de 1995 el asesinato no es más que un homicidio cualificado. Ciertamente, la regulación actual permite, como se ve, mantener

argumentos tanto a favor como en contra de la autonomía del asesinato. Pero la función preventiva y, en definitiva, motivadora del Derecho penal exige, más por razones político-criminales que dogmáticas, la creación, en todo caso, de un tipo específico que traduzca, en términos agravatorios, la mayor desaprobación de esta clase de hechos. Esta tesis es, a mi juicio, reforzada por el art. 140, que es una regla especial de determinación de la pena para el caso en que concurra más de una de las circunstancias previstas en el art. 139 (pena: prisión de veinte a veinticinco años). En este caso se puede hablar incluso de un *asesinato cualificado*, en el que una de las circunstancias del art. 139 sirve para calificar el hecho como asesinato y a partir de ahí, la otra (u otras) concurrentes, para imponer el marco penal del art. 140. Ello supone evidentemente la derogación del régimen general de las reglas de determinación de la pena, que sólo será aplicable en el caso de que concurran otras agravantes genéricas distintas a las citadas en el art. 139.

### Breve estudio de las circunstancias cualificadoras en el asesinato

Las circunstancias citadas en el art. 139 coinciden casi literalmente con las agravantes 1ª, 3ª y 5ª del art. 22. Por ello, sólo se va a hacer referencia a aquellas cuestiones que afectan directamente al asesinato.

— La *alevosía* viene definida en el número primero del art. 22, definición que también es válida para el art. 139.

Dice así el art. 22.1ª: «Hay alevosía 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 que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

Respecto al asesinato, el principal problema que plantea esta circunstancia es el de si puede estimarse en la muerte de seres indefensos.

Según una reiterada jurisprudencia, la muerte de niños, ancianos, impedidos, etc., debe estimarse siempre como alevosa y, por tanto, como asesinato (véase, por ej., STS 16 mayo 1968 y el comentario a ella de DEL ROSAL, pp. 311 ss.; y más recientemente STS 13 septiembre 1996, con comentario crítico de GÓMEZ RIVERO, 2000, pp. 42 ss.). Este criterio es incompatible con el sentido literal de la definición legal antes transcrita, porque en estos casos el sujeto activo no emplea «en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla», sino que se encuentra con una situación no provocada ni buscada por él. Por otra parte, tampoco hay en estos

casos posible reacción defensiva por parte del ofendido, faltando con ello el segundo requisito objetivo de la alevosía. De acuerdo con esta interpretación, los casos que en el anterior Código penal (art. 410) se calificaban de infanticidio (muerte de un recién nacido producida por su madre o abuelos maternos para ocultar la deshonra de la madre), no tienen ahora que ser necesariamente calificados de asesinato, sino como homicidio, valorándose dentro de este tipo las circunstancias emocionales o los trastornos mentales que puedan darse en esta clase de hechos. En casos como los citados todo lo más se puede tener en consideración la agravante de abuso de superioridad (2ª del art. 22), que desde luego no eleva el homicidio a la categoría del asesinato — una buena prueba más de la autonomía del asesinato, pero también de lo arbitraria que es, a veces, la distinción homicidio-asesinato—. La cuestión de la alevosía es menos discutible en el caso de durmientes, sobre todo cuando esta situación de sueño ha sido provocada por el sujeto activo, suministrando, por ejemplo, un narcótico a la víctima o esperando a que ésta se duerma para matarla. No cabe duda de que aquí sí se busca y se crea el aseguramiento de la ejecución y se evita toda posibilidad de defensa. Lo decisivo en la alevosía es, por tanto, el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia de riesgo ante la defensa que pueda hacer el ofendido, de ahí que se estime siempre alevosa la muerte a traición o por sorpresa, aunque algunas corrientes feministas nieguen que esta calificación sea aplicable cuando la mujer mata al marido mientras duerme, ya que por su mayor debilidad física no puede hacerlo cara a cara (LARRAURI/ VARONA, pp. 15 ss.), y algún sector doctrinal y jurisprudencial, influido por la dogmática alemana, cuyo Código penal, por cierto, carece de una definición de la alevosía, entienda que es necesario un ánimo especial alevoso. La definición que da el art. 22.1ª de la alevosía no requiere, desde luego, ninguna motivación especial, basta con que el sujeto busque la situación favorable, la conozca y la aproveche o quiera aprovecharla.

La alevosía puede aparecer en cualquier momento de la ejecución del delito, pero también puede suceder que se inicie la ejecución del hecho alevosamente y que termine simplemente como homicidio, si por ejemplo se dispara contra la víctima, primero a traición, sin alcanzarla y cuando ésta, apercibida, se encuentra frente al agresor, vuelve éste a disparar, matándola (cfr. SSTS 21 marzo 1984 y 29 septiembre 1989). En este caso, admitir el concurso entre una tentativa de asesinato y un homicidio doloso consumado supone descomponer la acción

de matar en una serie de secuencias aisladas desconectadas entre sí e ignorar que una vez iniciados los disparos, y reiterados éstos sin solución de continuidad, la modificación de la situación de la víctima sólo puede influir en la calificación de alevosía en el caso en el que la situación alevosa originaria haya cambiado sustancialmente, no cuando sigue existiendo la misma situación de indefensión (el que una persona desarmada a la que se va a matar por la espalda se vuelva, carece de trascendencia a los efectos de seguir considerando que existe alevosía). Por las mismas razones, tampoco se convierte automáticamente en alevosa la muerte producida por una puñalada en la espalda, o al rematar al contendiente caído en el suelo, en el transcurso de una pelea en la que ambos contendientes actúan en igualdad de condiciones.

La alevosía no exige ningún tipo de premeditación o preparación y puede surgir en el mismo momento en que se ejecuta el hecho (el sujeto aprovecha que su enemigo le da la espalda). En algunos casos, el medio empleado para ejecutar la muerte puede ya de por sí constituir alevosía (por ej., el veneno), por eso se ha prescindido en la nueva regulación del asesinato de la circunstancia de «por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo», supuestos que pueden incluirse dentro del concepto de alevosía (respecto a la premeditación, véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 42 ss.). La alevosía absorbe las agravantes de distracción y abuso de confianza y superioridad, lo que no quiere decir que siempre que se den estas agravantes se dé también la alevosía, sino, al contrario, que siempre que se aprecie la alevosía no podrán apreciarse coetáneamente otras agravantes similares.

— La segunda circunstancia del art. 139 se corresponde con la tercera del art. 22, aunque en el art. 139 se sustituye la expresión «mediante» por la de «por», acentuándose, de este modo, el carácter motivador de esta circunstancia. No basta, por consiguiente, que el sujeto que mata reciba posteriormente una determinada dádiva por lo que ha hecho, sino que es preciso que lo haya hecho sobre la base de tal motivo. Según la jurisprudencia y la doctrina dominantes el *precio*, *recompensa* o *promesa* han de tener un carácter económico. Esta circunstancia requiere, por lo menos, la presencia de dos personas: la que ofrece el precio y la que lo recibe. Es compatible con las demás circunstancias del art. 139.

— *Ensañamiento. Propuesta de reinterpretación.* Referido en el art. 22, 5ª genéricamente al aumento deliberado del sufrimiento de la víctima, causando a ésta «padecimientos innecesarios para la ejecución

del delito», el ensañamiento en el art. 139 únicamente se refiere al aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido, sin especificar si ese dolor debe o no ser innecesario. Lo esencial de esta circunstancia en el asesinato es, por consiguiente, que se aumente «deliberada e inhumanamente» el dolor del ofendido, es decir, que se aumenten sus sufrimientos con actos de crueldad, torturas, sevicias, etc., previos a la producción de la muerte, independientemente que de ello sea o no necesario para la ejecución del delito. La doctrina y la jurisprudencia consideran, sin embargo, aplicable esta cualificación solamente cuando el aumento del dolor de la víctima sea «innecesario» para la ejecución del delito. Esta exigencia está presente ciertamente en la configuración del ensañamiento como agravante genérica tanto en el art. 10, 5ª del anterior Código penal, como en el art. 22, 5ª del Código penal de 1995, pero no se menciona ahora, ni se mencionaba antes tampoco expresamente en la definición del ensañamiento como elemento del asesinato. En este delito, por tanto, se prescinde del requisito de la «innecesariedad» del aumento del dolor. Ciertamente, la mayoría de las formas en las que se puede matar a una persona suponen dolor o sufrimiento, físico o psíquico, para la víctima, por lo que el sentido de la agravación que el ensañamiento representa debe basarse en que electivamente el sujeto activo no sólo quiera matar, sino hacer sufrir a la víctima, por ejemplo, torturándola previamente, sin que ello sea estrictamente necesario para conseguir su propósito homicida. Pero muchas veces no se puede decir que la tortura sea realmente innecesaria desde el punto de vista del plan concebido por el autor o autores del asesinato. Así, por ejemplo, puede suceder que, antes de matar a la víctima, el autor o autores de la muerte quieran obtener de ella determinados datos, la entrega de dinero, etc., y para ello procedan a maltratarla o torturarla. En este caso, no se puede decir que la tortura, como forma de aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento del torturado, sea innecesaria desde ningún punto de vista, ni objetivo, ni subjetivo, ya que para obtener la información o el dinero no había otro procedimiento más eficaz que éste. Sin embargo, a pesar de la «necesidad» de este aumento deliberado del sufrimiento, el ensañamiento debe ser también aplicable en los casos en los que el aumento del dolor de la víctima, antes de proceder a matarla, no se emplea con un ánimo sádico gratuito, sino con otros propósitos, para cuya consecución es necesario torturarla, física o psíquicamente, hasta alcanzar el fin perseguido (en este sentido GÓMEZ RIVERO, 2000, p. 57).

A esta solución se llega desde mi punto de vista tanto desde una visión puramente dogmática, como desde otra criminológica de esta circunstancia. Dogmáticamente, como ya hemos dicho, el legislador ha prescindido de mencionar la «innecesariedad» de la provocación del dolor como requisito del ensañamiento en el asesinato. Y ello tiene su razón de ser en la propia fenomenología de esta circunstancia cuando concurre en un asesinato. Muchas veces éste va precedido de un delito de lesiones con tortura, ya de por sí constitutivo de un tipo cualificado del delito de lesiones (cfr. art. 148.2º), que, sin embargo, pierde su autonomía para ser valorado como ensañamiento en el delito de asesinato. Piénsese en casos como el del secuestrador que tortura al secuestrado para obtener información y, una vez obtenida ésta, lo mata. La tortura desde el punto de vista del torturador no es ciertamente «innecesaria» y aparentemente, por tanto, no le sería aplicable el ensañamiento conforme a la interpretación que dan a esta circunstancia la doctrina y la jurisprudencia dominante: sin embargo, si se mira este hecho desde el punto de vista objetivo y, sobre todo, desde el punto de vista de la víctima, hay aquí un aumento deliberado e inhumano del dolor que supone un plus de gravedad de la antijuricidad que se añade al desvalor que ya de por sí constituye matar a una persona. Negar esta interpretación del ensañamiento significaría tanto como dejar de valorar la tortura a la que se puede someter a una persona antes de matarla, cuando ésta sea «necesaria» para la consecución de los propósitos del que la mata, y restringir esta circunstancia a casos de laboratorio de «asesinos sádicos» psicóticos, más en los límites de la inimputabilidad que en los de la maldad fría y desalmada del asesino que actúa de forma plenamente imputable. Ciertamente, hay que reconocer que la interpretación tradicional del ensañamiento abona una configuración muy restrictiva de esta circunstancia (de ahí su escasa aplicación en la práctica); pero en casos como éste no parece aventurada una interpretación como la que aquí se propone, perfectamente compatible con el tenor literal del art. 139.3º (en contra de esta interpretación. STS 5 marzo 1990, que, aparte de no considerar probados los hechos que apoyan la apreciación de ensañamiento, insiste en la interpretación tradicional que exige el propósito de satisfacer instintos de perversidad y la provocación de males «innecesarios»; cfr. también SSTS 24 septiembre 1997 y 25 junio 1998; críticamente GÓMEZ RIVERO, 2000, pp. 52 s.).

Los actos de ensañamiento con el cadáver, las acciones sádicas «post mortem», están excluidas del concepto legal de ensañamiento, ya que en este caso no hay dolor que aumentar. Otra cosa sucede cuando, antes de que se produzca la muerte, se infligen gran número de puñaladas o de golpes de forma continuada hasta provocarla, teniendo en cuenta que, por muy graves que sean las heridas, la muerte no se produce en estos casos siempre de forma instantánea y mientras tanto la víctima que está siendo salvajemente apuñalada o golpeada sufre una lenta agonía. Aunque el ensañamiento no se mide por el número de puñaladas o de golpes, no cabe duda de que continuar las

agresiones hasta provocar la muerte, cuando se hace de forma deliberada mientras la persona está viva, puede ser considerado como una forma de ensañamiento.

En este sentido, la STS de 8 de octubre de 2001 corrigió una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de diciembre de 1999 y aplicó ensañamiento (además de alevosía) en un caso en el que un sujeto propinó 17 golpes en la cabeza a su compañera antes de estrangularla, razonando que el mayor dolor padecido por la víctima «debe resultar de una deducción lógica de los hechos». El mismo criterio debe emplearse para juzgar casos como el de Ana Orantes, golpeada por su marido hasta dejarla inconsciente, quien luego la ató a una silla, la roció con gasolina y le prendió fuego; o ¿habrá que pensar que si la mujer estaba ya inconsciente cuando el marido le prendió fuego no sentía ya ningún dolor?

Los casos de humillación y vejación de la víctima y la causación de «dolor moral» (escupirle, hacerle que se desnude y se coloque en situación humillante, asustarla con disparos de fuego diciéndole que se le va a matar y simular un fusilamiento, hacerle beber orina o acético de ricino, etc.) entran también en el concepto de ensañamiento y, por tanto, si van seguidos de la ejecución de la muerte ésta se debe calificar de asesinato (cfr. *infra* capítulo VII).

## Naturaleza de las circunstancias cualificadoras del asesinato

Como ya se ha dicho, las circunstancias del art. 139 son elementos típicos y no circunstancias agravantes genéricas del art. 22, por lo que no siguen el régimen del art. 66. Lo dispuesto en el art. 65 respecto al cómputo de las circunstancias modificativas en caso de concurrencia de varios intervinientes en el delito no es tampoco aplicable directamente al asesinato (véase *infra*: participación).

Como se desprende del tenor literal del art. 139 («concurriendo alguna de las circunstancias siguientes»), basta que se dé una sola de las circunstancias mencionadas en el art. 139 para la calificación del hecho como asesinato. Puede suceder, sin embargo, que en la muerte de una persona concurren varias de las circunstancias citadas en el art. 139. En este caso, cualquiera de ellas puede tomarse para calificar esa muerte como asesinato, pero las demás, a diferencia de lo que ocurría en el Código penal anterior, determinan la aplicación del tipo cualificado del art. 140, por lo que, sólo una vez que estemos en el marco penal de este artículo se podrá acudir al régimen general de la determinación de la pena en función de la concurrencia de circunstancias modificativas genéricas, agravantes o atenuantes, que sí se computan

conforme al régimen general previsto en el art. 66. Así, si concurre sólo una circunstancia cualificadora del asesinato, se aplica la pena del art. 139 (15 a 20 años de prisión) y dentro de ese marco se aplican las agravantes y atenuantes genéricas conforme al régimen general previsto en el art. 66. Si se dan dos circunstancias del art. 139 (por ejemplo, muerte de una persona ejecutada con alevosía y por precio), una de las dos (la alevosía, por ejemplo) se toma para calificar el hecho como asesinato, mientras que la otra (en este caso, el precio) funcionará como agravante específica que obliga a recurrir al marco penal del art. 140 (20 a 25 años) y dentro de este marco se computan conforme a las reglas generales de determinación de la pena del art. 66 las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas que concurren (es decir, deberá imponerse la pena del art. 140 en la mitad superior si concurre una agravante genérica—motivos racistas, por ej.—; podrán compensarse racionalmente circunstancias agravantes genéricas con circunstancias atenuantes—por ej., los motivos racistas con el arrebatado u obcecación—; se deberá imponer la pena del art. 140 en la mitad inferior si concurre sólo una circunstancia atenuante o la inferior en uno o dos grados si concurren una o varias atenuantes muy calificadas o dos o más de las circunstancias atenuantes y no concurre ninguna agravante, o una eximente incompleta). La cuestión se complica más cuando se dan las tres circunstancias del art. 139, aunque creo que en este caso la tercera se convierte en agravante genérica y sigue el régimen general del art. 66 (véase *infra*: participación).

### Elementos comunes con el homicidio

Como ya se ha dicho, la concurrencia de alguna de las circunstancias del art. 139 diferencia el homicidio del asesinato. Pero ambos delitos tienen algunas características comunes. Así, aparte de la igualdad en el bien jurídico protegido, coinciden los sujetos, activo y pasivo, el objeto material y los problemas de la relación de causalidad.

En el *tipo subjetivo* existe, sin embargo, una diferencia fundamental. Mientras que en el homicidio cabe la comisión imprudente, no se puede cometer el asesinato por imprudencia. La naturaleza misma de las circunstancias del art. 139 se opone a esta posibilidad, ya que unas exigen la referencia del dolo a ellas (la alevosía, el ensañamiento), mientras que el precio, recompensa o promesa constituye un móvil incompatible con la imprudencia. Por tanto, la muerte ocasionada empleando un medio objetivamente alevoso (por ej., un incendio),

pero sin intención de matar, constituirá, todo lo más, un homicidio por imprudencia (o, en su caso, con dolo eventual; véase *infra*), nunca un asesinato.

Más discutible es la posibilidad del *dolo eventual en el asesinato*. Desde luego no existe problema alguno en calificar como asesinato el hecho de poner una bomba de relojería en un buque para cobrar una prima de seguro, provocando su hundimiento y la muerte de varias personas, que, como consecuencia necesariamente unida al resultado pretendido, puede ser imputada a título de dolo directo (aunque sea de segundo grado o de consecuencias necesarias). Lo mismo sucede con el atentado terrorista en el que mueren varias personas a consecuencia de la explosión de una bomba en unos grandes almacenes en el momento de mayor afluencia de público (cfr., sin embargo, art. 572.1.1ª e *infra*). Naturalmente, en estos casos el desconocimiento por parte de los autores de la identidad o del número exacto de las víctimas no impide la calificación de dolo directo y, por tanto, de asesinato, en la medida en que el resultado letal es globalmente aceptado. Más complejo es el problema cuando el resultado letal aparece como aleatorio, aunque el autor del hecho se lo haya representado como probable y, a pesar de ello, haya aceptado el riesgo de su producción. Piénsese en el incendio de una casa habitada (art. 351), o en el descarrilamiento de un tren lleno de pasajeros (art. 346). Las posibles muertes que en casos de este tipo se puedan producir pueden ser imputables, sin duda alguna, a imprudencia, e incluso a dolo eventual. La cuestión es la de si deben de calificarse, en caso de que se demuestre el dolo eventual, de asesinato o como simple homicidio en concurso con los respectivos delitos de incendio, estragos, etc.

Sin entrar ahora en enojosos cálculos de determinación de la pena que procedería aplicar con una u otra calificación, la cuestión debe ser resuelta teniendo en cuenta la función dogmática y político-criminal que cumple el asesinato frente a los demás delitos contra la vida y consecuentemente frente al homicidio doloso simple del art. 138, verdadero ámbito del dolo eventual. Si en algo se diferencia el asesinato del homicidio doloso simple es en que la finalidad, más o menos amplia, de matar viene afianzada, en el asesinato, por el empleo de determinados medios o la presencia de unos móviles que tienden claramente a esta finalidad. Si, por el contrario, el empleo de esos medios se hace para asegurar la ejecución de un hecho que probablemente puede producir la muerte, pero no de un modo seguro, o con el fin de dar un susto o un escarmiento, torturando a alguien sin pretender

matarlo, pero asumiendo el riesgo de que la paliza produzca este fin, entonces estaremos en los dominios del homicidio doloso simple, por más que el hecho en sí y la muerte, si se produce, produzcan el mismo sentimiento de rechazo que cuando se hace con ánimo directo de matar.

Estamos, pues, aquí ante una conclusión dogmática que puede ser, en algunos casos, insatisfactoria desde el punto de vista político-criminal. MAPELLI CAFFARENA (1988, pp. 439 ss.) considera posible en el asesinato el dolo eventual respecto al resultado muerte, distinguiendo entre el dolo referido a las circunstancias mismas (que ha de ser directo) y el dolo referido a la muerte (que, según MAPELLI, puede ser eventual). Esta interpretación me parecería plausible, tanto dogmática, como político-criminalmente, si el asesinato no fuera un delito autónomo y distinto del simple homicidio. En la medida en que lo sea, y ya hemos señalado anteriormente las razones de esa autonomía, me parece difícil admitir el dolo eventual en el asesinato.

Naturalmente, en la praxis estos problemas se plantean como problemas de prueba antes que como problemas teóricos. Y así no es difícil encontrar sentencias en las que se niega el dolo eventual y se castiga por asesinato cuando una de las muertes no había sido ni siquiera prevista (STS 5 octubre 1987: paquete bomba que, al explotar, mata también a la esposa del destinatario que casualmente se encontraba allí); y, en cambio, se califican de homicidios dolosos simples hechos de clara representación y aun aceptación de la muerte (STS 19 diciembre 1978: arrojar desde una azotea un ladrillo de kilo y medio contra un grupo).

En el caso de que la muerte se produzca como consecuencia de un atentado terrorista, el art. 572.1.1<sup>º</sup> impone una pena de prisión de veinte a treinta años (de veinticinco a treinta en el supuesto del apartado 2 del mismo artículo), lo que puede entenderse como una especie de *delito cualificado por el resultado*, causado al menos por imprudencia, que, a mi juicio de manera criticable, deroga la regulación de los tipos delictivos contra la vida contenidos en el Título I (homicidio, asesinato), pero no como un argumento a favor del dolo eventual en el asesinato.

## Tentativa y actos preparatorios punibles

Los problemas que plantea la tentativa en el asesinato son los mismos que en el homicidio. Especial relevancia tienen en el delito de asesinato, sin embargo, los actos preparatorios declarados especialmente punibles tanto para el homicidio, como para el asesinato en el art. 141.

Las figuras de la *provocación* o de la *proposición* se darán sobre todo en el asesinato realizado «por precio, recompensa o promesa»; pero tanto éstas, como la conspiración dejan de ser aplicables tan pronto se pase a los actos ejecutivos y con ellos a la tentativa.

## Participación

Cuando funcionan como elementos constitutivos del delito de asesinato (o de asesinato cualificado), las circunstancias cualificadoras del art. 139 deben *concurrir* en el *autor en sentido estricto* de este delito, es decir, en el que mata. Los que intervienen a título de partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices) deben *conocer* los elementos del tipo realizados por el autor: quienes participan en un asesinato deben saber que el sujeto a quien auxilian o inducen mata, por ejemplo, con ensañamiento, pues de lo contrario concurriría en ellos un error esencial que excluiría el dolo del asesinato y les haría responder, todo lo más, por homicidio doloso simple. Si en el autor concurren dos de las circunstancias de las mencionadas en el art. 139 (alevosía y ensañamiento, por ejemplo) hay que tener en cuenta, sin embargo, que sólo una de ellas se toma para calificar el hecho como asesinato, pasando la segunda a determinar la aplicación del tipo cualificado del art. 140. En este caso, a los partícipes sólo les serán aplicables si saben que concurren en el autor del hecho. Así, si saben que se dan las dos circunstancias responderán de participación en asesinato cualificado; si conocen, por ejemplo, que se da ensañamiento pero desconocen la alevosía responderán de participación en asesinato, porque en cualquier caso el hecho puede calificarse como asesinato en base al ensañamiento; y si no conocen ninguna de las dos, responderán por homicidio doloso. Por último, si se dan las tres circunstancias del art. 139, creo que la tercera debe pasar a convertirse en una agravante genérica que debe seguir, por ello, el régimen general de los arts. 65 y 66. A estos efectos, que prácticamente carecen de significación, puede considerarse que *cundo funcionan como agravantes genéricas* las circunstancias de alevosía y de ensañamiento son circunstancias materiales, que sólo pueden computarse a los que las conozcan en el momento de la acción o de su cooperación al delito; mientras que la de actuar por precio, recompensa o promesa sería una circunstancia personal, que sólo puede apreciarse en el autor.

El asesinato por precio presupone siempre la concurrencia de, por lo menos, dos personas. Por un lado, la que paga el precio, concede

o promete la recompensa; por otro, la que acepta tal oferta y decide, sobre la base de ésta, realizar directamente el hecho. Ambos son res-ponsables de asesinato, ya que el que ofrece la recompensa es siempre partícipe en el hecho cometido por el que la recibe. La intervención del que paga u ofrece la recompensa en el hecho realizado por el otro puede ser calificada de participación por inducción en el asesinato o de cooperación necesaria; pero la circunstancia como tal (es decir, cuando se dan las tres circunstancias del asesinato y el precio, recom-pensa o promesa actúe en consecuencia como una agravante genérica) sólo afecta, por ser de índole personal, al que mata por precio, recom-pensa o promesa (de otra opinión algún sector jurisprudencial que considera que el precio, como agravante genérica, es también directa-mente aplicable al que ofrece la recompensa, cfr. STS 7 julio 1983).

## CAPÍTULO II

### Inducción y cooperación al suicidio. Especial consideración de la eutanasia

#### Bibliografía: Sobre la situación anterior al Código penal de 1995: ALONSO

- TEJUCA/ MARTÍN GÓMEZ, *Aproximación jurídica al problema de la eutanasia*, La Ley 1992; ATIENZA, M., *La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los «grapo»*, JD 1990; BACIGALUPO ZAPATER, *El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física*, PJ núm. especial XII, 1990; el mismo, *La ayuda omisa al suicidio y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo penal en la dogmática española*, en Gimbernat/Schünemann/Wolter (edit.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid 1994; BAJO FERNÁNDEZ, *Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante*, CPC 1993; BARBERO SANTOS, *El suicidio: problemática y valoración*, Madrid 1966; BÉRISTAIN IPIÑA, *Prolegómenos para la reflexión penal-criminológica sobre el derecho a culminar la vida con dignidad. (La eutanasia)*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; BLANCO LEIRA, *El suicidio como accidente de trabajo*, en El Derecho de la seguridad social, CDI 1992; BRAGUE CAMAZANO, *La posible inconstitucionalidad de las penas en el delito de eutanasia en el Proyecto de Código penal*, RGD 1993; BUENO ARÚS, *Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal*, PJ 1985; el mismo, *El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario*, AP 1991; CABELLO MOHEDANO/ GARCÍA GIL/ VIQUEIRA TURNEZ, *Entre los límites personales y penales de la eutanasia*, Cáiziz 1990; CARBONELL MATEU, *Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto*, CPC 1991; COBO DEL ROSAL/ CARBONELL MATEU, *Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; CUELLO CALÓN, *Tres temas penales*, Barcelona 1955; DEL ROSAL BLASCO, *La participación y auxilio ejecutivo al suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal*, ADP 1987; DIEZ RIPOLLES, *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, CPC 1986; FALCÓN CARO, *Dimensiones político-criminales de la eutanasia en el Derecho penal comparado*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; FERNÁNDEZ ESPINAR, *Consideraciones en torno a una noción criminalística de la eutanasia*, AP 1993 (también en CPC 1993); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Problemática médico-legal de la eutanasia*, en Estudios Penales I, Santiago de Compostela 1977; GIMBERNAT ORDEIG, *Inducción y auxilio al suicidio*, en Ensayos penales, Santiago de Compostela 1974; el mismo, *Eutanasia y Derecho penal*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; GOMARIZ I PARRA, *Algunas consideraciones sobre las huelgas de hambre y las autolesiones en el ámbito penitenciarío*, La Ley 1990; JUANATEY DORADO, *Participación en el suicidio y*

eutanasia. PJ 1992; el mismo, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid 1994; KAUFMANN, Arthur, *¿Relativización de la protección jurídica de la vida?*, CPC 1987; LÓPEZ GARCÍA/ HINOJAL FONSECA/ BOBES GARCÍA, *El suicidio. Aspectos conceptuales, doctrinales, epidemiológicos y jurídicos*, RDPC 1993; LUZÓN PEÑA, *Estado de necesidad e intervención médica (o funcional o de tercero) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión*, La Ley 1988; MARTÍN GÓMEZ/ ALONSO TEJILLA, *Aproximación jurídica al problema de la eutanasia*, La Ley 1992; MILANS DEL BOSCH/ JORDÁN DE URRÍES, *Relevancia jurídico-constitucional y penal de la huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, AP 1991; MIR PUIG, *Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente*, ADP 1991; MONTALBÁN AVILÉS, *El derecho a la vida y la disponibilidad sobre la propia vida. Su inconstitucionalidad, en El consentimiento*, El error, CDJ 1993; MUÑAGORRI LAGÜJA, *Eutanasia y Derecho penal*, Madrid 1994; MUÑOZ CONDE, *Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio*, ADP 1987 (también en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989); OLESA MUÑOZ, *Inducción y auxilio al suicidio*, Barcelona 1958; PORTILLA CONTRERAS, *Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo*, CPC 1991; QUERALT JIMÉNEZ, *La eutanasia: perspectivas actuales y futuras*, ADP 1988; RODRÍGUEZ AGUILERA, *El derecho a una muerte digna*, RJCAJ 1989; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión del deber de socorro y auxilio al suicidio*, RFDUC 1961; ROLDÁN BARBERO, *Prevención del suicidio y sanción interna*, ADP 1987; ROMANSKY, *La punibilidad de la participación en el suicidio en el Derecho penal alemán, español y argentino. Consideraciones sobre los trabajos de los Profesores Muñoz Conde y Sancinetti*, AP 1994; ROMEO CASABONA, *El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; el mismo, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994; ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Madrid 1976; SERRANO BUTRAGUENO, *Eutanasia y consentimiento en el Anteproyecto de nuevo Código penal*, La Ley 1992; SILVA SÁNCHEZ, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (comentario a la STS 8 julio 1985)*, ADP 1987; TORIO LÓPEZ, *La noción jurídica de suicidio*, en Estudios de Derecho público y privado. Ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano, Valladolid 1965; el mismo, *Investigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos*, EPC 1979/1980; el mismo, *Hacia la actualización de la instigación y auxilio al suicidio y el homicidio consentido. Indicaciones provisionales*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; el mismo, *¿Tipificación de la eutanasia en el Código penal? Indicaciones provisionales*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989; el mismo, *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*, EPC 1989/1990; VALLE MUÑOZ, *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*, CPC 1989; VARIOS, *Eutanasia y Derecho penal*, Madrid 1994; VEGA VEGAL VILLALAIN BLANCO, *Sobre la eutanasia: actitud de los sanitarios hacia la información y el tratamiento del paciente*, CPC 1992; ZUGALDÍA ESPI-

NAR, *Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales*, en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989. *Sobre el Código penal de 1995*: BAJO FERNÁNDEZ, *La nueva Ley de autonomía del paciente*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; BERISTAIN IPINA, *Aproximaciones multidisciplinarias, criminológicas, al morir con dignidad (La eutanasia ayer, hoy y mañana)*, Derecho y Salud 1997; CARBONELL MATEU, *Suicidio y eutanasia en el Código penal de 1995*, en Homenaje a Tiedemann, Castellón de la Plana 1997; CERVERELLÓ DONDERIS, *La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzada*, EPC 1996; el mismo *El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997; CUESTA PASTOR, *La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre inducción, auxilio, y auxilio efectivo al suicidio, a la luz del nuevo Código penal*, RDPC 1995; DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid 1996; Díez RIPOLLÉS, *La disponibilidad de salud e integridad personales, en Delitos contra la vida e integridad física*, CDJ 1995; FLORES MENDOZA, *Algunas reflexiones sobre el error de los terceros en relación con actos de disposición de la propia vida, profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético*, RDPC 2003; GARCÍA ALVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia 1999; GARCÍA ARÁN, *Eutanasia y disponibilidad de la propia vida*, en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995; GARCÍA RIVAS, *Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; GÓMEZ RIVERO, *La intervención omisiva en el suicidio de un tercero*, AP 1998; JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, trad. de Muñoz Conde y García Álvarez, Valencia 1999; LANDROVE DÍAZ, *El derecho a una muerte digna*, La Ley 1998; MAQUEDA ABREU, *Sectas y Derecho penal. Una aproximación jurisprudencial a su análisis*, CJ 1996; MORA MOLINA, *Holanda: Entre la vida y la muerte*, Valencia 2002; el mismo, *Despenalización de la eutanasia en los Países Bajos. El Proyecto de Ley Korthalsi Borst*, Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas 2002; MORENO DE LAS HERAS, *Estudio jurídico sobre la eutanasia*, Barcelona 2000; MUÑAGORRI LAGÜJA, *La regulación de la eutanasia en el nuevo Código penal*, JD 1996; NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid 1999; el mismo, *Reflexiones en torno a la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en el art. 143 del Código penal*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada 2004; ROXIN/ MANTOVANI/ BARQUÍN/ OLMEDO, *Eutanasia y suicidio*, Granada 2002; SILVA CASTAÑO, *La dignidad de la persona y su proceso de muerte*, en Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004; SILVA SÁNCHEZ, *Los «documentos de instrucciones previas» de los pacientes (Artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la indisponibilidad de la vida*, La Ley 2003; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en Derecho penal*, Valencia 1999; el mismo, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código penal*, Valencia 2000; VARIOS, *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Díez Ripollés/ Muñoz

Sánchez (edit.), Valencia 1996; VARIOS, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, Brandáriz García/ Farado Cabana (coord.), La Coruña 2002.

El suicidio es un ataque contra la propia vida del que lo realiza. El suicidio, como tal, es impune en nuestro Derecho; razones político-criminales han movido al legislador a dejar impune la conducta del que atenta contra su propia vida.

Esta impunidad del suicidio no significa indiferencia del Ordenamiento jurídico frente a tal acto. La vida es objeto de protección en el ámbito penal incluso frente a la voluntad de su titular, que no tiene derecho a disponer sobre ella libremente y que, en consecuencia, no está legitimado para autorizar a los demás a que lo maten. En el primer caso, el legislador ha considerado con razón que no puede castigar a quien atente contra su propia vida, bien porque si el suicidio se consuma no puede castigar a un muerto, bien porque si no se consuma carece de sentido, desde el punto de vista preventivo general y especial, imponer una sanción a quien ha demostrado con su intento el escaso interés que tiene en los asuntos terrenales. Pero en el segundo caso, es decir, cuando en la toma de decisión del suicidio o en la ejecución del mismo intervienen terceras personas, el legislador no ha querido que la impunidad del suicidio beneficie a personas distintas del suicida y ha tipificado en el art. 143 del Código penal una serie de conductas de participación en el suicidio que, de otra manera, probablemente hubieran quedado impunes sobre la base del *principio de la accesoriedad* de la participación.

Presupuesto del art. 143 es que el suicidio sea un acto autónomo y dependiente de la voluntad del suicida. Si el suicidio fuera consecuencia de una enfermedad mental o desarrollo patológico, la participación dolosa de un tercero induciendo o favoreciendo la decisión suicida podría calificarse de homicidio (o incluso de auténtico asesinato) en autoría mediata, ya que el suicida no sería más que el instrumento de su propia muerte. Parece, sin embargo, excesivo considerar que todo suicidio es producto de una enfermedad mental que anula la libertad del suicida hasta el punto de convertirlo en un inimputable, fácilmente manipulable por un tercero. El suicidio es, ciertamente, la consecuencia de una situación psíquica conflictiva, pero también una forma racional de respuesta a los problemas de la vida, un acto supremo de libertad. Si en el ejercicio de esa libertad una persona adulta decide suicidarse, las formas de participación y favorecimiento doloso

por parte de terceros en esa decisión sólo pueden castigarse en la medida en que exista un precepto específico que así lo disponga expresamente. La diferencia fundamental entre este precepto y los demás que tipifican otros delitos contra la vida es precisamente que la muerte es realizada sobre sí mismo por quien no quiere vivir más o, en el caso de la cooperación ejecutiva, por un tercero con consentimiento de quien no quiere vivir más, que es quien, en definitiva, decide su destino final. El art. 143, como el art. 409 del anterior Código penal, demuestra claramente la voluntad del legislador de tratar autónomamente e incluso de un modo privilegiado las distintas formas de *participación dolosa en el suicidio ajeno*, pero no hasta el punto de considerar irrelevantes penalmente estas conductas que, a veces, pueden estar muy próximas al auténtico homicidio, e incluso, al asesinato, aunque también es verdad que otras veces no son más que la expresión de un acto supremo de libertad del ser humano. Desde el plano doctrinal y de *lege ferenda* se formulan propuestas de despenalización, e incluso algún autor como JAKOBS sostiene que debe considerarse impune la ayuda ejecutiva al suicidio, siempre que éste sea un acto razonable de una persona autónoma y responsable, pero esto no siempre es así y desde luego hay grandes diferencias entre respetar la voluntad de un anciano plenamente lúcido aquejado de una enfermedad en fase terminal o que le produce graves padecimientos y respetar la voluntad de morir de un joven ante su primer fracaso amoroso o tras haber suspendido un examen. La trascendencia social que tendría una despenalización global de todas las conductas de terceros relacionadas con el suicidio, que debería abarcar también consecuentemente conductas como la inducción y la cooperación ejecutiva al mismo, hace que la mayoría de los Códigos penales sigan castigando expresamente, por lo menos, las formas más graves de cooperación y de inducción al suicidio, y, por supuesto, la cooperación llevada al punto de que el tercero que ayuda ejecuta también la muerte del que no quiere vivir más. Los casos en los que la decisión del que no quiere vivir más debe ser respetada y facilitada en su ejecución (por ej., supuestos de enfermedad mortal irreversible con graves padecimientos) deben resolverse, a mi juicio, en el ámbito de las causas de justificación y con una regulación legal específica de las formas y requisitos necesarios para que ésta pueda llevarse a cabo (véase *infra*).

Desde el punto de vista de la tipicidad, tres son las conductas de participación en el suicidio que, como delitos autónomos respecto al homicidio o al asesinato, se describen en el art. 143: la inducción al

suicidio; la cooperación al suicidio; y la cooperación ejecutiva al suicidio.

El *resultado común* a estas tres modalidades de conductas es la muerte del suicida, que constituye la consumación de los delitos previstos en dicho artículo. Para cierto sector doctrinal, la muerte del suicida es una *condición objetiva de penalidad* que, de no producirse, dejaría impunes estas conductas. Desde un punto de vista político-criminal no parece deseable, sin embargo, esta restricción de la penalidad sólo a los casos en los que se produce la muerte del suicida y tampoco hay argumentos dogmáticos contundentes a su favor. Naturalmente que para castigar por tentativa de inducción o cooperación al suicidio tienen que haber comenzado los actos ejecutivos de este hecho.

El art. 143 es ley especial frente a los otros delitos contra la vida humana independiente (homicidio, asesinato), siendo de preferente aplicación aunque la muerte del suicida sea realizada por un tercero o se lleve a cabo con alguno de los medios citados en el art. 139. La posibilidad de la tentativa en este delito excluye la aplicación del delito de lesiones (cfr. art. 155) cuando la muerte no se produce.

## INDUCCIÓN AL SUICIDIO

El art. 143,1 dice: «El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años».

### Tipo objetivo

La *acción* consiste en inducir o determinar a otra persona a que se suicide. La inducción ha de ser directa y eficaz, siendo indiferente el medio empleado para hacer surgir la determinación de quitarse la vida en el otro.

*Sujetos, activo y pasivo*, puede ser cualquiera. El suicida debe decidir privarse de la vida a causa de la inducción. No existe inducción si estaba ya decidido a quitarse la vida. La voluntad de darse muerte ha de ser, además, libre y consciente, de tal manera que si el suicida es incapaz de autodeterminarse, se convierte en un mero «instrumento» del inductor que, al tener el dominio del hecho, actúa en realidad como un verdadero autor, mediato, de homicidio o asesinato. Igualmente existe homicidio o asesinato en autoría mediata cuando se aprovecha el error de alguien, dándole, por ejemplo, un veneno y diciéndole que es una bebida refrescante.

En todos estos casos, o falta la voluntad de darse muerte o esta voluntad es jurídicamente irrelevante. Por eso, las conductas tipificadas en el art. 143,1 se construyen como meras conductas de participación en un hecho ajeno, el del suicida, que sigue teniendo el *dominio* del hecho y que es, en definitiva, el que decide si muere o no. De ahí que se exija por la doctrina la imputabilidad o normalidad psíquica en el suicida. Este requisito no debe, sin embargo, generalizarse demasiado, porque no siempre el inimputable es un instrumento en manos del inductor. Y, por tanto, no toda inducción a un inimputable es autoría mediata en un homicidio o asesinato.

Más discutible es el caso de provocación al suicidio mediante engaño, cuando se crea ficticiamente una situación de la que se prevé se derive una reacción que lleve a alguien a matarse: por ejemplo, se le dice a alguien que tiene un cáncer incurable del que morirá en unos meses con horribles dolores, sin insinuarle para nada la posibilidad del suicidio, pero conociendo la psicología del paciente y presumiendo cuál va a ser su reacción: el suicidio, que en efecto se produce. A mi juicio, no cabe hablar aquí de *inducción* al suicidio ni tampoco de *autoría mediata* en un homicidio o asesinato; pero sí se puede castigar por *cooperación al suicidio* en comisión por omisión (cfr. *infra*), pues con la ficción de la enfermedad se crea una situación de peligro para la vida del presunto enfermo, base suficiente para afirmar la posición del garante del que crea la ficción, especialmente si éste es médico (de otra opinión en la 3ª ed., p. 52. Para más detalles sobre la actual posición, MUÑOZ CONDE, pp. 301 ss.). En el llamado «doble suicidio por amor», o en general en los «pactos suicidas», en los que muchas veces uno de los pactantes sobrevive, cabe castigar al superviviente por inducción al suicidio del otro, y si los dos sobreviven al intento, a los dos, ya que siempre habrá una «inducción mutua». Cuando el factor desencadenante del suicidio es un motivo real: el suicida efectivamente tenía cáncer, pero fue el médico quien, al comunicárselo de forma brusca, desencadenó su reacción, puede haber todo lo más un homicidio imprudente, si se actuó en contra de la más elemental prudencia profesional (por ej., el paciente era un depresivo), pero difícilmente una participación punible por inducción o cooperación en el suicidio (MUÑOZ CONDE, pp. 301 ss.; ROMANSKY).

Aunque la inducción se da normalmente en ámbitos individuales o privados, también se pueden incluir en el art. 143,1 los casos de inducción al suicidio colectivo por líderes espirituales con gran capacidad de influencia sobre grupos fanatizados.

### Tipo subjetivo

Sólo es posible la *comisión dolosa*. Sólo existe inducción al suicidio cuando el suicida haya sido *intencionalmente* inducido a darse muerte. El dolo del inductor debe referirse, por tanto, al suicidio (una prueba más de que éste no es una condición objetiva de penalidad).

## COOPERACIÓN AL SUICIDIO

Dice el art. 143.2: «Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona».

### Tipo objetivo

La acción consiste en realizar actos de cooperación al suicidio, pero esta cooperación debe llevarse a cabo con «actos necesarios». Teniendo en cuenta que en el art. 28.b se considera autores a los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado, habrá que entender aquí por «acto necesario», un acto de cooperación sin el cual el suicidio no se hubiera llevado a cabo. De este modo, quedan fuera del ámbito del art. 143.2 los actos de complicidad, es decir, los actos no necesarios, teniendo que darse aquí por reproducidas las consideraciones hechas en la Teoría General del Delito sobre la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, una de las distinciones más arbitrarias y difíciles de cuantas conoce la Dogmática jurídico-penal. En la anterior regulación se castigaba el auxilio al suicidio sin hacer ninguna diferenciación entre el auxilio necesario y la mera complicidad; pero al referirse la nueva regulación sólo a la cooperación al suicidio con actos necesarios, se hace preciso dar algún criterio que permita la distinción. La cuestión no puede resolverse, sin embargo, de un modo abstracto, sin tener en cuenta las peculiaridades del caso concreto, las condiciones del suicida, las relaciones con el cooperador, el nivel de conocimientos que éste tenga, etc. Dar una pistola o un veneno será generalmente una cooperación necesaria, pero indicar meramente donde puede conseguirse, complicidad.

En el art. 143.2 hay que incluir también la realización de actos ejecutivos del plan que no sean actos de matar, como preparar el veneno, verterlo en la bebida para que el suicida la beba, etc.; pero todo aquello que constituya un acto de ejecución de la muerte entraría

en el apartado 3 (cfr. *infra*). Se discute en la doctrina la posibilidad de la omisión. El que, teniendo a su cargo la custodia de un armario con tóxico o con armas de fuego, deja que el que quiere suicidarse coja el tóxico o una pistola, sabiendo que los va a utilizar para suicidarse, realiza una cooperación por omisión al suicidio, ya que, sin dicha omisión, éste no se hubiera producido o, por lo menos, no se hubiera producido en esas condiciones. El problema es la fuente de la posición de garante en este caso, que no sólo se fundamenta por la situación de peligro creada con la conducta omisiva, sino que deben estar presentes también especiales deberes de custodia del sujeto que no impide el suicidio respecto a los medios empleados por el suicida para darse muerte y sobre el comportamiento del suicida mismo, sobre todo cuando éste es un enfermo mental o una persona aquejada de una fuerte depresión y el que no impide su suicidio y no interviene para evitarlo, pudiendo hacerlo, es la persona encargada de vigilarla o tratarla. Por el contrario, la mera pasividad ante el suicidio que no se tiene obligación de evitar, el no cortar la soga del ahorcado, cuando éste aún no ha muerto o el no avisar a un médico, cuando el suicida se está desangrando, fundamentan sólo el castigo por un delito de omisión del deber de socorro (art. 195), ya que al no haber sido creada previamente la situación de peligro por el que omite el socorro, la omisión de socorro no es la causa del mismo (en este sentido, GÓMEZ RIVERO, pp. 906 y 916 ss.).

En la práctica, la punibilidad de la cooperación al suicidio por omisión depende de la prueba del dolo del cooperador. Muchas veces las conductas pasivas que favorecen el suicidio de otra persona no son más que imprudencias de quienes, por razones profesionales o familiares, tienen la obligación de controlar y vigilar a depresivos con tendencias suicidas y negligentemente dejan a su alcance productos tóxicos o armas de fuego. Pero la calificación correcta será en estos casos la de homicidio por imprudencia, siempre que se den los requisitos de esta forma de imputación.

La STS de 8 de julio de 1985 aplicó también la calificación de homicidio por imprudencia en un caso en el que el amigo de la chica con la que convivía permaneció toda una noche sin pedir auxilio médico, ni socorrerla, a pesar de que ésta se había tomado un producto tóxico tras una discusión con él, diciendo que ya no quería vivir más, muriendo al día siguiente tras una horrible agonía que el amigo presenció sin intervenir (véase el comentario crítico a esta sentencia de SILVA SÁNCHEZ, 1987).

### Excurso: Especial consideración de las huelgas de hambre y del rechazo de tratamientos médicos

Más problemática se presenta la no prestación de asistencia médica por parte de médicos o funcionarios en caso de *huelgas de hambre en las cárceles*. Admitiendo que la huelga de hambre haya llegado al punto de no retorno en el que la continuación de la misma coloque al huelguista en peligro inminente de muerte, la no prestación de auxilio médico podría llegar a constituir un delito, pero, a mi juicio, éste no sería de cooperación necesaria al suicidio, sino de *homicidio*. Para ello tendrían que darse, sin embargo, una serie de requisitos:

- 1º) Peligro inminente de muerte.
- 2º) Propósito eventual del huelguista de llegar hasta el fin.
- 3º) Una posición de garante que, en estos casos, se deriva, aparte del carácter funcional del médico, de la propia *situación* en que se encuentra el huelguista recluso frente a la Administración penitenciaria, cuyos funcionarios son los únicos que están en condiciones de prestarle ayuda.

4º) Pérdida permanente de conciencia o debilitamiento de la misma en el huelguista hasta el punto de que éste no esté ya en condiciones de decidir libremente o, por lo menos, con una voluntad jurídicamente relevante.

Si se dan estos requisitos, no creo que pueda hablarse de auténtico suicidio y, por tanto, de cooperación necesaria al mismo. A mi juicio constituye un error, aunque por distintas razones, equiparar el rechazo a determinados tipos de tratamiento (por ej., transfusión sanguínea en los testigos de Jehová) o de la alimentación (como hace Díez Ripollés en Comentarios I, pp. 247 ss.). En realidad, ni el huelguista ni el enfermo que rechaza la transfusión tienen voluntad de morir, sino de conseguir su reivindicación o simplemente de curarse de una forma que no requiera la transfusión, y ello tiene que ser respetado en el caso del huelguista mientras esté consciente; en el caso del enfermo que rechaza un determinado tratamiento incluso aunque cuiga en estado de inconsciencia, porque aquí no se trata ni siquiera de aceptar el resultado eventual de la muerte, sino de intentar evitarlo con un tratamiento distinto que incluso se estima más eficaz (sea un sistema alternativo al de la transfusión sanguínea, sea mediante otro tipo de recursos). En el caso del huelguista, cuando su voluntad no pueda ser ya manifestada o no se pueda conocer si ha cambiado de opinión, tampoco puede hablarse en rigor de suicidio, porque realmente nunca quiso morir, sino conseguir sus reivindicaciones. Pero, precisamente desde este momento, y en la medida en que la voluntad de seguir la huelga no puede ser ya manifestada, surgen ya para los demás (familiares, médicos, Administración) la obligación de alimentarle, incurriendo en caso contrario, no ya en un delito de cooperación al suicidio, sino en un verdadero homicidio en comisión por omisión.

Naturalmente que con la alimentación forzosa puede frustrarse el propósito originario del suicida de llegar hasta el fin. Pero desde el momento en que ya no puede expresar su voluntad, no podemos saber, sino presumir o conjeturar, qué es lo que realmente quiere, si ha cambiado o no de opinión.

La duda debe resolverse en este caso en favor de la vida. A esta conclusión obligan también poderosos argumentos humanitarios y políticos. Un respeto a ultranza de la voluntad del huelguista, incluso cuando éste ha perdido la consciencia, puede ser para cualquier Gobierno un cómodo expediente para desembarazarse de sus más temidos adversarios políticos. Bastaría con colocarlos en una situación desesperada o excesivamente opresiva en prisión, para, aun de un modo indirecto, inducirlos a la huelga de hambre, dejando luego simplemente, en un «escrupuloso y democrático» respeto a la libertad individual, que ésta llegue hasta el final.

Tampoco puede admitirse la tesis contraria que propugna la alimentación forzosa incluso antes de que el huelguista haya perdido la consciencia. Pues la huelga de hambre reivindicativa, mientras el huelguista esté consciente, en ningún caso puede considerarse como un auténtico suicidio. La voluntad del huelguista es, en estos casos, conseguir su objetivo reivindicativo, no morir, aunque para ello asuma el riesgo de perder la vida o dañar seriamente su salud. Privar a alguien del derecho a reivindicar, incluso de una forma tan anómala y peligrosa como una huelga de hambre, supone un auténtico delito contra su libertad (sobre este problema, véanse los trabajos de LUZÓN PEÑA y Díez Ripollés, y sobre la distinción entre autopuesta en peligro y autolesión y suicidio, GARCÍA ÁLVAREZ). La STC de 27 de junio de 1990, que resolvió la constitucionalidad de las medidas adoptadas por la Administración penitenciaria para alimentar forzosamente a los reclusos del GRAPO en huelga de hambre, mantuvo un punto de vista parecido al que aquí se propone, considerando, además, en consonancia con la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982, que lo determinante no es sólo la actuación contraria a la voluntad del huelguista, sino que ello suponga también una humillación o envilecimiento de su dignidad personal o integridad moral, que no se da cuando se procede a la alimentación del huelguista en caso de peligro inminente de muerte de éste (véase ROMERO CASABONA, 2004, pp. 140 s. y también *infra*: Delitos contra la integridad moral).

### Tipo subjetivo

Sólo es posible la comisión dolosa. El que coopera con actos necesarios al suicidio de otro ha de conocer la voluntad de privarse de la vida de la otra persona y querer auxiliar a este fin, aunque respecto a la necesidad de la cooperación basta con que tenga conciencia de la importancia de la cooperación (cfr. STS 15 noviembre 1977).

En caso de concurrencia de una acción de inducción con otra de cooperación necesaria al suicidio, esta última conducta sería un *acto posterior impune* por quedar subsumida en el hecho de la inducción, salvo que se trate de una cooperación ejecutiva al suicidio, castigada con mayor pena que la inducción (cfr. *infra*).

## COOPERACIÓN EJECUTIVA AL SUICIDIO

El art. 143.3 castiga con la pena de prisión de seis a diez años «si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte».

El hecho típico de este tercer supuesto es también una cooperación, pero de índole ejecutiva. Es decir, no sólo se coopera, sino que se lleva esta cooperación hasta el punto de ejecutar la muerte del que no quiere vivir más. Pero no por ello debe decirse que estamos aquí ante una especie de «homicidio consentido», como sostiene Díez Ripollés (en Comentarios I, p. 221), y que el que ejecuta la muerte es el autor principal del delito. El verdadero autor en sentido material sigue siendo el que no quiere vivir más, que es el que tiene el dominio del hecho u organiza su propia muerte, aunque ésta sea ejecutada por otra persona. El que produce la muerte es un mero partícipe en esa decisión, aunque tal participación llegue al punto de ejecutar materialmente la muerte. En este sentido, señala con razón JAKOBS que este supuesto no es más que un suicidio realizado en «división del trabajo», que, para él, debería ser también impune, siempre que la petición del que no quiere vivir más fuera objetivamente razonable (en el Código penal alemán las otras formas de participación en el suicidio son impunes). No es éste el punto de vista del legislador español, que incluso castiga este supuesto de participación en el suicidio con una pena más grave que los otros dos, pero, en todo caso, una vez probado que se trata de una efectiva cooperación ejecutiva al suicidio, el hecho es castigado con una pena inferior a la prevista para el homicidio en el art. 138, pues, cuestiones de prueba aparte, la muerte «a petición» del que no quiere vivir más no es lo mismo ni por supuesto tan grave como matar a alguien en contra de su voluntad. Por otra parte, en la cooperación al suicidio pueden venir en consideración muchas veces motivaciones piadosas y humanitarias, como la de acortar los sufrimientos y dolores de quien sabe que va a morir pronto, que no pueden valorarse de la misma manera cuando se mata a alguien prescindiendo de su voluntad o incluso en contra de su voluntad. Precisamente por eso, en el apartado 4 del art. 143 se tienen en cuenta estas motivaciones para atenuar la pena, algo que sería impensable en el homicidio o el asesinato, pues, en todo caso, cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre los límites de la eutanasia y la ayuda a morir (cfr. *infra*), siempre habrá una diferencia valorativa fundamental entre matar a alguien en contra de su voluntad y matarlo con su consentimiento.

### *Tipo objetivo*

La acción consiste en que la cooperación llegue hasta el punto de «ejecutar la muerte». Son posibles todos los medios idóneos para ello, aunque es discutible si es admisible la comisión por omisión, lo que se niega en nuestra doctrina sobre la base de que en el Código penal se utiliza la expresión «ejecutar». Creo que si ambos sujetos, el que mata y el que no quiere vivir, se ponen de acuerdo por ejemplo en que la forma de producir la muerte sea dejando de suministrar uno al otro (enfermero-enfermo) una medicina, no hay inconveniente en admitir la comisión por omisión, siempre que el enfermero tenga el deber jurídico de suministrar la medicina y la posición de garante respecto a la vida del que quiere morir (en este sentido también GÓMEZ RIVERO, p. 913: «lo único que requiere es que el acto que provoca la muerte del suicida sea atribuible, en términos normativos, al comportamiento —activo u omisivo— de un tercero»; en contra Díez Ripollés, en Comentarios I, p. 222).

### *Tipo subjetivo*

Como en los demás supuestos es necesario el dolo, referido tanto a la acción leral misma, como al conocimiento de la voluntad sería y decidida del suicida.

## ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA EUTANASIA

El apartado 4 del art. 143 dice: «El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, sería e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufra una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena interior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo».

Este precepto es la respuesta que el Código penal de 1995 ha dado al problema espinoso, candente y actual de la llamada *eutanasia*. Aunque esta respuesta no es la que muchos demandaban (véanse, por ej., las emiendas del Grupo parlamentario de Izquierda Unida y su discusión en LÓPEZ GARIDO/ GARCÍA ARÁN) y desde luego se queda por debajo de las regulaciones adoptadas en otros países (una buena información al respecto en VARIOS, 1996; también en ROXIN/ MANTOVANI/

los supuestos de eutanasia activa, la atenuación calificada de la pena, y las mismas connotaciones emocionales o valorativas, difícilmente objetivables, que siempre inciden en la valoración de acciones de este tipo (curiosamente el delito ha sido excluido del ámbito del juicio por Jurado), hacen aconsejable una regulación expresa del problema similar a la que se está planteando en otros países, y no sólo en sus aspectos penales, sino también en la elaboración de todo un procedimiento que permita adoptar decisiones de este tipo con toda clase de garantías tanto para el paciente, como para el personal médico que tenga que llevar a cabo estas medidas (véase, por ej., el Proyecto Alternativo alemán, ADP 1988, pp. 833 ss.). La doctrina española se ha ocupado ya con cierta extensión del problema, propugnando, en general, una solución más amplia que la que se ha incluido en el apartado 4 del art. 143, apreciando en algunos de estos casos el estado de necesidad, bien como causa de justificación (así JUANATEY DORADO, NÚÑEZ PAZ, VALLE MUÑOZ y GARCÍA ARÁN), bien como causa de exculpación (así TORTO LÓPEZ, ROMEO CASABONA, ZUGALDIA ESPINAR). Más radicales parecen las propuestas de quienes propugnan la primacía de la libertad y, por tanto, del consentimiento sobre la vida (CARBONELL MATEU, CABELLO GARCÍA/ VIQUEIRA), criticando la pacata regulación legal (cfr., por ej., LANDROVE DÍAZ, MUNAGORRI LAGUNA). Una mayor objetivación de los supuestos en los que podría permitirse la eutanasia, incluso cuando el paciente no esté en condiciones de prestar su consentimiento, propone GARCÍA RIVAS, pp. 149 ss. Una solución liberalizadora desde el punto de vista de *lege ferenda* y ético-cristiano propugna BERISTAIN IPIÑA (véanse obras citadas en la bibliografía de este capítulo). En los Manuales y Comentarios, la regulación prevista en el art. 143.4 ha sido acogida con reservas y críticas, aunque, en general, se valora positivamente la atenuación de la pena y se piensa que se debería haber llegado a la exención total de pena (véase GONZÁLEZ RUS, en Curso I, p. 99; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 418; VALLE MUÑOZ, en QUINTERO, Comentarios, p. 768, quien, en todo caso, propone que se reserve la atenuación o exención de pena a los supuestos realizados bajo control médico; SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS, p. 59; SÁNCHEZ-JUNCO MANIS, en SERRANO BUTRAGUENO, Comentarios, p. 965; CARBONELL MATEU, en VIVES, Comentarios I, p. 764, y SERRANO GÓMEZ, p. 63, critican, además, la vaguedad de los términos empleados, que a juicio del último hacen el precepto prácticamente inaplicable).

## DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE

### CAPÍTULO III

#### Consideraciones generales y político-criminales. Aborto

**Bibliografía:** *Sobre la situación previa al Código penal de 1995:* ARROYO ZAPATERO, *Prohibición del aborto y Constitución*, RFEDUC monográfico 3, 1980; el mismo, *La indicación eugenética*, RFEDUC monográfico 11, 1986; AYUSO GARCÍA, *Enfermedades genéticas*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; AYUSO GARCÍA/ RAMOS CORRALES, *La indicación eugenética*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; BERISTAIN IPIÑA, *Interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teológico-jurídicas*, ADP 1981; BERMÚDEZ DE LA FUENTE, *Aborto en el extranjero*, Anuario de la Escuela Judicial 1980; BORJA JIMÉNEZ, *Aborto y estado de necesidad motivado por una grave situación económica y social*, RGD 1991; CARBONELL MATEU, *Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto*, CPC 1991; CARMONA SALGADO, *Homicidio y lesiones a consecuencia del aborto o prácticas abortivas*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; CEREZO MIR, *La regulación del aborto en el nuevo Proyecto de nuevo Código penal*, ADP 1982; COBO DEL ROSAL/ CARBONELL MATEU, *El aborto en el Código penal español*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; CUELLO CALÓN, *Tres temas penales*, Barcelona 1955; CUERDA ARNAU, *Aborto y estado de necesidad. Reflexiones a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1990*, PJ 1991; CUERDA RIEZU, *Comentario a la «Sentencia de Bilbao»*, CPC 1982; el mismo, *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto de un Nuevo Código Penal*, DJ 1983; DE MIGUEL ZARAGOZA, *Elementos para una interpretación del art. 15 de la Constitución (Derecho a la vida) a la luz del Derecho Internacional*, BIMJ 1980; DE VICENTE REMESAL, *El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva Ley del aborto*, La Ley 1985; DEL RÍO Y PARDO, *Algunas consideraciones sobre la descriminalización de algunos supuestos de aborto*, tras la Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; DEL ROSAL, *Aborto con resultado muerte*, en Estudios Penales, Madrid 1948; DÍAZ RECASENS, *Las malformaciones congénitas*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; el mismo, *Técnica de tratamiento de diagnóstico prenatal*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; DIEZ RIPOLLES, *Fundamento y naturaleza del artículo 417 bis y su relación con las eximentes genéricas*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; el mismo, *Bien jurídico protegido y objeto material del delito de aborto*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; el mismo, *El artículo 417 bis del Código penal y su naturaleza jurídica*, en

Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; el mismo, *Análisis de los elementos de la causa de justificación del artículo 417 bis del Código penal*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; el mismo, *El fundamento específico de la indicación eugenética*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; ECHEVARRIA MAYO, *Enfermedades infecciosas*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; FARRE TREPAT, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*, ADP 1990; GAFO, J., *El aborto y el comienzo de la vida humana*, Santander 1979; GARCÍA ARÁN, *La obediencia de conciencia en la interrupción voluntaria del embarazo*, RJCat. 1987; GARCÍA MARÍN, *El aborto criminal en la legislación y en la doctrina*, Madrid 1980; GARCÍA VITORIA, *El delito de aborto consentido a la luz de las legislaciones actuales*, ADP 1981; el mismo, *Observaciones sobre el tema del delito de aborto en España*, Boletín Informativo de la Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Granada núm. 9; el mismo, *El tipo básico de aborto*, Pamplona 1981; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid 1990; GONZÁLEZ LLANAS, *El aborto provocado y la Ley de 24 enero 1941*, RGLJ 1941; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Aborto y planificación familiar, aspectos sociológicos*, Revista Española de Investigaciones Sociológicas 1979; el mismo, *El aborto en España: análisis de un proceso socio-político*, Madrid 1992; HUERTA TOCILLO, *Aborto con resultado muerte o lesiones graves*, Madrid 1977; el mismo, *Criterios para la reforma del delito de aborto*, CPC 1979; el mismo, *Crítica a la nueva doctrina jurisprudencial sobre extraterritorialidad de la Ley penal española en materia de aborto*, La Ley 1984; IGLESIAS TUSSEL, *El aborto: un estudio sociológico sobre el caso español*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid 1980; JIMÉNEZ ASEÑO, *El anticoncepticismo ante la moral y la ley penal*, Madrid 1946; JIMÉNEZ VARGAS/ LÓPEZ GARCÍA, *Aborto y contraceptivos*, 2ª ed., Pamplona 1979; JORGE BARREIRO, Agustín, *El aborto en la reforma penal española (1980-1992)*, EPC 1993/1994; KAISER, *Aspectos criminológicos y político-criminales de la interrupción del embarazo*, en Homenaje a Rodríguez Devesa I, Madrid 1989; LANDROVE DÍAZ, *Política criminal del aborto*, Barcelona 1976; el mismo, *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho Penal*, en Derecho y Proceso, Murcia 1980 (también en CPC 1980); el mismo, *Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, en La Reforma Penal y Penitenciaria, Santiago de Compostela 1980; el mismo, *El aborto en el futuro Código penal*, RFDUC monográfico 6, 1983; el mismo, *La ténida despenalización del aborto en España*, EPC 1985/1986; LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Barcelona 1990; el mismo, *La evolución dogmática del estado de necesidad con motivo del aborto terapéutico*, en La evolución del Derecho en los últimos diez años, Universidad de Málaga 1992; el mismo, *Reflexiones sobre la reforma del aborto*, AP 1994; LUZON PENA, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto: requisitos generales*, en Homenaje a Berstain, San Sebastián 1989 (también en PJ 1989); MARTÍNEZ MORÁN, *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia*, RFDUC monográfico 2,

1979; MIR PUIG, *Aborto en el extranjero*, AJ 1981; el mismo, *Aborto, estado de necesidad y Constitución*, RJCat. 1982; MUÑOZ CONDE, *Aspectos jurídicos de la planificación familiar*, I Jornadas sobre población y planificación familiar (Aranguren, Linhard, Muñoz Conde, Salvatierra), Valladolid 1980; el mismo, *La esterilización de los deficientes psíquicos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994*, RDGH 1995; NÚÑEZ BARBERO, *Significación y trascendencia actual del sistema romano de la «portio mulieris» en el aborto consentido*, ADP 1990; ORTS GONZÁLEZ, *Precisiones politico-criminales sobre la incriminación del aborto en la legislación española*, en Estudios jurídicos sobre la reforma penal, Córdoba 1987; PALACIO SANCHEZ-IZQUIERDO, *La circunstancia cualificativa de profesionalidad en el delito de aborto*, en Homenaje a Berstain, San Sebastián 1989; PAMPOL ROS/ RIBES RUBIO, *Enfermedades metabólicas*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; PECES MORATE, *El aborto: su significante penal y procesal*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana 1982; PERERA GONZÁLEZ/ SANCHEZ-CASAS PADILLA, *La indicación terapéutica. El grave peligro para la vida o la salud física de la embarazada*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; PORTERO GARCÍA, *¿Es inconstitucional el aborto?*, PJ 1982; RAMOS CORRALES, *Enfermedades cromosómicas*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte*, en Derecho Penal y Constitución, Madrid 1982; RODRÍGUEZ RAMOS, *La pena de inhabilitación especial en el aborto*, en Temas de Derecho Penal, Madrid 1977 (también en CPC 1977); ROMEO CASABONA, *El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, La Ley 1987; el mismo, *La reforma penal del aborto. Límite mínimo, figuras delictivas y sistema de las indicaciones (I y II)*, AP 1992; el mismo, *El Derecho y la biotética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994; SAINZ CANTERO, *Sondeo a la opinión estudiantil universitaria de Granada sobre la incriminación del aborto y su regulación actual*, Revue Internationale de Droit Penal, Actes du Premier Colloque Regional Espagnol 1978; SERRANO BUTRAGUENO, *El cuarto motivo: la despenalización del aborto por razones socioeconómicas*, La Ley 1991; SERRANO CALDERÓN, *Aspectos jurídicos y morales de la despenalización del aborto en los supuestos de previsible anomalías del feto*, RGLJ 1983; SERRANO GÓMEZ, *Supuestos de aborto no punible del art. 417 bis del Código penal*, AP 1987; SUÁREZ MONTES, *El delito imposible de aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADP 1966; el mismo, *Aplicación del nuevo artículo 1 del Código penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, EPC 1984/1985; SUÁREZ RODRÍGUEZ/ RUBÍ CID, *La indicación terapéutica. El grave peligro para la salud psíquica de la embarazada*, en Comentarios a la legislación penal IX, Madrid 1989; VARIOS, *Interrupción voluntaria del embarazo*, II Jornadas italo-franco-españolas, Ávila 1981; VARIOS, *La despenalización del aborto*, Mir Puig (ed.), Barcelona 1983; VIVES ANTON, *Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido*, REDC 1986.

BARQUÍN/ OLMEDO) es, por lo menos, el punto de partida para una discusión en profundidad del problema, por más que el legislador haya querido cerrar la cuestión concediendo una atenuación en casos en los que probablemente se pueda llegar a una solución más justa y adaptada a la realidad.

Conforme a lo dicho anteriormente, toda cooperación dolosa con actos necesarios al suicidio, tanto más cuando es ejecutiva, es típica conforme a los apartados 2 y 3 del art. 143. Sin embargo, tanto en el caso del apartado 2, como en el del 3, caben situaciones en las que la cooperación en el suicidio pueda ser un acto humanitario realizado para acabar con los padecimientos inútiles de quien no quiere vivir más aquejado de una grave enfermedad, ayudándole, en el tránsito siempre difícil de morir, para que lo haga sin dolor.

La *eutanasia activa* tiene cada vez más partidarios que solicitan una regulación expresa del problema o simplemente la abolición del castigo de la cooperación al suicidio, que, según algunos, es incompatible con la libre autonomía individual consagrada en la Constitución (de esta opinión, por ejemplo, CARBONELL MATEU, 1991, p. 661. A favor de su constitucionalidad, Díez RIPOLLÉS, en Comentarios I, p. 178, aunque considerando perfectamente lícito el suicidio; véanse también SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio).

No parece, sin embargo, político-criminalmente deseable dar a toda costa la primacía a la voluntad de quien no quiere vivir más hasta el punto de dejar impune todo tipo de colaboración en dicha decisión por parte de terceros, que incluso pueden actuar interesadamente o por lo menos sin la angustia y la tensión de quien no quiere vivir más. Piénsese en un enfermo incurable que consiente en que se acelere su muerte para que se le extraigan sus órganos vitales a cambio de una fuerte cantidad de dinero para sus herederos, o simplemente porque la perspectiva de una larga y penosa enfermedad, apenas comenzada (cáncer recién diagnosticado), le hace preferir la muerte, aunque aún no han comenzado los dolores. Dejando aparte problemas de prueba y de manipulación del consentimiento, el derecho a disponer sobre la propia muerte (suicidio), caso de que existiera, no hace surgir automáticamente un derecho de terceros a colaborar en el suicidio.

Hay, sin embargo, casos extremos en los que, sin perjuicio de aplicar causas de atenuación o incluso de exclusión de la culpabilidad basadas en la idea de la no exigibilidad, se debe incluso apreciar *el estado de necesidad como causa de justificación*, bien por la vía de la colisión de deberes (deber de respetar la vida *versus* deber de eliminar

el sufrimiento), bien por la de la ponderación de intereses (muerte *versus* sufrimiento), cuando el que padece una grave enfermedad que le provoca grandes dolores solicita libre y espontáneamente que se le ayude a morir o, incluso, que se le provoque la muerte. Sin embargo, el art. 143.4 del Código penal de 1995 no ha querido ir más allá de una atenuación, si bien relevante, de la pena (de «causa de justificación incompleta» habla Díez RIPOLLÉS, en Comentarios I, p. 224, y de «delito de eutanasia», ROMEO CASABONA, 2004, pp. 125 ss.). Para que esta atenuación sea aplicable será necesaria la presencia de varios requisitos:

1º) Enfermedad grave y de riesgo mortal irreversible, o que produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar (generalmente cáncer terminal).

2º) Petición expresa, seria e inequívoca del enfermo.

Si se dan estos requisitos, la pena de los apartados 2 y 3 se atenúa en uno o dos grados cuando la cooperación consiste en causar o en cooperar activamente con actos necesarios y directos a la muerte. Por lo tanto, el apartado 4 penaliza, si bien de forma atenuada cuando se dan los requisitos antes señalados, la llamada *eutanasia activa*. Pero quedan fuera de su ámbito otras formas de cooperación como la *eutanasia pasiva*, es decir, la omisión de determinadas medidas que sólo sirven para prolongar artificial o innecesariamente la vida, cuya aplicación en contra de la voluntad del paciente podría incluso constituir un delito contra su libertad o su integridad moral, sobre todo cuando se hace con fines experimentales o no exclusivamente terapéuticos. El problema consiste en que no es tan fácil, como ha demostrado ROXIN (1976, pp. 239 ss.), distinguir en estos casos entre acción en sentido estricto (inyectar una dosis letal) y omisión (desconectar el aparato, lo que equivale a omitir el tratamiento que permite sobrevivir al paciente). Si desconectar el aparato se considera un comportamiento activo, entonces todo lo más cabrá la posibilidad atenuatoria prevista en el apartado 4 del art. 143; si se considera, por el contrario, como suspensión de un ulterior tratamiento y, por tanto, como una omisión del mismo, el hecho es atípico. La regulación del problema que hace el apartado 4 del art. 143 no sólo peca, pues, de insuficiente, sino que además complica innecesariamente la cuestión, al hacer recaer el acento en una cuestión accesorio, cuando lo que realmente importa es que se den los requisitos antes señalados (el objetivo de la enfermedad con pronóstico de muerte inmediata o de los graves padecimientos, y el subjetivo de la petición expresa, seria e inequívoca del enfermo), lo

que, a mi juicio, debería llevar a admitir el *estado de necesidad como causa de justificación* (art. 20.5<sup>ª</sup>; cfr. TOMÁS-VALENTE LANUZA, 2000, pp. 107 ss., que también critica la redacción legal, pero que considera que con ella se excluye en todo caso la aplicación del estado de necesidad).

Así, por ejemplo, en el caso de la muerte del tetrapléjico Ramón Sampedro sería, a mi juicio, indiferente, si el mismo tomó el vaso en el que alguien había vertido el veneno, que un tercero dejó a su alcance, o si el veneno se lo hubiera inyectado la persona misma que le ayudó a morir, pues lo importante es saber (y probar) si se dan los presupuestos del estado de necesidad, es decir, si su petición era expresa, sería e inequívoca, es decir, objetivamente razonable, y su enfermedad le producía graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, aunque no necesariamente le condujeran a la muerte a corto plazo (en realidad, llevaba veinte años de padecimiento inmovil en una cama sin poder valerse por sí mismo, ni siquiera para las funciones fisiológicas más elementales).

Naturalmente, ningún problema de responsabilidad penal hay cuando el tratamiento se omite porque ya ha sobrevenido la muerte cerebral, o cuando el tratamiento médico se hace sólo para mitigar los dolores sin acortar sensiblemente la vida del paciente (*ortotanasia*, también llamada *eutanasia activa indirecta*). Igualmente queda fuera del ámbito de la tipicidad la cooperación no necesaria, lo que plantea su delimitación con lo que se entiende por cooperación necesaria. Sin embargo, la inducción al suicidio de quien se encuentra en todas las circunstancias descritas en el apartado 4 sigue siendo punible en toda su extensión, lo que parece correcto para evitar cualquier influencia de tercero en una decisión que sólo corresponde tomar al paciente que se encuentre en dichas circunstancias.

El problema de la eutanasia dista, pues, mucho de haber sido bien y definitivamente resuelto con lo que se dice en el apartado 4 del art. 143. En el fondo de la discusión en torno a la eutanasia late más que nada la preocupación de que se pueda llevar a cabo de manera deshumanizada o de forma masiva en los centros hospitalarios o que, en los casos de inconsciencia o de poca lucidez del enfermo, se pueda acabar con la vida de una persona sin que ésta así lo solicite, o lo haya solicitado antes expresa y seriamente. A este respecto, el art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente, reconoce al mayor de edad capaz el derecho a redactar unas «instrucciones previas» en las que manifieste anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y tratamiento de su salud, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a una situación en

que no pueda expresarla personalmente (véanse SILVA SÁNCHEZ, 2003, ROMEO CASABONA, 2004, p. 135, y BADO FERNÁNDEZ, 2004). Sin embargo, esta voluntad previamente manifestada nunca puede ponerse por encima de la voluntad misma realmente existente en el momento en que se aplique la medida eutanásica (a favor de la relevancia del «testamento vital», MUÑOZCORRI LAGUNA, 1994, pp. 82 ss.; en contra JUANATEY DORADO, 1994, p. 120). Lo más importante es, a mi juicio, delimitar aquellas situaciones terminales o extremas en las que, bien contando con la voluntad expresa, bien prescindiendo de ella cuando no puede conocerse, pero nunca en contra de la misma, puede aplicarse una medida o dejar de aplicarse un tratamiento, produciendo la muerte de quien se encuentra en esa situación. La situación objetiva del paciente es, pues, tan importante como la voluntad del mismo. Si se prescinde de aquella estaremos sin más en la ayuda al suicidio que, con todas las limitaciones que haya que hacer, es, en principio, punible conforme al art. 143. Si se prescinde por completo de la voluntad, estaremos en presencia de lo que, en principio, hay que calificar como un homicidio e incluso como un asesinato, cualquiera que sea la motivación del autor del mismo, motivación a tener en cuenta todo lo más en la determinación de la pena (y no siempre como circunstancia atenuante; piénsese en que el móvil puede ser simplemente lucrativo, de comodidad, económico, etc.). Sin embargo, en algunos casos hay situaciones límites (recien nacidos con graves lesiones, politraumatizados en estado de inconsciencia permanente) en las que, a la vista de la falta de perspectivas de evolución favorable y de adquisición o recuperación de la consciencia y ante la gravedad objetiva de las lesiones, podría plantearse la posibilidad tanto de interrumpir un tratamiento, como de aplicar alguna medida eutanásica, sin que ello engendrara responsabilidad penal para el que lo lleve a cabo. La imposibilidad de recabar el consentimiento obliga en estos casos a decidir entre dos opciones, *calidad y santidad* de la vida, a cuál más importante y respetable. El conflicto sólo puede resolverse en Derecho penal en el ámbito del *estado de necesidad*, como causa de justificación, y no simplemente en el ámbito de las causas de exculpación o de atenuación de la pena, pues no se trata de perdonar, de comprender una actuación determinada en unas circunstancias dramáticas, sino de autorizar y regularizar una forma de ayuda a morir con dignidad y sin sufrimiento que puede ser absolutamente loable.

La dificultad de resolver estos casos límites por la vía interpretativa, dada la escueta redacción del apartado 4 del art. 143, que sólo permite, para

*Sobre el Código penal de 1995*: ALTÉS MARTÍ, *El aborto: sistemas despenalizadores*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal 1999; BACIGALUPO, S./ GROPEGIESER, *La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española*, CPC 1996; DOLZ LAGO, *Menores embarazadas y aborto ¿quién decide?*, AP 1996; FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Interrupción voluntaria del embarazo y consentimiento de la mujer*, en CGPJ-Materiales de Formación Continuada 1999; FLORES PÉREZ, *El aborto: cuestiones generales y tipos*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal 1999; HIGUERA GUIMERÁ, *El proceso de despenalización del aborto en España*, AP 1997; el mismo, *El Derecho penal y la eugenesia*, AP 1998; LEMA AÑÓN, *Consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo*, ID 2002; MARÍN GÁMEZ, *Aborto y Constitución*, Jaén 1996; MOLINA BLAZQUEZ/ SIERRA MUCIENTES, *El delito de aborto: dimensión constitucional y penal*, Barcelona 2000; ROMEO CASABONA, *Objeción de conciencia y aborto*, en Homenaje a Casabó, Valencia 1997.

*En lengua castellana, pero referida a la situación de la República Federal Alemana*, cfr. también ESER, *Reforma de la regulación del aborto en el Derecho penal alemán*, en Homenaje a Beristain, San Sebastián 1989; el mismo, *Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de Derecho comparado*, AP 1994; GOESSEL, *La reforma del delito de aborto en Alemania*, CPC 1978; HIRSCH, *La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana*, en La reforma penal, Madrid 1982; JAKOBS, *¿Existe un aborto lícito de personas?*, PJ 2000; ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. de Luzón Peña, Madrid 1976; el mismo, *El desarrollo del Derecho sobre el aborto de la República Federal Alemana*, RJCat. 1980; ZODER, *Reforma y regulación del aborto a la luz de la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán*, ADP 1996.

## CONSIDERACIONES GENERALES Y POLÍTICO-CRIMINALES

Bajo el nombre «*Del aborto*» se recogen en el Título II del Libro II del Código penal una serie de conductas que afectan a la vida humana no independizada. *Bien jurídico protegido* en todo el Título II es la vida del feto o vida humana dependiente. Pero la protección jurídico-penal de la vida humana en su fase dependiente ofrece particularidades que la distinguen necesariamente de la protección jurídico-penal que se brinda a la vida ya independizada.

En primer lugar, la vinculación orgánica que existe durante el embarazo entre el feto y la embarazada determina una especial relación de dependencia de aquél respecto a ésta que condiciona la protección jurídico-penal que, en principio, merece la vida humana de-

pendiente. Ciertamente nada habría que objetar a una protección absoluta de la vida dependiente si la continuación de un embarazo no afectara también a otros bienes jurídicos dignos de protección, como la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la embarazada.

Pero muchas veces el embarazo afecta seriamente a esos otros bienes jurídicos, planteándose un *conflicto de intereses* que debe resolverse conforme al principio general de salvaguarda del *interés preponderante*.

El problema jurídico se plantea porque algunos consideran que el interés preponderante es, en todo caso, la vida dependiente, es decir, el feto, convirtiendo a la mujer embarazada en simple receptáculo de un ser superior al que deben rendirse todos los demás intereses en juego, incluidos los de la embarazada misma (su vida, su salud, su libertad, etc.). Otros, en cambio, consideran que el interés preponderante es siempre el de la mujer embarazada, constituyendo el feto una simple prolongación del vientre de la mujer, carente por completo de protección al margen de la que merece la mujer misma.

La primera postura, coincidente con la oficial de la Iglesia Católica, defiende una penalización total del aborto provocado, sin ningún tipo de excepciones. Es la postura que adoptó tradicionalmente el legislador español hasta la reforma de 1985. La segunda postura conduce consecuentemente a una despenalización total del aborto realizado con consentimiento de la embarazada, a la que se le reconoce un derecho absoluto a disponer de su propio cuerpo («mi vientre me pertenece»).

Frente a estas dos posturas, ideológicamente enfrentadas, se ha ido abriendo en los últimos treinta años en el Derecho comparado una *postura intermedia* que, partiendo de la protección jurídico-penal que merece también la vida dependiente y, por tanto, de la punibilidad de toda destrucción voluntaria de la misma, procura tener en cuenta los intereses de la embarazada afectados por el embarazo, admitiendo, mediante la creación de los oportunos instrumentos legales, un número mayor o menor de excepciones a esa punibilidad genérica del aborto que se acepta como punto de partida.

A esta solución, generalmente admitida tanto en los textos legales, como doctrinales, se ha llegado tras una larga polémica tan estéril como simbólica, en la que se ha ventilado más un problema político o ideológico que un auténtico problema jurídico-penal. En realidad, hace ya mucho tiempo que el aborto ha dejado de ser un problema jurídico-penal. El avance creciente de la Medicina en esta materia, una

adecuada planificación familiar, la participación de la mujer en la vida social en condiciones similares a las del hombre, los problemas sociales y económicos que plantea una familia numerosa y la cada vez más fuerte conciencia de la mujer de sus propios derechos y autonomía, han debilitado la prohibición penal del aborto hasta el punto de, incluso sin reforma legal alguna, convertirla en una norma obsoleta verdaderamente inútil y disfuncional. Frente a los 300.000 abortos ilegales que se practicaban en España anualmente, según se ponía de relieve en plena dictadura franquista en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1974, el Código penal quedaba como un puro símbolo que se aplicaba, alguna vez, a alguna mujer y/o colaborador que, por puro accidente, tenía la desgracia de caer en las redes de la Administración de Justicia. Alguna sentencia condenatoria aislada y alguna decisión jurisprudencial, como la de la STS de 20 de diciembre de 1980, declarando punible el aborto de española realizado en el extranjero, quedaron más como testimonio de una «cetración inútil» ante una realidad completamente diferente, que como el restablecimiento de la vigencia de un orden jurídico que en esta materia se infringía, de un modo u otro, masivamente.

No ha sido, sin embargo, fácil la transición de la situación legal anterior a la tñmida despenalización que se contiene ahora en la vigente regulación. Tras las elecciones de octubre de 1982, el Gobierno socialista, con el respaldo de una mayoría parlamentaria absoluta, redactó un Proyecto de reforma en el que se acogían expresamente las indicaciones terapéutica, ética y eugenésica. Dicho Proyecto fue impugnado por el Grupo Popular que, una vez aprobado por las Cortes, presentó un recurso de anticonstitucionalidad (BOE 13 diciembre 1983) que en aquella época determinaba la suspensión de la entrada en vigor de la Ley impugnada. El Tribunal Constitucional declaró en sentencia de 11 de abril de 1985 que el citado Proyecto era «disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución».

Sin entrar ahora en si el Tribunal Constitucional se excedió en sus atribuciones al declarar inconstitucional una Ley no en razón de su contenido, sino de determinadas omisiones o carencias que podía recomendar subsanar, pero no imponer al legislador, lo cierto es que dejaba clara la constitucionalidad de una regulación que permitiera el aborto en las situaciones previstas en el Proyecto e, incluso, en otras más amplias. El Tribunal Constitucional indicó, además, que la vida

humana dependiente es un bien jurídico que el Estado debe proteger, pero que el feto no es titular de ningún derecho subjetivo; que la protección jurídica del feto no tiene por qué dispensarse exclusivamente a través del Derecho penal, ni en ningún caso puede considerarse como una protección absoluta, sin excepciones; y, finalmente, que los derechos a la vida, la salud, la libertad y la dignidad de la mujer son también derechos fundamentales que igualmente deben ser protegidos por el Estado.

Con este aval, que algunos entendieron precisamente como lo contrario, rápidamente se reformuló el Proyecto originario que, con diversas matizaciones, se convirtió en Derecho vigente por Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que introducía en el Código penal el art. 417 bis con el contenido al que después se aludirá (cfr. *infra*: causas de justificación).

La nueva regulación despenalizadora del aborto fue acompañada, sin embargo, de una estricta reglamentación administrativa (Orden 31 julio 1985) que prácticamente dejaba en manos de una Comisión «técnica» los casos incluíbles en la indicación eugenésica o terapéutica. La Orden fue interpretada tan restrictivamente en algunos casos que prácticamente se bloqueó la entrada en vigor del nuevo art. 417 bis. Unas veces eran trámites burocráticos que dilataban la posible realización del aborto por encima del plazo permitido legalmente; otras veces se negaba simplemente que existiera indicación terapéutica alguna, dándose el caso de que en algún centro hospitalario se denegaba lo que se admitía en otro, con lo que las mujeres se veían obligadas a ir de un lado para otro en un espectáculo verdaderamente lamentable y poco edificante.

Ante esta situación, el Gobierno promulgó el Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, en el que se facilitan enormemente los trámites burocráticos, se prescinde de las Comisiones y, sobre todo, se diferencia entre abortos que no impliquen alto riesgo y abortos de alto riesgo, siendo para el primer caso verdaderamente fácil la realización del aborto una vez emitidos los dictámenes preceptivos tanto en el aborto terapéutico, como en el eugenésico (cfr. arts. 1 y 6 del Real Decreto).

Peró la lucha continuó. Este Real Decreto fue recurrido al amparo de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales ante la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo que, tras diversas peripécias de índole orgánica y procedimental, rechazó el

recurso, revocando la suspensión del Real Decreto en sentencia de 12 de mayo de 1988, quedando, pues, por ahora, dicho Real Decreto como el Derecho vigente que regula la parte administrativa en esta materia. Lo que aparentemente era sólo un problema administrativo se había convertido en el último (?) bastión de una batalla, en la que la lucha contra la despenalización del aborto en algunos supuestos no es más que un pretexto para continuar la lucha política e ideológica que se lleva a cabo en otros ámbitos.

Por todo ello, no es extraño que en el Código penal de 1995 se dejaran las cosas tal como estaban antes de la aprobación de dicho Código, es decir, con la regulación prevista en el art. 417 bis del Código penal anterior y con la legislación administrativa complementaria que se mantiene en vigor en la Disposición Derogatoria Única 1.ª del Código de 1995, fracasando un último intento de los Grupos Parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida para hacer prosperar un Proyecto de Ley de Interrupción del Embarazo, rechazado por los demás Grupos días antes de que se agotara la legislación en diciembre de 1995. Lo mismo ha sucedido posteriormente en varios intentos habidos para modificar la regulación vigente en 1997, 1998 y 2001. El aborto provocado sigue siendo, pues, delito, salvo algunas excepciones que nadie que esté en su sano juicio puede cuestionar seriamente. Pero el problema social y político que representa el aborto se está resolviendo al margen del Derecho penal, sin que nadie piense a estas alturas que el Derecho penal puede resolver en esta materia ningún problema, ni proteger eficazmente la vida del feto. Si el Derecho penal en este ámbito sirve para algo es para castigar el aborto realizado sin consentimiento o con un consentimiento viciado de la mujer, la impricia médica, o el aborto realizado en malas condiciones higiénicas o por personas incompetentes o con cualquier finalidad lucrativa, para asegurar, en definitiva, a la mujer un trato digno y un respeto a su libertad en una decisión que sólo a ella incumbe. Lo demás es pura ideología y la utilización del Derecho penal como el «brazo secular» al que relegar a todo aquél que no comulgue con doctrinas y teorías, todo lo respetables que se quiera, pero que no pueden pretender imponerse a los que no las comparten utilizando para ello la vía de la represión penal. No es la regulación actual, ciertamente, una regulación plenamente satisfactoria, pero con las excepciones de punibilidad admitidas, complementadas con la reglamentación administrativa del Real Decreto 2409/1986, se pueden resolver los problemas más acuciantes que deciden a una mujer a abortar y a otras personas a

ayudarla en su decisión, sin que el Derecho penal sea una especie de «espada de Damocles» que en cualquier momento pueda caer sobre sus cabezas. Las cuestiones morales, sociales o económicas deben ser resueltas, pues, en los ámbitos pertinentes sin la interferencia coactiva del Derecho penal.

Tras estas consideraciones generales, volvamos a la realidad legal del Derecho penal, en el que, en principio, todo aborto provocado es punible, salvo las excepciones que se verán en su momento. El que esas excepciones sean, de hecho, más o menos amplias, dependerá más de la realidad social que de la propia normativa jurídico-penal existente.

## ABORTO

En el ámbito del Derecho penal el aborto puede definirse como la muerte del feto voluntariamente ocasionada bien en el seno de la madre, bien provocando su expulsión prematuramente en condiciones de no viabilidad extrauterina.

*Bien jurídico protegido* es, por tanto, la vida del feto o vida humana dependiente, sin excluir que, en algunos casos, se tengan en cuenta, además, otros intereses como la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la embarazada (cfr. *infra* causas de justificación).

## El comienzo de la vida dependiente. La cuestión del plazo

La vida humana dependiente, igual que la independiente, está sometida a unos límites temporales que condicionan su protección jurídico-penal. La expulsión o extracción del claustrero materno es el límite que separa la vida dependiente y la vida ya independiente (véase *supra* capítulo I). Mayores dificultades presenta la determinación del comienzo de la vida dependiente.

Ea épocas precientíficas anteriores al desarrollo experimentado por la Medicina y la Biología en el último siglo, se resolvía el problema acudiendo a criterios filosóficos o teológicos como el de la «animación», según el cual la vida comienza en el momento en que el cuerpo se une con el alma. La comprobación científica de que la reproducción humana realmente surge a partir de la unión del óvulo con el espermatozoide permitió fijar el comienzo de la vida en ese momento, llamado de la *fecundación*. La posterior evolución de la Medicina ha obligado, sin embargo, a revisar este criterio y a fijar el comienzo de la vida en otros momentos posteriores tales como la *anidación* en el útero del óvulo ya fecundado, el comienzo de la actividad cerebral en el feto, etc., que son determinantes de la existencia de algo más que un mero proceso biológico.

Una vez más nos encontramos en este problema, como en tantos otros, con un silencio de la propia naturaleza que no ofrece, por lo menos en los primeros meses del embarazo, datos inequívocos sobre el comienzo de la vida humana como algo digno de protección jurídica aunque sea todavía en su fase de dependencia.

La doctrina dominante se inclina por admitir el comienzo de la vida humana en el momento de la *anidación* o de la implantación del óvulo fecundado en el útero materno, a los 14 días de la fecundación. A favor de esta solución se aducen varios argumentos:

1º) Sólo a partir de la *anidación* se produce una vinculación orgánica entre el embrión y la madre: el embrión se adhiere a la pared del útero y recibe de él los impulsos necesarios para su desarrollo. Hasta ese momento el embrión no tiene contacto fijo con el organismo materno y existe un 50% de probabilidades de que, por causas naturales, no llegue a anidar en el útero. Si todo acto de destrucción del óvulo fecundado fuera aborto, surgiría el problema de demostrar cuándo el óvulo fecundado murrió a consecuencia de maniobras abortivas y cuándo por causas naturales.

2º) De admitir que la fecundación determina el comienzo de la vida, habría que considerar aborto la destrucción del óvulo fecundado en laboratorio (fecundación *in vitro*) antes de su implantación en el útero de una mujer, lo que supondría tanto como prohibir las técnicas de *reproducción asistida* (cfr. *infra* capítulo V y STC 23 junio 1999).

3º) La teoría de la *anidación* amplía el campo de acción de los medios anticonceptivos, cuya irrelevancia penal se deduce de que no inciden en la vida ya surgida. Precisamente, uno de los medios anticonceptivos más utilizados, el dispositivo intrauterino (DIU), actúa evitando la *anidación* del óvulo fecundado. Lo mismo puede decirse de la llamada «píldora del día después».

La teoría de la *anidación* pone de relieve, en todo caso, que la elección de este momento para fijar el comienzo de la vida se hace más para resolver problemas concretos, como la admisión de la fecundación *in vitro* o la de los dispositivos intrauterinos, que para resolver el problema del comienzo de la vida.

Es ésta una cuestión que probablemente no se va a resolver nunca. Pero lo que sí hay que resolver son los conflictos sociales que en torno a este problema se plantean.

Es evidente que, sobre todo en los *tres primeros meses del embarazo*, hay un período de incertidumbre respecto a los datos más característicos de la vida humana (actividad cerebral, aparición de malformaciones del feto, etc.). También es cierto que la interrupción del embarazo en ese período de tiempo, realizada en las condiciones adecuadas, es una operación sencilla y sin apenas problemas. En este sentido constituye un acierto del Real Decreto 2409/1986 la diferenciación entre aborto de alto riesgo y aborto que no implique alto riesgo, es decir, el realizado en los tres primeros meses, exigiendo para este tipo de aborto muchos menos requisitos sanitarios que para el primero.

Hay que contar también con la incertidumbre de la existencia del embarazo mismo, sobre todo en el primer mes de gestación. Precisamente en la actualidad se emplea una píldora para interrumpir el embarazo (RU 486)

que, administrada en las primeras seis semanas de la presunta gestación, determina la aparición de la regla, sin que ni siquiera llegue a comprobarse si el embarazo existió.

Algunos ordenamientos jurídicos (Francia, Italia) se han inclinado por despenalizar el aborto voluntariamente provocado en los tres primeros meses o en las doce primeras semanas de gestación. Es la llamada *solución del plazo* que, en principio, por las razones ya dichas, no veo inconveniente en que se pueda adoptar también en el Derecho penal español que nada dice respecto al comienzo de la vida dependiente a efectos del delito de aborto, pero que tampoco presenta ningún obstáculo legal concreto para acoger una posición como la que aquí se propone. Ello supondría además una aproximación entre la regulación legal y la realidad social y daría una mayor base al Real Decreto 2409/1986, que tácitamente, en la reglamentación de la realización del aborto que no implica alto riesgo, acoge esta solución.

Las objeciones dirigidas contra la solución del plazo no me parecen de recibo, por cuanto dan por supuesto que ya en las primeras semanas de gestación existe una vida humana que hay que proteger como un valor absoluto incluso en contra de la voluntad de la embarazada. En todo caso, las expectativas de vida humana que genera ya la *anidación* o incluso la fecundación del óvulo pueden ser también protegidas a través de los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética (véase *infra* capítulo V), al margen de la cuestión de la despenalización del aborto con consentimiento de la embarazada (véanse las atinadas observaciones que hace respecto a la distinta protección que merece el «embrión» y el «preembrión» VALLE MÚNIZ, en QUINTERO, Comentarios, pp. 718 ss.)

La elección del plazo de tres meses para determinar el comienzo de la vida humana y, con ello, el de la protección jurídico-penal es tan arbitrario como cualquier otro (fecundación, *anidación*), pero tiene la ventaja de resolver los problemas que plantea la interrupción voluntaria del embarazo en esta etapa sin tener que recurrir al Derecho penal o a argumentos justificativos, más o menos hipócritas.

### Tipo objetivo

La acción dirigida a producir la muerte del feto puede ofrecer las más variadas manifestaciones y los medios empleados para tal fin ser los más diversos (físicos, mecánicos o químicos). El resultado es la destrucción del feto. El aborto es, por tanto, un delito de lesión en el que es necesario que el resultado se produzca para que el delito se consuma (respecto a la tentativa véase *infra*). Sujeto activo puede ser cualquier persona: o la propia mujer produciendo ella misma su aborto, o un tercero (con o sin consentimiento de la mujer).

### Tipo subjetivo

En el aborto producido por la propia mujer sólo es punible la comisión dolosa; en el aborto producido por tercero es punible también el ocasionamiento del aborto por imprudencia grave, excluyendo expresamente el art. 146 en su tercer párrafo a la mujer de esta responsabilidad.

### Causas de justificación: la solución de las indicaciones

La vida humana dependiente, a partir del plazo anteriormente señalado o, por lo menos, según la doctrina dominante, desde el momento de la anidación, pasa a ser objeto de protección jurídico-penal. Pero como sucede con cualquier otro bien jurídico, la protección que le dispensa el Derecho penal no es absoluta, sino relativa, y viene condicionada a la protección de otros intereses de la embarazada igualmente merecedores de protección. En caso de *conflicto entre la vida dependiente y otros bienes jurídicos de la mujer embarazada*, es necesario arbitrar una regulación que permita resolver *a priori* y con carácter general los casos concretos que se planteen.

La solución al conflicto se sitúa en el plano de las causas de justificación, inspirándose en los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento distinto. Bastaría, por tanto, una interpretación amplia de la eximente de estado de necesidad (art. 20,5º) para justificar los casos más conflictivos. Pero la importancia del tema y razones de seguridad jurídica han obligado al legislador a regular expresamente los supuestos más frecuentes e importantes, acompañándolos de una reglamentación administrativa que muchas veces constituye más una traba burocrática que obstaculiza la decisión libre de la mujer, que una garantía de sus derechos y del derecho a la vida del feto. Ésta es la *solución* llamada *de las indicaciones*, que fue la adoptada por el legislador español con la introducción del art. 417 bis en el anterior Código penal por Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, cuyas peripecias hemos referido anteriormente. Esta regulación, a la que se remite tácitamente el art. 145,1 y 2, cuando castiga el aborto producido con consentimiento de la mujer «fuera de los casos permitidos por la ley», se declara expresamente vigente en la Disposición Derogatoria Única del Código penal de 1995, por lo que, en tanto no se arbitre otra, es el Derecho actualmente vigente en la materia.

El art. 417 bis declara expresamente no punible la práctica del aborto en los supuestos de «grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada», «delito de violación» y presunción de que el feto «habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas». Pero para que estas indicaciones desplieguen toda su eficacia justificante es necesario que se den los siguientes *requisitos comunes*:

a) Consentimiento expreso de la mujer embarazada. De este consentimiento sólo se puede prescindir «en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante» (art. 417 bis,1,1ª). Nada se dice respecto al consentimiento en caso de aborto en menores e incapaces, por lo que habrá que estimar que en estos casos el consentimiento debe ser prestado por sus representantes legales, aunque en el caso de mujeres menores que hayan cumplido la edad en la que ya pueden contraer matrimonio (14 años) su decisión de abortar, salvo que esté viciada por otras causas, no tiene que ser autorizada o confirmada por la de sus padres o tutores, pues se trata de un derecho de la personalidad que puede ejercitar por sí misma (cfr. art. 162,1 Cc). Más complejo es el caso de las incapaces, en las que su decisión de abortar debe ser corroborada por la de sus representantes legales, debiendo dársele, en todo caso, preferencia a la voluntad de la incapaz de continuar el embarazo, salvo que ésta sea absolutamente incapaz de comprender o asumir las consecuencias de su decisión o se trate de un «caso de urgencia por riesgo vital de la gestante». En ningún caso es necesario el consentimiento del progenitor varón.

El Real Decreto 2409/1986 exige que se *informe* a la mujer (en caso de menores e incapaces, a sus representantes legales) «sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle» (art. 9). Con ello se pretende que el consentimiento sea una decisión madura y reflexiva. Lo que parece obvio es que las mismas razones que hacen aconsejable este trámite previo a la realización de un aborto deben servir de fundamento para autorizarlo cuando la mujer, una vez informada, decide libremente abortar.

b) Practicado por un médico o bajo su dirección. Del Real Decreto 2409/1986 se deduce que ha de ser un especialista en Obstetricia y Ginecología (art. 1,1).

c) En centro sanitario, público o privado, acreditado. El Real Decreto 2409/1986 regula los requisitos necesarios para acreditar un centro para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, dis-

tinguendo según se trate de abortos que no impliquen alto riesgo para la mujer embarazada y no superen doce semanas de gestación (art. 1,1) o de abortos con alto riesgo o con más de doce semanas de gestación (art. 1,2), exigiendo mayores medios e instalaciones para los segundos. En el art. 2,1 del Real Decreto se establece que los centros o establecimientos públicos que cumplan los requisitos exigidos quedarán acreditados automáticamente para la práctica del aborto (para un análisis más detenido de estos requisitos comunes véanse los trabajos de Díez RIPOLLÉS, en Comentarios a la legislación penal IX, LUZÓN PEÑA y DEL RÍO y PARDO).

## Requisitos específicos de cada indicación

### 1ª) Aborto terapéutico

Dice el art. 417 bis,1,1ª:

«Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso».

La necesidad del aborto debe medirse en función de las circunstancias del caso concreto, no en abstracto. Así, es posible que una determinada enfermedad no haga recomendable el aborto en una mujer joven, pero sí en una mayor de 40 años. También debe tenerse en cuenta el criterio de la mujer embarazada, tan decisivo en esto o más que el propio criterio médico. Sería absurdo que a una mujer aquejada de una cardiopatía grave o de una depresión profunda se le negara el derecho a abortar por estimar el médico que no es necesario el aborto. La indicación terapéutica estrictamente interpretada se restringiría a casos límites y casi de laboratorio, que es probablemente lo que algunos pretenden. Pero, ¿quién soporta las consecuencias del error médico? Debería elaborarse aquí un criterio de «*in dubio pro muliere*» dejando que sea la mujer quien decida, una vez informada de la gravedad del caso. De todos modos, la necesidad del aborto debe medirse en términos de probabilidad y no de seguridad absoluta. Decidir en casos de duda sobre la existencia del presupuesto objetivo de esta

indicación la continuidad de un embarazo en contra de la voluntad de la mujer supone un acto de prepotencia médica, que podría considerarse incluso constitutivo de un delito de coacciones.

El mismo criterio debe emplearse para medir la *gravedad del peligro* para la vida o la salud de la embarazada. Ciertamente el legislador está pensando en algún tipo de enfermedad, somática o psíquica, que el embarazo pueda desencadenar o agravar en la mujer embarazada, no en el propio riesgo inherente a todo embarazo y consecuentemente al parto. Las dificultades para encontrar un baremo objetivo son, como indica DE VICENTE REMESAL, verdaderamente grandes, pero tampoco hay que exagerarlas hasta el punto de hacer esta indicación prácticamente inviable. Desde el «riesgo vital» del que habla el último inciso del art. 417 bis,1,1ª, que permite prescindir incluso del consentimiento de la embarazada y del previo dictamen médico, hasta la enfermedad relativamente leve hay, desde luego, un amplio margen, en el que no sólo el médico, sino también la mujer tiene que decidir qué es realmente grave. La regulación legal objetiviza esta indicación hasta el punto de que la hace depender del criterio médico (*dictamen emitido con anterioridad*). Pero es evidente que éste no puede ser tan vinculante que se imponga por encima de la voluntad de la mujer, tanto más cuanto la ciencia médica no es una ciencia exacta y el concepto de «salud» es un concepto tan amplio que permite las más diversas interpretaciones. Lo importante en esta indicación debe ser, por tanto, el asesoramiento médico de la mujer y que sea ésta la que, en última instancia, decida la realización del aborto.

A la vista de ello, me parece absurdo señalar un catálogo de enfermedades, físicas o psíquicas, que autoricen esta indicación. Por vía de ejemplo pueden, sin embargo, señalarse algunas como las cardiopatías graves, graves enfermedades de pulmón, riñón e hígado, tumores malignos, depresiones graves con tendencia al suicidio, etc. (véanse DE VICENTE REMESAL, Díez RIPOLLÉS, Comentarios a la legislación penal IX, pp. 152 ss.; PERERA GONZÁLEZ/ SÁNCHEZ-CASAS, y SUÁREZ RODRÍGUEZ/ RUBÍ Cid).

### 2ª) Aborto ético

Art. 417 bis,1,2ª.

«Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practi-

que dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado».

Aunque el antiguo delito de *violación* desapareciera, como tal, en el Código penal de 1995, la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, reintroduce esta denominación en el art. 179. Sin embargo, habrá que seguir considerando vigente la redacción del anterior Código a los efectos de poder aplicar esta indicación. Por lo tanto, todo embarazo que sea consecuencia de un hecho que conforme a la anterior regulación se pudiera considerar como violación (acceso carnal mediante empleo de fuerza o intimidación, con persona privada de sentido o abusando de su enajenación, o con persona menor de doce años), puede servir de presupuesto a esta indicación (cfr. también arts. 179, 181,2 y 182,1 del Código penal de 1995, e *infra* capítulo VIII). Críticamente es, en todo caso, la exigencia de que «el embarazo sea consecuencia» de la violación, requisito que habría que estimar en términos de probabilidad y no de certeza (en contra, BAJO I, p. 125). Cuando la víctima de la violación sea menor o incapaz, el consentimiento para el aborto debe ser prestado por sus representantes legales en los casos ya mencionados anteriormente.

El requisito de la *denuncia* debe cumplirse antes de la realización del aborto. Si posteriormente se demuestra que la denuncia ha sido falsa o constitutiva de una simulación de delito, se castigará por aborto en concurso con estos delitos.

El aborto en esta indicación debe ser realizado «*dentro de las doce primeras semanas de gestación*». Si se entiende, como aquí se hace (véase *supra*), que durante este plazo el aborto puede realizarse sin indicación alguna, será innecesaria esta indicación.

Sigue sin resolverse expresamente la justificación del aborto en el caso de que el embarazo sea consecuencia de una *reproducción asistida sin consentimiento de la mujer*, lo que ahora es aún más criticable, ya que en el Código penal de 1995 se tipifica expresamente este hecho como delito en el art. 161 (cfr. *infra* capítulo V). Esta laguna puede ser resuelta bien aplicando esta indicación ética por analogía «*in bonam partem*», bien a través de la indicación terapéutica o de la causa de justificación genérica de estado de necesidad del art. 20,5º. Lo que en ningún caso se puede decir es que este supuesto, al no estar expresamente regulado, no puede dar lugar a ninguna de las indicaciones admitidas y que, por tanto, el aborto en estas circunstancias debe ser castigado.

### 3ª) Aborto eugenésico o embriopático

Dice el art. 417 bis.1,3ª:

«Que se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto».

Las razones que avalan esta indicación son más discutibles que las anteriores. Evidentemente no pueden fundarse en las dificultades sociales que este tipo de seres pueden tener si nacen, sino en la propia situación excepcional en que se encuentra una embarazada que sabe que puede tener un hijo, antes deseado, en esas condiciones, lo que excede, como dice la STC de 11 de abril de 1985, de lo que es normalmente exigible (cfr. ARROYO ZAPATERO, 1986, pp. 57 ss.).

En este caso, el *dictamen médico* es fundamental, hasta el punto de exigirse que sea emitido por dos especialistas de centro acreditado al efecto. El art. 6.2 del Real Decreto 2409/1986 establece los medios con que deben contar estos centros para realizar las pruebas pertinentes (ecografía, técnicas bioquímicas, citogenéticas y analíticas) para detectar las graves taras físicas o psíquicas.

El dictamen obviamente se basará en criterios de probabilidad que deben valorarse de acuerdo con criterios médicos (véanse ROMEO CASABONA, 1987, p. 9; ARROYO ZAPATERO, 1986). Debe, de todos modos, concederse un margen de error, siempre que no sea un error burdo o que demuestre impericia. El error de «los especialistas» sobre los presupuestos fácticos de esta indicación debe estimarse comprendido en el apartado 3 del art. 14, como error de prohibición.

El *plazo* para realizar el aborto en esta indicación es el de las veintidós primeras semanas de gestación, computadas a partir del momento de la anidación (para más detalles sobre esta indicación, véanse los trabajos de Díez RIPOLLÉS, AYUSO GARCÍA, RAMOS CORRALES, PAMPOLLS ROS/ RUBES RUBIÓ, DÍAZ RECASÉNS Y ECHEVARRÍA MAYO).

### La excusa absolutoria para la mujer

El art. 417 bis.2 recoge una cláusula general de impunidad para la mujer embarazada que aborta, aun cuando no se cumplan los requisitos

los de que el aborto se practique en un centro acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

La excusa sólo es aplicable a la embarazada, no a las demás personas intervinientes en este tipo de aborto, aunque objetivamente se den los presupuestos materiales de las indicaciones. Ello quizás sea explicable en el aborto eugenésico, pero no en el terapéutico y, en todo caso, sin perjuicio de que en interés de la propia salud de la embarazada se exijan los requisitos formales que, además, desarrolla el Real Decreto 2409/1986, siguen siendo aplicables los principios generales del estado de necesidad (art. 20,5º), que, obviamente, no ha sido derogado por el art. 417 bis (en este mismo sentido, Díez Ripollés, Comentarios a la legislación penal IX, pp. 118 ss.). Por eso, cuando se den los presupuestos materiales de alguna de las indicaciones, el aborto puede quedar justificado por aplicación directa del estado de necesidad, sin perjuicio de que se pueda exigir responsabilidad al médico por otros conceptos (impericia profesional, intrusismo, etc.). Piénsese, por ejemplo, en un aborto terapéutico realizado por una enfermera o por el mismo médico que apreció el grave peligro para la salud, que objetivamente existía. Del tenor literal de este número 2 parece, sin embargo, literalmente entendido, desprenderse la opinión contraria; pero no creo que la intención del legislador sea la de castigar como delito de aborto un simple ilícito administrativo.

### Tentativa

El que a las prácticas abortivas no siga el resultado fecunda que constituye el resultado propio del delito de aborto puede obedecer, entre otras causas, a que la mujer no esté embarazada. Los límites objetivos, representados por la puesta en peligro siquiera sea lejana del bien jurídico protegido, en este caso la vida humana dependiente, impiden, a mi juicio, el castigo de la tentativa en este caso, debiendo estimarse un delito imposible o tentativa absolutamente inidónea de aborto, no punible conforme al art. 16.

### Modalidades de aborto

Las diversas modalidades de aborto recogidas en el Código penal pueden reducirse a tres: el aborto doloso ocasionado por tercero (con o sin consentimiento de la mujer), el aborto doloso ocasionado por la embarazada misma y el aborto ocasionado imprudentemente por tercero.

### A) Aborto doloso realizado por un tercero

Se distingue según se realice con o sin consentimiento de la embarazada.

#### a) Sin consentimiento (art. 144)

Aunque el consentimiento de la embarazada no justifica por sí mismo la realización de un aborto, el legislador le da relevancia para determinar la pena que corresponde al tercero. El art. 144 castiga con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años, al que produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento. El consentimiento irrelevante, el de una enajenada por ejemplo, equivale a la falta de consentimiento. También carece de relevancia e incluso puede dar lugar a la comisión de otros delitos el consentimiento obtenido mediante violencia, amenaza o engaño (art. 144,2). En estos casos, la participación de la mujer es totalmente impune, ya que no es más que un mero instrumento.

Si el tercero cree erróneamente que la mujer consiente no será castigado por este delito, sino por el previsto en el art. 145,1.

#### b) Con consentimiento (art. 145,1)

Se trata de un caso de coautoría entre el tercero y la embarazada. La conducta del tercero que realiza el aborto no es de mera participación, sino de auténtica autoría; lo mismo ocurre con la conducta de la embarazada que consiente. Sin embargo, a ésta la castiga el art. 145,2 con menor pena (prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses) que al tercero que produce el aborto (prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años). Sin embargo, si la conducta del tercero es de mera participación en el aborto realizado por la embarazada (inducción, cooperación necesaria, complicidad), el marco penal aplicable será el del art. 145,2.

Es preciso que la mujer tenga conciencia del alcance de su consentimiento. Si el consentimiento ha sido obtenido mediante violencia, amenaza o engaño (art. 144.2), ha de considerarse inexistente y estaríamos además en presencia de un concurso entre el delito de aborto sin consentimiento y el delito o delitos a los que haya dado lugar la utilización de tales medios.

### B) Aborto doloso producido por la embarazada

Dice el art. 145.2: «La mujer que produjere su aborto... será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses».

En este precepto se castiga también a la mujer que consintiere que otra persona le cause el aborto (cfr. *supra*), pero aquí sólo vamos a referirnos al supuesto en el que la propia mujer causa su aborto, siendo ella la única autora del aborto. La pena es la misma que cuando consiente que otro lo realice. No se excluye la intervención de terceros, pero a título de partícipes; de aquí la diferencia esencial con el otro supuesto en el que tanto la mujer como el tercero que realiza el aborto son coautores. En el supuesto que tratamos aquí el tercero también puede intervenir, pero a título de partícipe en sentido estricto, induciendo o auxiliando a la embarazada, que es la que tiene el dominio del hecho, al realizar su propio aborto. Es posible la autoría mediata. La embarazada puede servirse de un tercero como instrumento, aun que es difícil que éste no sepa que está provocando un aborto.

En los casos en los que la mujer produzca su aborto, pero objetivamente se den los presupuestos de las indicaciones antes aludidas (cfr. *supra*: causas de justificación), será aplicable por analogía «in bonam partem» la excusa absoluta del apartado 2 del art. 417 bis.

### C) Aborto ocasionado por imprudencia grave

Dice el art. 146: «El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

El aborto puede ser consecuencia también de una conducta no directamente dirigida a producirlo, pero realizada de una manera imprudente. El art. 146 castiga el aborto por imprudencia siempre que ésta sea «grave». Algunos de estos casos de «imprudencia grave» pueden producirse en el curso de una intervención médica realizada durante el embarazo o en el momento del parto (prescripción de medicamentos con efectos secundarios abortivos, maniobras incorrectas en el empleo del fórceps durante el parto, etc.). Si como consecuencia de la misma el feto muere o nace en condiciones no viables, el aborto debe ser castigado en la medida en que la acción que lo haya provocado se haya realizado sin la diligencia debida por el profesional que atiende a la mujer. Este supuesto de «imprudencia profesional» lleva aparejada, además de la pena de prisión o multa, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión. Naturalmente, la aplicación de esta modalidad punible de aborto requiere, además de la propia gravedad de la imprudencia, la demostración de una relación de causalidad entre la acción imprudente y el aborto producido, lo que no siempre es tarea fácil, sobre todo cuando al aborto hayan podido contribuir otras causas naturales o la intervención de terceras personas, incluida la propia mujer, cuya imprudencia queda fuera expresamente de la sanción penal, según dispone el párrafo último del art. 146. Si a pesar de la imprudencia el aborto no se produce, pero el feto sufre lesiones o una enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será aplicable el delito de lesiones al feto en su modalidad imprudente previsto en el art. 158 (cfr. *infra* capítulo V).

Los casos de error sobre los presupuestos objetivos de alguna de las indicaciones previstas en el art. 417 bis del anterior Código penal (véase *supra*: causas de justificación) deben ser resueltos conforme al apartado 3 del art. 14, es decir, como error de prohibición, vencible o invencible, ya que el art. 146 está previsto para los casos de «imprudencia de hecho» y no para los supuestos de «error sobre la ilicitud del hecho».

El art. 146 es también aplicable en los casos en los que el aborto se produzca como consecuencia de violencias o malos tratos sobre la mujer que ya de por sí constituyen una conducta imprudente respecto a la producción del aborto, cuando el sujeto sabe que la mujer a la que maltrata o golpea está embarazada. Si por las circunstancias concurrentes en el momento de la realización de la conducta de malos tratos sobre la mujer (avanzado estado de gestación, gravedad de los golpes, patadas en el vientre, etc.) el aborto era de probable producción y el

sujeto actuó asumiendo este resultado, podría apreciarse dolo eventual y aplicarse directamente el art. 144. Igualmente cabe el concurso entre este art. 144 y el homicidio doloso o el asesinato, como en general cabe el concurso entre el aborto punible (doloso o imprudente) y las lesiones u homicidio de la mujer embarazada. La inducción o cooperación al suicidio (art. 143) de una embarazada puede también entrar en concurso con participación en aborto doloso producido por la embarazada (art. 145.2).

## DELITOS CONTRA LA SALUD Y LA INTEGRIDAD CORPORAL

### CAPÍTULO IV

Lesiones. Participación en riña. Empleo de violencia contra personas vinculadas al agresor. El consentimiento del lesionado. Casos problemáticos: A) La esterilización de deficientes psíquicos; B) La exposición voluntaria a actividades peligrosas. El tratamiento médico

- Bibliografía:** *Sobre la situación anterior a 1983:* ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en Homenaje al Padre Pereda, Bilbao 1965; ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid 1981; BAJO PERNÁNDEZ, *La intervención médica contra la voluntad del paciente*, ADP 1980; BARRERA GARCÍA, *Comentarios a la STS 13 octubre 1981*, CPC 1984 (ver también del mismo autor: *Comentario a la STS 31 mayo 1982*, CPC 1984, y a la STS 28 febrero 1980, en CPC 1986); BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El consentimiento en las lesiones*, CPC 1981; el mismo, *El delito de lesiones*, Salamanca 1982; el mismo, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; el mismo, *El consentimiento en las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; BERTSAIN IPINA, *Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado*, RGLJ 1971; COBO DEL ROSAL, *El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en el Código penal*, ADP 1962; el mismo, *Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código penal*, ADP 1964; DIEGO, M., *Las lesiones laborales del artículo 427 del Código penal*, CPC 1977; GARCÍA ARAN, *Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho penal español*, en Homenaje a Pérez-Vitoria I, Barcelona 1983; GARCÍA PLANAS, *Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el Código penal español y en la jurisprudencia*, RJCat. 1979; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Nuevo delito de infracción de leyes de trabajo*, Madrid 1951; JORGE BARRERO, Agustín, *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, CPC 1982; MAJADA PLANELLÉS, *El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas*, Barcelona 1946; ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos*, Barcelona 1979; el mismo, *El médico y el Derecho penal*, Barcelona 1981; el mismo, *El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código penal de 1980*, CPC 1982; el mismo, *Situación jurídica actual de los trasplantes de órganos en el Derecho español y propuestas de reforma*, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; el mismo, *El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal*

de 1980, en Homenaje a Pérez-Vitoria II. Barcelona 1983; SOTO LAMADRID, *El trasplante de tejidos y órganos humanos en la legislación española*, ADP 1982; SUÁREZ MONTES, *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona 1959; el mismo, *La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal*, ADP 1982; el mismo, *Las lesiones consentidas en el Proyecto de Código penal de 1980*, Oviedo 1983.

*Sobre la situación tras la reforma de 1983*: ARROYO ZAPATERO, *Lesiones a los trabajadores*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; el mismo, *Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización*, EPC 1986/1987; el mismo, *Manual de Derecho penal del Trabajo*, Madrid 1988; el mismo, *Problemas jurídicos de la esterilización de menores e incapaces*, La Ley 1988; BAJO FERNÁNDEZ, *Agresión médica y consentimiento del paciente*, CPC 1985; BUENO ARÚS, *Límites al consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal*, PJ 1985; CARDONA LLORENS, *Estudio médico-penal del delito de lesiones*, Madrid 1988; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Las relaciones personales con la víctima en las lesiones*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; GARCÍA VITORIA, *Consideraciones acerca de la incidencia de la reforma de 1983 en la naturaleza del consentimiento*, en Homenaje a Saiz Cantero, RFDUG 1989; MANZANARES SAMANIEGO, *Lesiones menos graves*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La imprudencia punible en la profesión sanitaria en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid 1985; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La reforma del consentimiento en las lesiones*, en Comentarios a la legislación penal V, vol. 2, Madrid 1985; ROMEO CASABONA, *Aspectos jurídicos de la experimentación humana*, RFDUC monográfico 11, 1986; SALAS HOLGADO, *El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria*, ADP 1987; SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, Barcelona 1988.

*Sobre la situación tras la reforma de 1989*: APARICIO CARRIL, *Estructura típica de los delitos y faltas de lesiones*, en Delitos contra la vida e integridad física, CDJ 1995; ARROYO DE LAS HERAS/ MUNOZ CUESTA, *Delito de lesiones*, Pamplona 1993; ARROYO URIETA/ CAVA VALENCIANO, *La reforma de las lesiones de 1989*, La Ley 1992; BACIGALUPO ZAPATER, *El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física*, PJ núm. especial XII, 1990; BELLO LANDROVE, *Algunas cuestiones concretas sobre la nueva regulación penal de las lesiones*, JD 1989; BERDUGO GÓMEZ, *DE LA TORRE*, en Muñoz Conde/ Berdugo Gómez de la Torre/ García Arán, *La reforma penal de 1989*, Madrid 1989; BUENO ARÚS, *El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la Ley General de Sanidad*, en Homenaje a Rodríguez Devesa I, Madrid 1989; CARDENAL MONTRAVETA, *Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo. ¿curso de leyes o de delitos?*, ADP 1995; CERVELLÓ DONDERIS, *El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección*, PJ 1994; CLIMENT DURÁN, *Sobre el concepto de tratamiento médico o quirúrgico en relación con el art. 420 del Código penal*, RGD 1990; CÓRDOBA RODA, *Competencias profesionales y responsabilidad penal*, AP 1990; CUELLO CONTRERAS, *La actualización del Código penal en materia de delitos y faltas contra la vida: la integridad de las personas*

y su puesta en peligro, PJ núm. especial XII, 1990; el mismo, *El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones de análoga afectividad*, PJ 1993; CUENCA SÁNCHEZ, *El nuevo artículo 425 del Código penal*, La Ley 1991; el mismo, *Las lesiones y su problemática específica. Los límites entre el delito y la falta desde el punto de vista del informe forense*, en Medicina legal, CDJ 1993; DEL ROSAL BLASCO, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; el mismo, *El nuevo tipo básico de lesiones en el Código penal (artículo 420.1)*, CPC 1992; DÍAZ PUTA, M., *La transmisión del Sida*, CJ 1993; DÍAZ PUTA, P., *La esterilización de incapaces afectados por graves deficiencias psíquicas*, AP 1995; ESER, *Lesiones deportivas y Derecho penal*, La Ley 1990; FELIZ MARTÍNEZ, *Tratamiento de las lesiones y los daños en el Código penal después de la reforma por LO 3/1989, de 21 de junio*, La Ley 1990; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Lesiones: Clasificación y modus operandi*, EPC 1988/1989; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Sobre la aplicación de la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código penal*, ADP 1991; el mismo, *Aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas*, RDPC 1991; FONTÁN TURADO, *Notas a la problemática sobre las lesiones deportivas en el Derecho penal inglés y español*, RDPC 1995; GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad civil y penal del médico anestesista*, La Ley 1995; GARCÍA ARÁN, *Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos*, RJCat. 1995; GARCÍA VALDÉS, *Responsabilidad por lesiones deportivas*, ADP 1993; GONZÁLEZ SOLER, *Homicidio y lesiones imprudentes en accidentes de trabajo*, en La imprudencia, CDJ 1993; GUALLART DE VIALA, *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Madrid 1992; HERRERA MORENO, *El niño ante la agresión doméstica: malos tratos y abuso sexual*, CPC 1994; HUERTA YOCILDO, *El nuevo delito de participación en una riña confusa y tumultuaria*, ADP 1990; ILLESCAS RUS, *La esterilización de deficientes mentales. Notas sobre la reforma del artículo 428 del Código penal*, BLMJ 1990; JORGE BARREIRO, Agustín, *Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, EPC 1989/1990; el mismo, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid 1990; JUANES PECES, *La esterilización de los deficientes mentales*, La Ley 1991; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento y la esterilización de los incapaces*, CPC 1991 (también en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992); el mismo, *El consentimiento informado y la esterilización de los incapaces*, CPC 1995; LUZÓN PEÑA, *Riña y legítima defensa*, en Estudios Penales, Barcelona 1991; el mismo, *Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español*, PJ 1991 (también en Mir Puig —edit.—, *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Barcelona 1993); MAPELLI CAFFARENA, *Reflexiones sobre la violencia no instrumental y su tratamiento jurídico*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; el mismo, *Análisis del delito de riña en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Orgánica de actualización del Código penal*, en Homenaje a Benstain, San Sebastián 1989; MARÍN GÁMEZ, *A vueltas con la constitucionalidad del art. 10,6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado*, RGD 1995;

MARTÍN MEIZOSO, *Transfusiones de sangre y libertad religiosa*, en El consentimiento. El error, CDI 1993; MARTÍNEZ-PENEDA RODRÍGUEZ, *Los delitos de lesiones en el Código Penal español*, en Medicina legal, CDI 1993; MONER MUÑOZ, *Lesiones. Problemática de los artículos 421 y 582 del Código penal*, RGD 1995; MONTERO MARTÍNEZ, *El consentimiento en las lesiones deportivas*, en El consentimiento. El error, CDI 1993; MORILLAS CUEVA, *Participación en riña*, en Comentarios a la legislación penal XIV, vol. 1, Madrid 1992; MOYA GARRIDO, *Lesiones: delito o falta según requieran tratamiento médico o quirúrgico o primera asistencia médica*, en Medicina legal, CDI 1993; MOYA HURTADO DE MENDOZA, *Evolución jurisprudencial reciente de los atentados a la vida y a la integridad en el marco del tratamiento médico-quirúrgico*, en Delitos contra la vida e integridad física, CDI 1995; MOYANO GARCÍA, *Consentimiento del paciente e imprudencia médica*, en La imprudencia, CDI 1993; MUÑAGORRI LAGÜA, *Las violencias en el ámbito familiar*, RDPC 1994; MUÑOZ CONDE, *La esterilización de los deficientes psíquicos: comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994*, RDGH 1995; OCAÑA RODRÍGUEZ, *Un esquema para el estudio de la responsabilidad médica*, RMF 1995; ORAA GONZÁLEZ, J. J. ORAA GONZÁLEZ, M., *Primera aproximación a la reforma penal de 1995*, La Ley 1990; PAREDES CASTAÑÓN, *Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales*, ADP 1990; PAREJO PABLOS, *Requisitos y significado del consentimiento en la esfera penal. Especial referencia al efecto del consentimiento en las transfusiones de sangre*, en El consentimiento. El error, CDI 1993; PENACHO MARTÍNEZ, *Una interesante sentencia penal sobre transfusiones de unidades de sangre portadoras de anticuerpos (S.I.D.A.)*, BIMI 1991; PÉREZ ALONSO, *El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma*, ADP 1990; PORTERO LAZCANO, *Lesiones, malos tratos y violación*, en Medicina legal, CDI 1993; PORTILLA CONTRERAS, *Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo*, CPC 1991; QUERALT JIMÉNEZ, *Las reformas en materia de delitos contra las personas*, Revista del Foro Canario 1993; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio*, ADP 1989 (también en PJ núm. especial XII, 1990); REIG REIG, *Los delitos contra la vida y la integridad corporal en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal (1992)*, RDPC 1992; REY HUÍDOBRO, *La imprudencia médica en el ámbito del Derecho penal*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; ROMEO CASABONA, *El Derecho ante los trasplantes de órganos*, RGD 1993; el mismo, *Responsabilidad médico sanitaria y SIDA*, AP 1993; el mismo, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994; el mismo, *SIDA y Derecho penal*, en Problemas del tratamiento jurídico del SIDA, CDI 1995; RUIZ VADILLO, *Algunas breves y provisionales consideraciones sobre la reforma del Código penal llevada a cabo por Ley de 21 de junio de 1989*, AP 1990; SÁNCHEZ BARRILAO, *La previa autorización judicial a la esterilización de disminuidos psíquicos graves (Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio de 1994)*, RGD 1995; SILVA SÁNCHEZ, *El SIDA en la cárcel. Algunos problemas de responsabilidad*,

La Ley 1992; SILVA SÁNCHEZ/ MELERO MERINO, *Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta*, AP 1995; SOTO NIETO, *Daños derivados de negligencia médica*, La Ley 1995; el mismo, *El delito de lesiones (tipo agravado) y la falta de lesiones. Desvalor de acción. Comentario a la STS (Sala 2.ª) de 6 de junio de 1995*, La Ley 1995; el mismo, *Principios básicos de la responsabilidad civil y penal del médico*, AP 1995; TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, *El delito de lesiones: concepto de primera asistencia facultativa y del tratamiento médico y quirúrgico*, AP 1995; TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, Barcelona 1991; VAAMONDE LEMOS/ VAAMONDE MARTÍN, *Problemas ético-jurídicos de los trasplantes de órganos en España*, en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996; VARIOS, *Valoración del daño corporal*, Madrid 1992; VARIOS, *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Mir Puig (edit.), Barcelona 1993; VARIOS, *Problemas del tratamiento jurídico del SIDA*, CDI 1995; VARIOS, *Delitos contra la vida e integridad física*, CDI 1995; ZUGALDÍA ESPINAR, *Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código penal de 21 de junio 1989*, PJ núm. especial XII, 1990.

Sobre la situación tras el Código penal de 1995: ARROYO ZAPATERO, *La supresión del delito de propagación de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión en el SIDA*, Derecho y Salud 1996; BARBERO JUAN, *Las novedades del Código penal de 1995 en relación a las lesiones dolosas*, RMF 1997; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El consentimiento en las lesiones veinte años después*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; BERNAL DEL CASTILLO, *Criterios para la distinción entre el delito y la falta de lesiones*, CPC 1998; BERNAL VALLS, *Las lesiones: cuestiones generales y tipos*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal 1999; BLANCO CORDERO, *Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica o terapéutica*, AP 1997; CAZORLA, *Lesiones culposas. Consentimiento en las lesiones*, RMF 1997; CÓRDOBA RODA, *El juez y el perito en la determinación de la norma de cuidado en los delitos de imprudencia en el ejercicio de la actividad médica*, La Ley 2002; CUENCA I GARCÍA, *La violencia habitual en el ámbito familiar*, RJCat. 1998; DEL ROSAL BLASCO, *La nueva regulación de los delitos de lesiones en el nuevo Código penal de 1995*, PJ 1996; DÍAZ PITA, M./ DÍAZ PITA, P./ NÚÑEZ CASTAÑO, *La transmisión del SIDA, problemáticas penales, procesales y perspectivas político-criminales*, en Martos Muñoz (dir.), *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, Sevilla 1997; DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, Valencia 1997; DOMPER BARDAJÍ/ MARTÍNEZ LEÓN/ VEGA GUTÉRREZ, *La esterilización*, La Ley 1996; ESBRI MONTOLIÚ, *Esterilización de los deficientes mentales*, Derecho y Salud 1997; ESER, *Deporte y Derecho penal*, RP 2000; ESPINOSA LABELLA, *Las transfusiones de sangre a los Testigos de Jehová: un conflicto entre el médico y el enfermo*, AP 1996; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Madrid 1999; FERRERO HIDALGO/ RAMOS REGO, *Delitos de lesiones y contra la integridad y seguridad individual*, Barcelona 1998; FLETCHER, *Las víctimas ante el jurado*, trad. de Medina Ariza y Muñoz Aunión, Valencia, 1996; GALÁN CORTES, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid 1997; GARCÍA ÁLVAREZ,

*La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia 1999; GÓMEZ GONZÁLEZ, *El tratamiento del SIDA en la legislación cubana: estudio comparativo con la legislación española*, CPC 1996; GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona 1997; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia 2003; GRACIA MARTÍN, *El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995*, en *Delitos contra la vida e integridad física*, CDJ 1995 (también en AP 1996); HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, Valencia 2001; JORGE BARREIRO, Agustín, *El consentimiento informado del paciente y su relevancia jurídico-penal*, en *Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios*, Vitoria-Gasteiz 1996; LORENTE ACOSTA, J./ LORENTE ACOSTA, M., *Agresión a la mujer*, Granada 1998; MAPELLI CAFFARENA, *Entre el homicidio y las lesiones*, en *Delitos contra la vida e integridad física*, CDJ 1995; MARTÍNEZ RUIZ, *Los delitos de lesiones*, Barcelona 2002; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, (Actualizada y adaptada al Código penal de 1995), Madrid 1997; MONER MUÑOZ, *Las lesiones. Concepciones jurisprudenciales de los resultados típicos: criterios diferenciales*, en CGPJ-Manuales de Formación Continuada 1999; MUÑOZ CONDE, *Una nueva imagen del Derecho penal español*, RDPC 1998; ORAÁ GONZÁLEZ, J., *Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas*, La Ley 1996; PINTADA MARRERO, *El delito de lesiones*, en *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995*, Las Palmas 1997; QUINTERO OLIVARES, *Las lesiones en el nuevo Código penal (aspectos problemáticos)*, en Congreso de Derecho penal y procesal, Sevilla 1996; ROLDÁN BARBERO, *La creación política de una nueva delincuencia: El uso del doping en el deporte*, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; ROMERO CASABONA, *¿Límites a la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?*, RDPC 1998; el mismo, *Los delitos contra la integridad corporal y la salud*, en Homenaje a Torío, Granada 2000; el mismo, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada 2004; ROMERO COLOMA, *La cirugía estética y su responsabilidad penal*, AP 1999; ROMERO DE TEJADA Y GÓMEZ, *El consentimiento de la víctima en los delitos de lesiones*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal 1999; ROPEO CARRASCO, *El Derecho penal ante la mutilación genital femenina*, La Ley 2001; RUIZ VADILLO, *Violencias físicas en el hogar*, AJ 1998; SÁNCHEZ MORALES, *El maltrato a menores: aproximaciones a un problema sin resolver*, CPC 1998; SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, Madrid 1998; SOBREMONTÉ ANDRÉS, *Comentario al art. 156 del actual Código penal. Esterilización de incapaces*, RGD 1998; VIANA CONDE, *El consentimiento informado del enfermo*, La Ley 1996; ZUGALDÍA ESPINAR/ HERNÁNDEZ, TRIVIÑO, *La distinción entre el delito y la falta de lesiones. Los conceptos de tratamiento médico o quirúrgico y primera asistencia*, en Homenaje a Torío, Granada 2000 (también en RDPP 2000).

Sobre violencia contra personas vinculadas al agresor, véase la bibliografía del capítulo VII.

En el Título III se recogen, bajo el nombre «De las lesiones», una serie de conductas cuya característica principal es, como ya se desprende de la propia redacción del tipo básico del art. 147.1, que afectan directamente a la integridad corporal o a la salud, física o mental, de las personas. *Bienes jurídicos protegidos* son, por tanto, la integridad corporal y la salud física o mental del ya nacido; las lesiones al feto se tipifican expresamente en otro lugar (véase *infra* capítulo V).

La salud a que se refiere el Código es tanto la física como la psíquica (sobre las lesiones psíquicas, véase *infra*: tipo básico). El ataque a ella dirigido es la enfermedad. La integridad corporal se refiere sólo al aspecto físico; el ataque a ella dirigido es la mutilación o inutilización de algún órgano o miembro corporal.

En realidad, como dice BERDUGO (1982, p. 24), si se entiende la salud en un sentido amplio, lo que se trata de proteger en estos delitos es un solo bien jurídico: la salud (física o psíquica), que incluye también la integridad corporal, pues la salud es susceptible de ser atacada «tanto produciendo una alteración en su normal funcionamiento durante un período de tiempo mayor o menor —supuesto de enfermedad o incapacidad temporales—, como causando un menoscabo en el sustrato corporal». De este concepto de salud se derivan dos importantes consecuencias:

1ª) No constituye delito de lesiones, aunque si posiblemente un delito de injurias o de coacciones o, en su caso, contra la integridad moral (véanse *infra* capítulos VI, VII y XI), la disminución de la integridad corporal que no supone menoscabo de la salud: corte de pelo o de barba, daños de prótesis artificiales (lo que de por sí ya puede constituir un delito de daños), etc.

2ª) No constituye tampoco un delito de lesiones la acción que objetivamente supone una mejora de la salud, aunque incida negativamente en la integridad corporal (amputación de una pierna gangrenada). Esta segunda conclusión tiene, además, importancia para resolver algunos casos problemáticos de *tratamiento médico*. Si el tratamiento médico tiene éxito, visto desde el punto de vista de la salud no puede constituir el tipo objetivo de un delito de lesiones, ya que ni siquiera se da el presupuesto de la imputación objetiva de este resultado (el incremento del riesgo es en realidad en este caso disminución del riesgo), aunque sí uno de coacciones (a reserva de la apreciación de alguna causa de justificación) si no media consentimiento del paciente (véase *infra*: consentimiento), y lo dicho respecto a la justificación de las coacciones en el capítulo VI). Sólo cuando el tratamiento médico no tiene éxito y su resultado es negativo para la salud puede plantearse el problema de la tipicidad del delito de lesiones.

Este concepto de salud se refleja en el Código en cuanto el delito de lesiones se constituye tanto por la enfermedad (ausencia de salud), como por la pérdida de miembros o mutilación de los mismos; pero el concepto de lesión abarca, además, resultados específicos (como la deformidad) que son relevantes en la medida en que se derivan de un atentado a la salud, entendida, en un sentido amplio, como posibilidad de participación en el sistema social (cfr. BERDUGO, 1982, pp. 20 ss.).

La actual regulación procede en parte de la reforma del anterior Código penal que se produjo en 1989 y que modificó en profundidad la regulación tradicional de estos delitos, reduciendo el casuismo que había caracterizado al Código penal anterior hasta esa fecha y eliminando algunos de los defectos más sobresalientes de dicha regulación (sobre la misma véase 7ª ed., pp. 97 ss.). El Título III del Código penal de 1995 contiene un tipo básico y un concepto general de lesiones (art. 147.1, con la correspondiente falta tipificada en el art. 617). 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). (Sobre la regulación de estos delitos en el anterior Código penal después de la reforma de 1989, véase MUÑOZ CONDE, 10ª ed., pp. 116 ss., y sobre la reforma de 1989 misma BERDUGO, en MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, y el resto de la bibliografía citada al comienzo de este capítulo).

En el Código penal de 1995, además de la tipificación expresa de los actos de participación intentada de provocación, conspiración y proposición para cometer los delitos de lesiones (art. 151) y de la imprudencia (arts. 152 y 621), se introduce una nueva fórmula en relación con el *consentimiento del lesionado* (art. 155), que, como cuestión común a todos los tipos de lesiones, estudiaremos al final de este capítulo, pasando después a analizar algunos casos problemáticos (como la esterilización de deficientes psíquicos y la exposición voluntaria a actividades peligrosas) y el *tratamiento médico*, relacionados con el consentimiento y con la problemática específica de los delitos de lesiones.

## LESIONES

### TIPO BÁSICO

El tipo básico del delito de lesiones, previsto en el art. 147.1, castiga al que «causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental».

La acción puede llevarse a cabo, como también se dice expresamente en este apartado, «por cualquier medio o procedimiento», es

decir, tanto por acción en sentido estricto, como, en los casos en que haya posición de garante, en comisión por omisión (dejando a una persona sin alimentar, expuesta al frío, etc.). El resultado es el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental (sobre el concepto de *lesión psíquica*, véase *infra*: excurso). Entre la acción y el resultado debe existir una relación de causalidad y comprobarse además, sobre todo en las lesiones causadas por imprudencia, los criterios que fundamentan una imputación objetiva. Los problemas de esta índole que se plantean en el delito de lesiones son similares a los que se plantean en el delito de homicidio, por lo que nos remitimos a lo dicho en el capítulo I.

### Excurso: el concepto de lesión psíquica. La lesión psíquica como daño colateral

Como hemos visto, en el delito de lesiones el resultado es el menoscabo de la salud física o mental, es decir, la lesión física o psíquica. En relación con la lesión psíquica se plantean dos problemas: por un lado, el concepto de la misma; por otro, su autonomía cuando se produce como daño colateral de una lesión física, bien inferida a la propia víctima, bien a un tercero.

Ciertamente, se puede decir que el «impacto afectivo» o el «dolor moral» que puede causar el hecho en los familiares de las víctimas de los asesinatos, etc., es en cierto modo inherente al propio resultado consumativo y todo lo más podría apreciarse en la determinación del monto de la indemnización civil; pero ello no es en absoluto evidente en todos los casos, y mucho menos cuando la víctima es, por ej., un hijo. Ya en las reglas de la Asociación Americana de Abogados de los Estados Unidos se establece que en la determinación de la pena «el Tribunal debe permitir a la víctima presentar una declaración de impacto, que especifique los efectos del crimen en la víctima, las circunstancias que rodearon el crimen, la forma en que se cometió y la opinión de la víctima». Esta tesis ha sido confirmada por la Corte Suprema de dicho país. Así, por ej., en el asunto Payne vs. Tennessee (501 U.S. 808, 111 S. Ct. 2597 1991) el acusado fue condenado por el brutal asesinato de su mujer y su hija en presencia de otro hijo, Nicholas, de 3 años. El Fiscal mandó llamar a la abuela, que testificó que el chico continuaba llorando por su madre y su hermana muertas; sobre la base de ello el fiscal concluyó así en su informe final:

«En el futuro, el pequeño Nicholas crecerá y querrá saber lo ocurrido a su hermana y a su madre. Querrá saber qué tipo de Justicia se impartió, qué sentencia se aplicó; con vuestro veredicto le daréis la respuesta» (citado por FLETCHER, p. 269).

En el Derecho penal español, el problema del impacto psíquico en las víctimas o personas directamente afectadas por el asesinato no sólo puede tenerse en cuenta como factor agravante de la pena a través de la regla general establecida en el art. 66.1.6ª y 7ª del Código penal, sino que además

puede ser constitutivo directamente de un *delito autónomo de lesiones*. Como ya han establecido claramente la doctrina y el propio Código penal desde la reforma de 1983, lo que se protege en el delito de lesiones no sólo es la salud física y la integridad corporal, sino también la salud psíquica o mental. No se trata sólo de un simple efecto colateral en sí inherente al propio resultado del delito (evidentemente, cualquier persona con un mínimo de sensibilidad puede verse psíquicamente afectada por un suceso luctuoso), sino del daño psíquico, que se traduce después en distintas patologías o trastornos psicológicos y que se produce directamente como consecuencia de una acción brutal.

Un ejemplo de esta forma de provocar una lesión psíquica la ofrece el supuesto de hecho juzgado en la STS de 9 de junio de 1998: la muerte por estrangulamiento de una niña pequeña que realiza directamente el padre en presencia de su hermano de 11 años de edad, buscando además intencionalmente esa presencia una vez que desistió de matarlo, no dejándole escapar, obligándole a permanecer allí, amenazándolo después y llevándolo incluso de compañía en el acto de entrega en la Comisaría. Uno no puede imaginarse un caso más claro del supuesto de hecho previsto en el art. 147.1 del Código penal. ¿Cómo admitir que un hecho de esta naturaleza no ha producido ningún tipo de perturbación en la salud mental, en el equilibrio psíquico de ese menor, que además probablemente le dejará secuelas para el resto de sus días? ¿Qué psicólogo o psiquiatra no valoraría dicho impacto como una *lesión psíquica* subsumible en el correspondiente delito de lesiones, teniendo en cuenta que una de las formas agravadas del mismo prevista en el art. 148.3º es que «la víctima fuere menor de doce años»? Sin embargo, la Audiencia Provincial de Cádiz no estimó el delito de lesiones psíquicas como entidad autónoma, sino que las consideró un efecto colateral de la visión del asesinato de su hermana a que el padre le obligó. La sentencia del Tribunal Supremo corrige esta decisión, pero por dificultades probatorias de la entidad y gravedad del resultado lesivo considera que todo lo más se puede admitir una falta, exigiendo además para considerar el impacto emocional como un delito de lesiones que deje algún tipo de huella somáticamente comprobable, una lesión del aparato nervioso central. Naturalmente, probar la lesión psíquica es mucho más difícil que probar la lesión física y la técnica del recurso de casación dificulta aún más que el Tribunal Supremo pueda pronunciarse sobre algo que no se ha dado por probado en la sentencia de la Audiencia, pero la base somática a que se refiere esta sentencia del Tribunal Supremo no constituye la esencia de la misma, sino un dato probatorio más. Lo importante es, a mi juicio, que quede acreditado mediante la prueba pericial correspondiente, que puede ser puramente psicológica, que dicho efecto perjudicial para la psique del niño se produjo y que es probable que persista y dure toda la vida (aunque esto no sea estrictamente necesario), afectándolo en su normal equilibrio psíquico y emocional, cualquiera que sea después la calificación clínica que de esa patología hagan los expertos (neurosis, trastorno emocional, etc.) y cualquiera que sea el efecto que tenga en el aparato nervioso central.

Pero estas dificultades probatorias han hecho que, en general, la jurisprudencia habita hasta la fecha desde la reforma de 1983, que introdujo expresamente las lesiones psíquicas en el Código penal, no haya sido muy procli-

ve a apreciar la lesión psíquica, aunque esto no quiere decir que una vez demostrada la fehaciencia de la misma el tipo penal correspondiente del delito de lesiones no sea aplicable. Así, por ejemplo, la STS de 30 de octubre de 1994, en un caso en el que unos niños habían sido sometidos por una secta a una educación que podía calificarse de no convencional, niega la existencia de lesiones psíquicas en sentido de enfermedad mental de origen endógeno o exógeno, dado que «los daños psíquicos tienen que ir más allá de las simples carencias y desfases sociales y superar los meros desajustes afectivos o emocionales». Lo que confirma precisamente que cuando el daño psíquico vaya más allá de esas simples carencias o desajustes y produzca un verdadero impacto negativo en el desarrollo psico-emocional de un niño debe ser calificado de lesión, dependiendo la gravedad de la misma de su entidad y persistencia, lo que debe ser valorado por los peritos al objeto de determinar el presupuesto objetivo sobre el que se basa dicha calificación.

Más discutible es la existencia de este delito de lesiones psíquicas respecto a la madre en el caso antes citado de la STS de 9 de junio de 1998, aunque probablemente el propósito del sujeto cuando mató a la niña era hacer sufrir a la madre donde más podía dolerle («ciavarle una astillita en el corazón», dijo literalmente cuando fue detenido). Es evidente el impacto psíquico y el consiguiente daño a su salud mental que le ha producido el hecho, pero probablemente tiene razón en este caso la STS cuando considera que este daño psíquico en la madre es inherente al propio resultado luctuoso. Ciertamente, lo más que puede dolerle a 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 noticia de 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 estricto de causalidad y conforme a las reglas de la imputación objetiva, y todo lo más habrá que tenerlo en cuenta en la determinación de la pena o en la indemnización civil.

Pero para que la lesión, física o psíquica, pueda calificarse de delito se exige que la sanidad de la lesión, además de una primera asistencia facultativa, requiera *tratamiento médico o quirúrgico*. Si la lesión no precisare tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa, entonces constituye una falta tipificada en el art. 617.1, que justamente se caracteriza como un tipo residual o subsidiario cuando la lesión no cumple los requisitos establecidos en el art. 147.1.

Para diferenciar el delito de la falta de lesiones hay que distinguir, pues, entre primera asistencia y tratamiento médico o quirúrgico.

Aunque puede parecer forzado diferenciarlos, estos dos conceptos no son, desde luego, equivalentes. La asistencia es la ayuda que se presta a quien tiene algún problema, se queja o se duele de algo, sin

que ello exija necesariamente la adopción de ninguna medida curativa. El tratamiento es, por el contrario, un conjunto sistemático de actos realizados en el transcurso del tiempo con finalidad eminentemente curativa. Obviamente, la actuación médica de una u otra forma conlleva distinta gravedad de la lesión.

Esta diferenciación, teóricamente correcta, no es, sin embargo, fácil de llevar a la práctica y presenta, a veces, dificultades insuperables. Así, por ejemplo, aunque el art. 147,1 habla de *primera asistencia*, no debe confundirse este término con el de *asistencia única* ni con el de *asistencia inmediata*. Una primera asistencia puede requerir la intervención de varios profesionales de la medicina que actúen a la vez o sucesivamente, incluso sin relación entre sí. Piénsese en los casos en que sea preciso hacer un análisis clínico o un examen radiológico, o en los casos en los que el lesionado, no conforme con la primera asistencia o queriendo confirmar el diagnóstico realizado en ella, acude por su cuenta a otros profesionales de la medicina. También puede calificarse de primera asistencia la prestada algún tiempo después de producirse la lesión, bien porque el lesionado no acude al médico inmediatamente después de la lesión, bien porque la sintomatología de la lesión no aparece hasta más tarde.

Es, pues, el tratamiento médico o quirúrgico el verdadero elemento diferencial entre el delito y la falta. Por las razones ya dichas 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 terapéutica. La expresión contenida en el art. 147,1, *además de una primera asistencia*, indica que todos «los actos médicos, aun curativos, fijados o practicados en dicha primera asistencia, forman parte de ella y no constituyen un tratamiento médico o diferenciado» (así la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, p. 206).

En todo caso, para evitar cualquier tipo de dudas, en el mismo apartado 1 del art. 147 se dice expresamente que «la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico». Pero a partir de ahí, todo lo que exija una actividad curativa ulterior, o todo lo que ya desde el primer momento exige un plan terapéutico a desarrollar en el tiempo, debe estimarse como tratamiento y, por tanto, la lesión como delito. Ello es evidente cuando el tratamiento consiste en una medicación que no sea puramente preventiva, sino curativa. Así, por ejemplo, la prescripción de unos antibióticos para prevenir una infección no sería todavía trata-

miento, pero sí lo sería la misma prescripción para tratar una infección ya detectada. Por supuesto que también pueden tener la concepción de tratamiento las medidas dietéticas, de higiene o reposo, así como el internamiento psiquiátrico o el tratamiento psiquiátrico, incluyendo en él el psicológico y el psicoanalítico. Una cura de sueño o un reposo absoluto pueden ser tan necesarios o más que una medicación para restablecer el equilibrio físico y psíquico; la prescripción de un tranquilizante para paliar un momentáneo ataque de nervios no dejaría de ser, sin embargo, una primera asistencia facultativa.

Iguales problemas plantea el tratamiento quirúrgico, por cuanto muchas intervenciones quirúrgicas se agotan en un solo acto (por ej., extracción de una muela sin necesidad de intervención posterior); mientras que una herida leve puede exigir puntos de sutura, la prescripción preventiva de unos antibióticos o un diagnóstico radiológico, sin que llegue a exigir un verdadero tratamiento.

Desde luego, las diferencias son sutiles y difíciles de llevar a la práctica, pero obligadas por cuanto constituyen el criterio legal para diferenciar el delito de la falta de lesiones. En esta materia es inevitable un amplio arbitrio judicial, aunque siempre asesorado médicamente. Otros datos que objetivan los criterios legales son la *necesidad* del tratamiento y su *prescripción por un titulado facultativo o de grado medio*, cuando este último esté habilitado para ello.

Esta necesidad quiere decir que aunque la lesión pueda no ser tratada por profesional sanitario, sino por un no profesional o por el propio lesionado, debe ser de tal entidad que objetivamente requiera de una intervención sanitaria profesional. Ello depende muchas veces del nivel cultural 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 quirúrgico.

En general, la doctrina y la jurisprudencia (véase, por ej., STS 3 mayo 1996) vienen exigiendo desde la reforma de 1989 un concepto objetivo de tratamiento médico y de su necesidad, aunque resaltan las dificultades de distinción en algunos casos con el concepto de «necesidad de una asistencia facultativa», dejando fuera del concepto de tratamiento las actividades diagnósticas o preventivas (para un resumen del estado del problema en doctrina y jurisprudencia, véanse BERNAL DEL CASTILLO, pp. 245 ss.; ZUGALDIA ESPINAR/ HERNÁNDEZ TRIVIÑO, pp. 949 ss.).

## El apartado 2 del art. 147

Las dificultades interpretativas que ofrece el criterio establecido en el art. 147.1 para diferenciar el delito de la falta de lesiones son, de todas formas, obvias y, por eso, no es extraño que el propio legislador ofrezca en el apartado 2 del art. 147 una posibilidad atenuatoria que permite rebajar la pena de prisión del tipo básico a la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando el hecho descrito en el apartado 1 del art. 147 «sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producidos». Este marco penal queda así como una especie de tercera vía a la que puede recurrir el juez en caso de duda de la calificación de la intervención médica o de la importancia objetiva de la lesión. Claro que ello implica una especie de resignación ante la dificultad que ofrece la propia fenomenología del delito de lesiones. Incluso dentro del tratamiento propiamente dicho hay grandes diferencias entre una prescripción médica de antibióticos, analgésicos o tranquilizantes puramente rutinaria y un complejo tratamiento prolongado en el tiempo, con medicamentos fuertes, con efectos secundarios o necesidad de reposo absoluto; entre unos puntos de sutura o la reducción de una fractura simple y una complicada intervención quirúrgica con necesidad de anestesia total, apertura de cavidad abdominal, etc. Todo ello debe traducirse en diferentes grados de responsabilidad penal que lógicamente no dependen sólo de la entidad objetiva de la lesión, sino también del grado de participación subjetiva del autor de la misma, hasta el punto de que en el art. 621.1 se califica, excepcionalmente, de falta la causación «por imprudencia grave» de las lesiones previstas en el apartado 2 del art. 147 (cfr. *infra*: especial consideración del elemento subjetivo).

## La conversión de la falta de lesiones en delito en caso de habitualidad

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de forma paralela a la reforma que introduce en materia de hurto y en la misma tendencia general de agravar la pena en caso de habitualidad y reincidencia, ha añadido un párrafo segundo al apartado 1 del art. 147 que permite convertir en delito de lesiones lo que originariamente es una falta. El texto del nuevo precepto dice lo siguiente:

«Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código».

El precepto refleja una tendencia, que también se observa en otros preceptos introducidos en esta reforma (cfr. arts. 66, 1.5ª, 234, párrafo segundo, y 244.1, párrafo segundo), a un recusable «Derecho penal de autor». Efectivamente, en este entendimiento del Derecho penal el

presupuesto de la reacción penal no es tanto el hecho cometido (que puede ser de escasa gravedad), como la personalidad del autor, tomándose el hecho sólo como síntoma de esta personalidad. Evidentemente, el legislador está pensando en personas pendencieras, de carácter agresivo que sobre todo cuando consumen bebidas alcohólicas suelen meterse en peleas y discusiones en las que muchas veces los contrincantes están en la misma situación de ingestión alcohólica. Si el hecho que se puede observar en discotecas, competiciones deportivas o en la misma calle no pasa de unos golpes o malos tratos o de causar unas lesiones que ni siquiera requieran tratamiento médico o quirúrgico, no se entiende muy bien, por lo menos desde el punto de vista de un coherente «Derecho penal de acto», por qué debe ser castigado más gravemente, como rco de un delito que tiene asignada una pena de prisión de hasta tres años. Por otra parte, el presupuesto para aplicar esta norma es sumamente arbitrario, ya que no se basa en previas condenas, sino en la mera constancia (¿cómo? ¿por quien?) de que el sujeto haya realizado, en el plazo de un año, cuatro veces la acción (o acciones) descrita en el art. 617. La prueba de tales hechos en un juicio no es tarea fácil, si se tiene en cuenta que los hechos pueden no haber dado lugar a actuaciones judiciales o policiales anteriores, o haber sido cometidos en lugares diferentes y en relación a diversas personas que ni siquiera los hayan denunciado o puede que no haya testigos ni otro tipo de pruebas que acrediten los golpes o malos tratos. ¿Bastará el mero atestado o el informe policial de que es un individuo pendenciero que en el último año ha estado implicado en por lo menos cuatro reyertas o agresiones físicas, de las que no se derivó ninguna lesión relevante? Pero es que, además, si una de las faltas se produjo seis meses antes sin que haya habido actuación que interrumpa el plazo de prescripción, ya no podrá valorarse para constituir el presupuesto del art. 147.

El paralelismo con los también recusables preceptos similares que se introducen respecto al hurto y al robo y hurto de uso de vehículos de motor (cfr. *infra* capítulos XVI y XVIII) es evidente, pero en estos delitos patrimoniales la delimitación entre la falta y el delito se atiene a estrictos límites objetivos de cuantías y la suma de las cuatro infracciones puede tener una cierta relevancia en la valoración global de las mismas; además, cada uno de los hechos aisladamente considerado puede ser más fácilmente probado. Sin embargo, la realización de acciones que ni siquiera pasan el nivel de los golpes o los malos tratos de obra depende de factores diversos difícilmente valorables de una manera unitaria. Tampoco convence el paralelismo con la «habitualidad» que se menciona tras la reforma en el art. 173.3, porque este precepto se refiere a relaciones de convivencia familiar o similares a ella.

una de cuyas características es la habitualidad del contacto personal; por otra parte, tampoco limita a un plazo determinado la realización de las mismas, sino que atiende «al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos». En todo caso, ninguno de estos preceptos es compatible con el Derecho penal de acto.

## TIPOS CUALIFICADOS

Son los contenidos en los arts. 148, 149 y 150. En tales artículos se tienen en cuenta, para imponer una pena más grave que la fijada para el tipo básico, tanto la gravedad del medio empleado, la forma en que la lesión se lleve a cabo o la cualidad de la víctima (art. 148), como la mayor gravedad del resultado (arts. 149 y 150).

## A) POR EL MEDIO EMPLEADO, LA FORMA DE COMISIÓN O LA CUALIDAD DE LA VÍCTIMA

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

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

2º. Si hubiere mediado ensañamiento.

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

Estas cualificaciones no aumentan automáticamente la pena del tipo básico cuando concurren en un delito de lesiones, pues el propio precepto determina que ello sólo es así «atendiendo al resultado causado o riesgo producido» y en la medida en que el Tribunal las valore como determinantes de una mayor gravedad de la lesión del tipo básico («podrán ser castigadas»). Las cualificaciones se refieren además sólo a las lesiones previstas en el art. 147,1; por tanto, si concurren en la falta del art. 617,1, o en las cualificaciones por la mayor gravedad del resultado de los arts. 149 y 150, funcionarán, en su caso, como agravantes genéricas.

### a) Por la peligrosidad del medio

El art. 148,1º permite imponer la pena de prisión de dos a cinco años «si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos,

objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado».

La razón de ser de esta agravación es la peligrosidad objetiva del medio empleado en la lesión, cualquiera que sea la gravedad de la lesión misma que se haya producido. La utilización de un arma de fuego, un cuchillo de cortar jamón, un hacha, una navaja de grandes dimensiones, etc., constituye, pues, esta agravación, siempre que el sujeto activo sea consciente de la peligrosidad objetiva («concretamente peligrosas») del medio utilizado.

### b) Por el empleo de ensañamiento

El número 2º del art. 148 establece la misma cualificación de la pena para la lesión prevista en el apartado 1 del art. 147 «si hubiere mediado ensañamiento». Por tal hay que entender los actos que configuran la agravante genérica en el art. 22,5º, es decir, aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, en la forma en que ya hemos descrito en relación con el asesinato en el capítulo I. Si el hecho se produce por las personas citadas en el art. 174 (autoridad o funcionario público) en relación con las circunstancias allí previstas, se aplicará el art. 148,2º con la agravante de prevalimiento del carácter público, salvo que resulte mayor pena apreciando un concurso entre el art. 174 y el delito básico de lesiones o, en su caso, el tipo cualificado de lesiones que corresponda, siempre que no sea el propio art. 148,2º (véase *infra* capítulo VII). Por lo demás, la presencia de esta cualificación excluye la aplicación de la agravante genérica, que, sin embargo, es aplicable como tal en las cualificaciones previstas en los arts. 149 y 150, o en la falta del art. 617,1.

### c) Por la cualidad de la víctima

El art. 148,3º permite imponer la pena antes citada «si la víctima fuere menor de doce años o incapaz». Como ya se ha advertido antes, es preciso que este hecho genere una mayor peligrosidad de la acción o mayor indefensión de la víctima; no basta, por tanto, con que la víctima sea menor de doce años o incapaz para que automáticamente se aplique la cualificación. Aquí el término «incapaz» debe ser interpretado en el sentido del art. 25.

## B) POR LA ENTIDAD DEL RESULTADO

Aunque, como ya hemos dicho antes, el resultado en el delito de lesiones es siempre un menoscabo de la integridad corporal o de la salud, la mayor o menor gravedad de este menoscabo puede determinar también una mayor gravedad de la pena aplicable al responsable del delito de lesiones, en la medida en que esa mayor gravedad objetiva de la lesión sea también abarcada por el dolo (cfr. *infra*: especial consideración del elemento subjetivo). Los arts. 149 y 150 establecen una serie de cualificaciones en función de la mayor o menor gravedad de los resultados que produzca la lesión.

### a) Cualificación del art. 149

«1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz».

Los resultados mencionados en este art. 149 consisten en graves menoscabos de la integridad física o de la salud, algunos de ellos irreversibles, como la pérdida o inutilización de un órgano o miembro principal, o de algún sentido (de la vista, del oído), la impotencia, etc.; o difícilmente corregibles, como una grave deformidad, grave enfermedad (SIDA), etc. De ahí la especial gravedad de la pena con la que se castiga esta cualificación.

Ya en la anterior regulación había entendido la jurisprudencia que tanto la pérdida anatómica, como la funcional de un miembro eran equivalentes, criterio que se recoge ahora con claridad en el art. 149 («la pérdida o la inutilidad»), por lo que habrá que entender que se incluye también en esta cualificación la «mutilación». Se consideran también equivalentes a los efectos de aplicar esta cualificación la impotencia y la esterilidad (lo que puede ser discutible), la pérdida de visión en un ojo o del ojo mismo, etc. El órgano o miembro inutilizado o mutilado debe ser «principal», entendiéndose por tal el esen-

cial, pero no vital: un riñón, el pie, la lengua, la mano, un ojo, etc. La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha añadido el apartado 2º del art. 149, que castiga expresamente la mutilación genital. La pena es la misma que la prevista en el apartado anterior, y en realidad no constituye ninguna novedad, ya que esa conducta podía considerarse igualmente típica conforme al apartado 1º. Lo único que se añade ahora es la posibilidad de aplicar en este caso la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento cuando la víctima sea menor o incapaz. Por supuesto, entra dentro de esta cualificación la ablación del clitoris, cuya persecución plantea, sin embargo, problemas cuando se comete fuera del territorio nacional (por ej., con niñas africanas en sus países de origen; véase ROPERO CARRASCO). En todo caso, cuando el miembro u órgano no es principal será aplicable la cualificación del art. 150 (cfr. *infra*).

El concepto de *deformidad* es un concepto valorativo estético que depende de las más diversas circunstancias. La edad, sexo, profesión, etc. del lesionado son decisivos a la hora de determinar lo que se entiende por deformidad. La cualificación del art. 149 sólo es aplicable en caso de que la deformidad sea «grave». Normalmente se consideran como tales las cicatrices y desfiguraciones del rostro, la pérdida de dientes incisivos y las cicatrices en el cuello o en el muslo, pero no en la cabeza o en el vientre. En el concepto de deformidad se revela la amplitud del concepto de salud e integridad corporal.

### b) Cualificación del art. 150

«El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años».

Este precepto es subsidiario del anterior, en la medida en que si los resultados producidos son los previstos en el art. 149, éste será el aplicable (cfr. art. 8,2º). Por miembro u órgano no principal se entiende de lo que ni es vital, ni esencial para la salud o la integridad: un dedo, el lóbulo de la oreja, etc.; por deformidad, cualquier desfiguración del cuerpo cuya visión produce un sentimiento de desagrado estético en los demás (concepto objetivo, por tanto, no subjetivo); si la deformidad es grave la cualificación aplicable es la del art. 149. La relatividad de este concepto no debe, sin embargo, desdibujar la objetividad con la que debe ser interpretado, aunque en esa objetividad tengan también

que tenerse en cuenta las circunstancias personales de la víctima: así, por ej., una cojera evidente es, objetivamente, una deformidad grave; una pequeña cicatriz en la cara puede ser grave en el caso de una «modelo fotográfica», y menos grave en una persona dedicada a otro tipo de actividades. Las posibilidades de reparación de la deformidad con una intervención de cirugía estética deben también ser tenidas en cuenta en orden a determinar la gravedad de la deformidad; desde luego, una deformidad que quede bien reparada con una sencilla operación de cirugía estética debe ser valorada como menos grave que otra en la que esa posibilidad no exista o sea más difícil de realizar.

### Especial consideración del elemento subjetivo

1. Tanto en el tipo básico como en los cualificados se tipifican conductas dolosas. La comisión imprudente de estos hechos se castiga en el art. 152.

Sin embargo, es evidente que la imputación a título de dolo de los resultados cualificantes o, simplemente, de la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico para la calificación de la lesión como delito sólo puede hacerse en la medida en que el Tribunal sentenciador, tras la correspondiente valoración de la prueba, llegue al convencimiento de que realmente se dio el dolo, siquiera sea con la fórmula del dolo eventual. De lo contrario, todo lo más, y en la medida en que se den los elementos de la imputación a título de imprudencia (falta de diligencia debida, imputación objetiva del resultado, etc.), habrá que apreciar esta forma menos grave de imputación.

Lo que no se puede admitir en ningún caso es que el dolo se exija sólo respecto a la acción inicial de causar una lesión, bastando para imputar el resultado la conexión causal entre éste y la acción, pues esto infringiría claramente el principio de culpabilidad o trataría por el mismo rasero las distintas formas de imputación subjetiva. Si la pura responsabilidad objetiva viene vedada por los arts. 5 y 10 del Código penal, también debe estar vedada por el mismo principio que inspira estos preceptos (el de culpabilidad), además de por la idea de proporcionalidad, la equiparación entre producción dolosa e imprudente de un resultado.

En los casos en los que una acción dolosa inicial de lesionar vaya acompañada de un resultado de lesiones más graves que el querido, directa o eventualmente, la solución correcta es aplicar la técnica del concurso (ideal) entre la lesión dolosa inicial y la realmente producida

por imprudencia. Cuando el resultado cualificante se produce como consecuencia del empleo de los medios previstos en el art. 148, 1º 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, 3º que el sujeto sepa que la víctima es menor de doce años o incapaz.

2. La imprudencia se castiga como delito, cuando es «grave», con la pena de prisión de tres a seis meses si se tratare de las lesiones del art. 147, 1º; con la pena de prisión de uno a tres años si se tratare de las lesiones del art. 149; y con la pena de prisión de seis meses a dos años si se tratare de las lesiones del artículo 150 (cfr. art. 152, 1º). La imprudencia grave respecto a las lesiones castigadas en el apartado 2 del art. 147 y cualquier otra lesión constitutiva de delito producida por imprudencia «leve» se castigan respectivamente, como faltas, con la pena de multa de uno a dos meses y de diez a treinta días (art. 621, 1 y 3).

Respecto a la imprudencia constitutiva de delito, cuando los hechos hayan sido cometidos utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por un período de uno a cuatro años. Si las lesiones fueren cometidas por «imprudencia profesional», se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años (cfr. art. 152, 2 y 3).

La imprudencia constitutiva de una falta de lesiones también lleva aparejada la privación del derecho a conducir o a tener o portar armas por tiempo de tres meses a un año, cuando el hecho se hubiere cometido con un vehículo a motor o un arma. La falta sólo es perseguible mediante denuncia de la persona agravada o de su representante legal (cfr. art. 621, 4, 5 y 6). Por lo demás, tanto en la imprudencia constitutiva de un delito, como de una falta, son aplicables las reglas y principios generales que informan esta forma de imputación subjetiva del delito en los casos en los que está especialmente castigada (cfr. art. 12 y lo dicho respecto al homicidio por imprudencia *supra* capítulo I y al tratamiento médico en este mismo capítulo; también FEJÚO SÁNCHEZ).

3. Otro aspecto interesante es el de si el dolo de matar también el dolo de lesionar. La cuestión tiene gran importancia práctica en el desistimiento activo en caso de tentativa de homicidio (o asesinato). Si, por ejem-

plo, 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 lesiones, caso de que éstas se produjeran?

La cuestión es discutida. 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. La *teoría de la unidad* considera, por el contrario, que en estos casos el dolo en ambos delitos es el mismo y que si no se castiga por homicidio puede hacerse por el delito de lesiones.

La doctrina dominante mantiene la teoría de la unidad, que es también la más correcta tanto desde el punto de vista dogmático, como político-criminal. La voluntad de matar y la de lesionar, aunque no coinciden en el fin, sí pueden coincidir en los medios elegidos, que pueden ser idóneos para uno u otro resultado. Por otra parte, la realidad demuestra que, cuando se tiene intención de matar, se debe aceptar como posible un resultado de lesiones, con respecto al cual existirá por lo menos dolo eventual, e incluso esas lesiones pueden ser el paso obligado para causar la muerte. Una prueba de que el elemento velitivo del dolo no es tanto el querer el resultado concreto (en este caso, la muerte), como el asumir que también se puede producir otro resultado menos grave (en este caso, la lesión) que se acepta como, nunca mejor dicho, «mal menor», en todo caso inevitable si el resultado que se pretendía, a pesar de todo, no se produce.

Por lo demás, ésta es también la tesis que se desprende del art. 16,2 («sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta»: la llamada *tentativa cualificada*). Así pues, en el caso citado de desistimiento voluntario del homicidio, aunque no pueda castigarse por homicidio intentado sí podrá castigarse por las lesiones producidas. También, aunque excepcionalmente, 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 (la víctima pierde, por ejemplo, un órgano o miembro principal, cfr. art. 149 y lo dicho *supra* capítulo I: formas imperfectas de ejecución del homicidio).

## El castigo de los actos de participación intentada

En el art. 151 se castigan con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente de lesiones dolosas, previsto en los artículos anteriores, «la provocación, la conspiración y la proposición» para cometer alguno de dichos delitos.

## PARTICIPACIÓN EN RIÑA

Según el art. 154: «Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en

peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses».

El Código no castiga, pues, la mera participación en riña, sino la participación utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o la integridad; la mera participación es, por tanto, impune como tal. El amenazar o sacar las armas en una riña es punible sólo como falta en el art. 620,1º.

Las razones de la creación de este precepto son más de tipo histórico que criminológico. La ventaja que tiene el nuevo modelo frente al anterior a 1989 es que prescinde de las recusables presunciones de culpabilidad que anteriormente se daban y de condiciones objetivas de punibilidad que, si bien restringían el tipo, no tenían que tener ninguna relación de adecuación con la participación en riña como tal. Lo único que queda de la antigua regulación es la exigencia de que la riña sea «acometiéndose tumultuariamente»; han de intervenir, por tanto, más de dos personas y es preciso que se llegue a las vías de hecho, no bastando las simples agresiones verbales.

## EMPLEO DE VIOLENCIA CONTRA PERSONAS VINCULADAS AL AGRESOR

El párrafo 1º del art. 153, tras la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, ha quedado redactado de la siguiente forma:

«El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menos-cabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173,2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años».

Aunque con otra redacción, fue ya introducido en el Código penal anterior en la reforma de 1989 para sancionar los malos tratos en el ámbito familiar, problemática que ha ido en aumento en los últimos

años y que motivó la reforma de 1999, que modificó la redacción que originariamente se daba a este precepto en el Código penal de 1995. Pero esta materia ha vuelto a ser afectada por la reforma de septiembre de 2003, en la que se regula este problema en una doble modalidad delictiva. Por un lado, el art. 153 se redacta de forma que se eleva a la categoría de delito, y no de simple falta, la causación a otro de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el Código penal, el golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, o el amenazar a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, «cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2». Por otro lado, en el art. 173.2 se castiga, como delito contra la integridad moral, al que «habitualmente ejerza violencia física o psíquica» sobre una serie de personas que tengan o hayan tenido con la víctima una relación de cónyuge o análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre otras personas en el ámbito de una relación familiar o de convivencia familiar, o personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (véase *infra*, capítulo VII).

En lo que se refiere al art. 153, frente a la regulación anterior la reforma del 2003 se caracteriza por elevar a la categoría de delito la falta de lesiones y de malos tratos de obra previstas en los apartados 1 y 2 del art. 617 y la de amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos prevista en el art. 620.1º, siempre que se cometan contra personas vinculadas al agresor en la relación familiar o cuasi familiar prevista en el apartado 2 del art. 173.

En efecto, *cundo no se cometen contra dichas personas*, el art. 617.1 castiga como falta la causación de una lesión no definida como delito con la pena de localización permanente de 6 a 12 días o multa de uno a dos meses y el art. 617.2, la falta de malos tratos sin causar lesión con la pena de localización permanente de 2 a 6 días o multa de 10 a 30 días. Respecto a las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, se castigan como falta en el art. 620.1º con la pena de multa de 10 a 20 días, *si no se dirigen a personas vinculadas al agresor*. Por otra parte, en el art. 620.2º se prevé como falta, con la misma pena de multa, el causar a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación de carácter leve, *pero si el ofendido fuera alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2*, la conducta se castiga (como falta, pues este supuesto no se contempla en el art. 153) con la pena de localización permanente de 4 a 8 días «siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima», o trabajos en beneficio de la comunidad de 5 a 10 días. En este caso no será exigible la denuncia que se requiere para los demás casos del art. 620. En el Proyecto de Ley sobre violencia contra la

mujer de junio de 2004 se prevé convertir esta falta en delito cuando el sujeto pasivo es una mujer.

Por otro lado es de destacar que el art. 57.1 permite imponer, entre otros, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la integridad moral o contra el honor, una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48 (privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos y prohibición de aproximarse a o de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez). Tras la reforma de 2003, sin embargo, cuando dichos delitos son cometidos contra las personas mencionadas en el art. 173.2, ha de acordarse *en todo caso* la prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas por un tiempo de hasta 10 años si el delito fuera grave o de 5 si fuera menos grave (art. 57.2). Las prohibiciones del art. 48 pueden imponerse también por la comisión de las faltas contenidas en los arts. 617 y 620 (art. 57.3). Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene una serie de medidas de carácter preventivo a adoptar durante la tramitación del proceso, que persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima.

En el párrafo segundo del art. 153 se contienen ahora también una serie de tipos cualificados. En efecto, la pena se impondrá en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores o utilizando armas, o cuando tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o cuando se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Pero quizás la novedad más importante de la reforma de 2003 en esta materia es la configuración como delito contra la integridad moral de la violencia habitual física o psíquica sobre personas vinculadas al agresor, «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica». Por tanto, nos remitimos al capítulo donde nos ocupamos del delito contra la integridad moral (*infra*, capítulo VII) para ocuparnos con mayor extensión de esta nueva regulación del problema.

## EL CONSENTIMIENTO DEL LESIONADO

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

La relevancia del consentimiento del lesionado ha sido objeto de especial regulación en el Código penal español desde 1963, fecha en la que se introdujo un precepto que declaraba de forma genérica que «las penas señaladas en el capítulo anterior (es decir, en los delitos de lesiones) se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado». La generalidad con que se redactó este precepto creó problemas interpretativos de difícil solución, ya que literalmente podía llevar a las más absurdas conclusiones, algunas de las cuales se mantuvieron hasta épocas recientes (como la de considerar que la esterilización voluntaria de una persona adulta que no quería tener más hijos podía ser un delito de esterilización castigado con penas de hasta veinte años de prisión). Para solucionar los casos más urgentes y evidentes de licitud de esterilización voluntaria, cirugía transexual y trasplantes de órganos, en 1983 se adicionó un párrafo en el que se permitían expresamente estas intervenciones médicas, lo que interpretado literalmente podía llevar a la también absurda conclusión de que en los demás casos el consentimiento del lesionado (o del paciente) seguía siendo irrelevante y no eximía de pena. En 1989 se añadió un nuevo párrafo para permitir expresamente la esterilización de deficientes mentales, lo que propiamente no es un problema de consentimiento (el deficiente mental no puede consentir válidamente), sino de estado de necesidad (sobre las diferentes versiones legales de este problema pueden consultarse las distintas ediciones de esta obra; para una exposición global de las mismas, véase Muñoz Conde, 11ª ed., pp. 99 ss.).

La regulación que prevé el art. 155 del Código penal de 1995 no sólo no resuelve satisfactoriamente el problema, sino que lo complica aún más:

— Por un lado, en el art. 155 se dice que «en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados», no siendo válido, según el párrafo segundo, el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.

— Por otro lado, se recogen en el art. 156 las mismas excepciones que ya se introdujeron en el art. 428 del anterior Código penal en las reformas de 1983 y 1989 (véase *supra*), es decir, se le da relevancia al consentimiento en los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, como si fueran éstos los únicos supuestos en los que el consentimiento es relevante, y se regula la esterilización de los deficientes psíquicos que, en realidad, no es un problema de consentimiento.

De acuerdo con esta regulación se sigue considerando, pues, como principio rector en esta materia, que el consentimiento del «ofendido», aun válidamente emitido, no exime de pena, sino que sólo la atenúa. Se establece así un curioso paralelismo entre las lesiones consentidas y el delito de cooperación ejecutiva al suicidio, negándose capacidad

de disposición a la persona no ya sobre su vida, sino también sobre su salud e integridad corporal. Pero si respecto a la vida dicha decisión puede tener algún fundamento, sobre todo y en la medida en que la muerte es irreversible, respecto a la salud y a la integridad corporal el punto de vista debe ser el contrario. Ciertamente puede parecer extraño que produzca una grave lesión a una persona (una mutilación, por ej.) quede impune porque dicha persona consienta en ello. Pero, ¿qué otra cosa sino el consentimiento puede justificar una operación de cirugía estética consistente en reducir unos pechos excesivamente grandes, recortar una nariz, eliminar arrugas o extraer toda una dentadura natural, aunque fea, para sustituirla por unos dientes de porcelana o una dentadura postiza? La propia presencia del art. 156 demuestra que en casos de cirugía transexual (cambio de sexo), esterilización o trasplante de órganos el consentimiento de la persona afectada por este tipo de intervenciones (a la que desde luego difícilmente se puede llamar «ofendido») es lo que realmente las justifica, poniendo el legislador especial cuidado en exigir que el consentimiento sea válido, es decir, que no se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o que el otorgante no sea menor de edad o incapaz. Pero, como ya decíamos en anteriores ediciones respecto a la regulación anterior a partir de 1983, esto no quiere decir que el consentimiento prestado para otro tipo de intervenciones, sea de carácter médico o de cualquier otra naturaleza (lesiones deportivas, boxeo, prácticas sado-masochistas, flagelaciones mutuas, etc.), sea irrelevante, o todo lo más atene la pena correspondiente por las lesiones causadas. En realidad, si se busca limitar la relevancia del consentimiento del lesionado sobre la base de la naturaleza de la lesión de que se trate, se entra en un círculo vicioso difícil de resolver si no se recurre a valoraciones morales no del todo compatibles con el derecho al libre desarrollo de la personalidad que consagra el art. 10 de la Constitución. Por otra parte, se puede dar la impresión errónea de que incluso en los casos de intervenciones médicas frecuentes y completamente normales no es el consentimiento del paciente (al fin y al cabo afectado directamente por la intervención y en cierto sentido «lesionado» por ella), sino una especie de «derecho del médico» a realizar la intervención, aun sin el consentimiento del lesionado, lo que justifica la intervención misma, lo que obviamente se contradice con la naturaleza personalista del bien jurídico que antes hemos mantenido.

A la vista de ello, hay que interpretar el art. 155 en el sentido de que el único consentimiento que no puede eximir ni atenuar la pena en el delito de

lesiones es el «*viriado*», es decir, aquél que por inmadurez de la persona que consiente (menor de edad o incapaz a que se refiere el párrafo segundo del art. 155), por falta de información o por consentimiento ilícito de su voluntad no puede tener relevancia. Éste será también el caso cuando el sujeto no tenga conciencia exacta del alcance de su consentimiento (porque, por ej., se le ha engañado con respecto a la gravedad de la intervención a la que se le va a someter) o porque se abusa de una situación económica angustiosa para, por ej., a cambio de una sustanciosa cantidad de dinero, conseguir la donación de un riñón (véase *infra*: la exposición voluntaria a actividades peligrosas).

El consentimiento, válidamente otorgado, puede y debe, pues, no sólo atenuar, sino eximir de pena en el delito de lesiones siempre que la acción que la produjo se realice dentro de los límites que el consentimiento señaló. Así, por ejemplo, nadie consistente en una intervención quirúrgica que objetivamente vaya a empeorar su salud o en que se le rompa intencionadamente una pierna en un partido de fútbol. Pero incluso en estos casos, para exigir responsabilidad penal por la posible causación imprudente o dolosa de la lesión habrá que estar, en primer lugar, al alcance y contenido del consentimiento del lesionado (véase *infra*: exposición voluntaria a actividades peligrosas y tratamiento médico). No es, pues, que el consentimiento exima o no de pena, sino que, más bien, para comprobar, en principio, cualquier exención de responsabilidad penal en el delito de lesiones, bien sea por falta de tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, hay que comenzar normalmente por si hubo o no consentimiento y si éste fue válidamente prestado.

Fuera del ámbito de aplicación del art. 155 quedan, en todo caso, los supuestos de participación en una autolesión y, por supuesto, la autolesión misma, que son conductas atípicas. En los casos de puesta en peligro por tercero con consentimiento del afectado lo que se plantea es la posible responsabilidad del tercero por un delito de lesiones imprudentes (art. 152), que nada tiene que ver con el ámbito de aplicación del art. 155 (véase *infra*: a favor de la aplicación de la atenuación prevista en el art. 155 a las lesiones imprudentes, véanse TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO, Comentarios, p. 750; y GARCÍA ÁLVAREZ).

## CASOS PROBLEMÁTICOS

### A) La esterilización de deficientes psíquicos

Dice así el art. 156.2: «Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica

cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz».

Cuando se trata de resolver el problema de la esterilización de los deficientes psíquicos 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, como se dice expresamente en dicho precepto, el «criterio rector» a tener en cuenta.

Más que un problema de consentimiento lo que el párrafo segundo del art. 156 viene a resolver es, pues, un caso de estado de necesidad, en el que están en conflicto el derecho del incapaz a su propia capacidad reproductora y la posibilidad de ejercerlo de un modo responsable, además de otros derechos igualmente importantes como el de los hijos a la atención y cuidado necesario por parte de sus padres, el de los padres o guardadores del incapaz a no ver aún más agravada su situación, etc. Obviamente, la importancia de la esterilización misma exige rodearla de una serie de garantías jurídicas. Por eso, en el art. 156.2 se habla de «persona incapacitada». Lo que debe interpretarse en un sentido estricto, es decir, como persona ya declarada incapaz a través de un previo proceso de declaración de su incapacidad en la vía civil, y no en el sentido de «incapaz» de que habla el art. 25 del Código penal. A partir de este momento o situación es cuando hay que comprobar si existe además la «grave deficiencia psíquica» con los dictámenes de los especialistas que exige el párrafo segundo del art. 156. Éste es el criterio defendido también por el TC en su sentencia de 14 de julio de 1994 en relación con la regulación contenida en el art. 428 del anterior Código penal tras la reforma de 1989 (véase el comentario a la misma de MUÑOZ CONDE, 1995, pp. 185 ss; véanse también ROMEO CASABONA, 2004, pp. 244 ss., y Díez Ripollés, en Comentarios I, pp. 591 ss.).

### B) La exposición voluntaria a actividades peligrosas

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. Casos de este tipo son el rechazo de una transfusión sanguínea o tratamiento vitales o las huelgas de hambre. En estos casos, como ya hemos dicho (véase *supra* capítulo II), 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 seropositor que contagia a quien, conociendo esta circunstancia, decide voluntariamente mantener con él relaciones sexuales; o el médico que respetando la voluntad del paciente se abstiene de realizar un tratamiento (por ej., 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.

Hay que ser consciente de que una relevancia plena del consentimiento en estos ámbitos puede debilitar la protección de bienes jurídicos tan fundamentales como la vida y la integridad física de personas que se encuentran en situación precaria y aceptan los peligros, o incluso la lesión, porque no tienen otra salida (el parado que acepta un puesto de trabajo peligroso o está dispuesto a vender un órgano para un trasplante a otra persona, o el preso que se somete a experimentaciones médicas para acortar la duración de su pena). También el caso de las huelgas de hambre puede ser, como ya hemos dicho en el capítulo II, un ejemplo de hasta qué punto es peligroso dar relevancia a la voluntad del titular del bien jurídico de asumir riesgos muy graves para su salud y su propia vida, cuando se encuentra en una situación de privación de libertad o, como se dice en la terminología penitenciaria, en una «relación de sujeción especial» con la Administración. Sería realmente muy peligroso que, cuando el huelguista ha perdido la consciencia o ha entrado en la fase crítica de inminente peligro de muerte, se le dejara llegar hasta el final, en un respeto escrupuloso a su voluntad de autopuesta en peligro. Tampoco el cobayismo, la venta de sangre o de órganos para trasplantes pueden justificarse sin más apelando al consentimiento. Y no sólo porque, al fin y al cabo, ya está prohibido por la Ley General de Sanidad o la de Trasplantes (cfr. arts. 8 y 9.2 RD 2070/1999, de 30 de diciembre) y porque, de algún modo, se pueden entender como supuestos de voluntad viciada (por el estado de necesidad o por algún tipo de coacción que sufre el que «consiente»), sino porque además son prácticas atentatorias a la dig-

nidad humana o sumamente peligrosas para la vida, como pueden serlo también las competiciones de lanzamiento de personas de baja estatura o juegos como la «ruleta rusa». En este tipo de conductas no se debería exonerar de responsabilidad a los terceros que fomentan estas actividades o las explotan comercialmente (por ej., organizando apuestas), aprovechándose de la necesidad de los que no tienen otro remedio que llevarlas a cabo. En este sentido, es especialmente revelador que, por ejemplo, las normas de seguridad e higiene en el trabajo sean de obligado cumplimiento y que el trabajador no pueda renunciar a ellas, pudiendo cometer un delito contra la seguridad e higiene en el trabajo (art. 316) el empresario que no proporciona los medios protectores al trabajador, aunque éste renuncie a ellos. La polémica sobre la punibilidad del *duelo*, que tan importante fue en la Codificación decimonónica y que hoy parece olvidada, demuestra que el legislador no siempre está dispuesto en los casos de asunción voluntaria del riesgo a exonerar plenamente de responsabilidad penal al tercero. Como ya hemos dicho anteriormente, la disponibilidad de los bienes jurídicos vida e integridad física debe ser compatible siempre con los valores constitucionales fundamentales para el Estado social y democrático de Derecho de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. No se trata de hacer restricciones puramente éticas o morales, difícilmente objetivables en este ámbito, sino de una interpretación global y coherente de los preceptos penales conforme a los principios básicos de respeto y protección de los derechos fundamentales que están en juego en estos casos (sobre toda esta problemática, véase ampliamente, GARCÍA ALVAREZ).

Un caso especial dentro de la autopuesta en peligro lo constituyen las *lesiones ocasionadas en las prácticas deportivas*. En ellas, 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. 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 demás. Igualmente, las lesiones provocadas por *doping* o tratamientos anabolizantes ingeridos voluntariamente por el deportista adulto y consciente de la peligrosidad de tales sustancias no son imputables al que suministra los productos, aunque éstos sí puedan responder de otro delito (estafa, contra la salud pública, etc. Véanse ROLDAN BARBERO y ESER, 1990 y 2000).

## EL TRATAMIENTO MÉDICO

Se trata de una serie de prescripciones procedentes de persona autorizada a ello, o de acciones realizadas directamente por dicha persona sobre otra, que pueden afectar a la salud y a la integridad física de ésta.

Normalmente el tratamiento médico realizado conforme a la «lex artis», con la diligencia debida y con intención de curar, excluye la parte subjetiva del tipo.

Pero ni siquiera se da el tipo objetivo de un delito de lesiones cuando el tratamiento médico objetivamente mejora y no menoscaba la salud. Sólo el tratamiento médico sin éxito puede llegar a constituir el tipo de un delito de lesiones.

La responsabilidad criminal del médico se mueve generalmente en el ámbito judicial penal dentro del marco de la responsabilidad por imprudencia. Es difícil precisar con nitidez cuándo hay o no imprudencia en la actuación médica. Para ello hay que manejar varios criterios como son:

1º) La propia capacidad profesional del médico, su preparación y experiencia. Parece lógico que un médico, antes de proceder a una actuación quirúrgica, examine su propia capacidad para llevarla a cabo. La simple titulación no le da derecho a practicar intervenciones peligrosas para las que no está suficientemente capacitado o cuando posee conocimientos ya superados o no convenientemente actualizados.

2º) Las circunstancias de lugar y tiempo. Evidentemente no puede valorarse igual el ejercicio de la Medicina en el ámbito rural que en un buen hospital, aisladamente o en equipo, y tampoco puede valorarse del mismo modo una intervención peligrosa realizada por razones de urgencia o de carácter excepcional (catástrofes, etc.) que en circunstancias normales con el tiempo y los medios adecuados.

3º) La valoración de la actuación médica depende también de la fase en que se produzca. Los fallos en el diagnóstico o en el pronóstico no suelen ser por sí solos causas adecuadas para producir un resultado lesivo o letal. Mayor importancia tiene la aplicación de medidas terapéuticas en las que se puede llegar por imprudencia a la producción de resultados lesivos o letales, sobre todo cuando se trate de intervenciones quirúrgicas, en las que lo relevante no es sólo la operación como tal, sino también la fase anterior a la misma, así como el postoperatorio. También son importantes los actos concomitantes a la intervención quirúrgica propiamente dicha, como la anestesia, la transfusión sanguínea o la desinfección. La mayoría de los casos de imprudencia se dan en estas fases y los Tribunales suelen condenar cuando en ellas no se observan las precauciones mínimas que, de acuerdo con las circunstancias, exige la ciencia médica.

Mención especial merece la responsabilidad derivada del *trabajo en equipo*. En principio hay que decir que la responsabilidad penal es personal e intransferible, de tal modo que sólo se responde por la imprudencia que cada uno como miembro del equipo haya realizado. Sin embargo, a veces es inevitable delegar en otros la realización de parte de una de las actividades y confiar en la corrección de las actuaciones realizadas por otras personas. Así, por ej., el cirujano confía en la corrección de la anestesia o de la transfusión sanguínea, o de los análisis efectuados por otros, o en la desinfección del instrumental. Pero esta confianza puede rayar en la imprudencia cuando el responsable o director del equipo conoce la escasa preparación del colaborador o los deficientes medios con que se realiza la anestesia y a pesar de todo realiza la intervención quirúrgica o delega funciones que no le corresponden en un estudiante de Medicina o ATS. En estos casos, la responsabilidad del que realice mal la concreta actuación encomendada no excluye que se pueda exigir también responsabilidad al director del equipo por la

imprudencia que supone delegar en alguien que se sabe incompetente. Así, por ej., el que deja que un estudiante de Medicina realice una anestesia por raptus incorrectamente responde porque su actuación, aunque no realice la anestesia, constituye una infracción del deber que como director del equipo le incumbe de evitar que algo peligroso pueda ser ejecutado por un principiante, y ello sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra también el que realice la acción incorrectamente (para más detalles cfr. los trabajos de ROMEO CASABONA y MARTÍNEZ PAREDA; véase también JORGE BARREIRO, 1990, y GÓMEZ RIVERO).

Naturalmente, el resultado lesivo debe ser imputable objetivamente a la actividad médica imprudente, no bastando, por tanto, una simple conexión causal (véase *supra* capítulo I: homicidio por imprudencia).

**Presupuesto general de la licitud del tratamiento es el consentimiento del paciente.** Parece obvio que esto sea así, pues, salvo casos excepcionales de tratamiento obligatorio o de estado de necesidad en situaciones de urgencia, incapacidad, etc., es el propio paciente quien debe decidir libremente sobre las medidas que deben utilizarse para preservar su salud. Una obligación de tratamiento convertiría al paciente en simple objeto o lo degradaría a la condición de «conejillo de Indias». Pero tampoco se puede admitir que el consentimiento legitime en todo caso el tratamiento médico. Ello podría dar lugar a prácticas inmorales y atentatorias a la dignidad humana como el «cobayismo» (experimentación con seres humanos), venta de partes del cuerpo, etc. Para evitar esta indeseable consecuencia es necesario denegar, no sólo en los casos citados anteriormente, sino en todos, eficacia al consentimiento prestado viciadamente, o mediante precio o recompensa, o que sea contrario a la propia dignidad del que consiente, o por menor o incapaz, aunque en caso de esterilización de éste habrá que estar a lo que dispone el pfo. 2 del art. 156. Este requisito se convierte en el requisito fundamental de la eficacia excluyente de responsabilidad del consentimiento del paciente en el tratamiento médico. Lo importante es, pues, que el paciente consienta *válidamente*, el tipo de intervención o tratamiento es, en principio, indiferente.

El correlativo del consentimiento del paciente es, por parte del médico, el *deber de informar* sobre las consecuencias y riesgos del tratamiento. Esta información debe referirse también a los medios y forma de tratamiento y a sus posibles alternativas. Lógicamente la información ha de ser tanto más precisa, cuanto mayor sea el riesgo de la intervención o del tratamiento. También deben tenerse en cuenta las condiciones subjetivas del paciente, su nivel cultural, edad, situación familiar, etc. El *consentimiento informado* se convierte así en el

presupuesto de la intervención médica, siempre que la misma se realice dentro de los límites que el consentimiento señaló y conforme a la *lex artis*, es decir, con la diligencia debida y actuando conforme a los conocimientos y reglas de la experiencia generalmente admitidas (para más detalles, cfr. JORGE BARREIRO, 1990 y 1996; BLANCO CORDEIRO, pp. 575 ss.; GÓMEZ RIVERO; SSTs 31 octubre 1981, 31 mayo 1982 y comentarios de BARREDA GARCÍA).

Otros problemas que surgen en relación con el tratamiento, como ataques a la libertad del paciente o a su intimidad, deben ser estudiados en relación con los delitos que pueden constituir estos ataques (cfr. *infra*: coacciones y descubrimiento y revelación de secretos).



la inspección medioambiental, el art. 326.d). Obviamente, el cumplimiento de estos requisitos no será necesario, tal como se desprende de la propia redacción del art. 203, cuando se trate de establecimientos abiertos al público durante las horas de apertura, o en relación con locales que ni siquiera merezcan la consideración de domicilio o afijos, o en los casos de estado de necesidad ya señalados también en relación con el delito de allanamiento de morada (para más detalles, véanse los trabajos de QUERALT, 1990, FIGUEROA NAVARRO y VARGAS CABRERA).

### C) CUALIFICACIÓN EN CASO DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO

Art. 204: «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena prevista respectivamente en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años».

Este artículo repite una técnica que ya hemos visto antes en el delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 198) y en el de detenciones ilegales (cfr. *supra* capítulo VI y art. 167), elevando la pena de los delitos tipificados en los artículos 202 y 203 cuando sean realizados por autoridad o funcionario público. Pero, igual que en los otros casos, para poder aplicar el art. 204 debe tratarse de una actuación similar a la de un particular, pero prevaleciéndose de la función pública; es decir, debe ser un allanamiento de morada o entrada indebida en un domicilio «fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito», pues cuando se trate de una investigación de un delito, las extralimitaciones que puedan darse se castigarán por el art. 534.1.1º (cfr. *infra* capítulo XXXVI).

## DELITOS CONTRA EL HONOR

### CAPÍTULO XI

#### Injuria. Calumnia. Disposiciones comunes

**Bibliografía:** *Sobre la situación anterior al Código penal de 1995:* ALAMILLO DOMINGO, *Criterios de resolución del conflicto entre la protección del honor y las libertades de expresión e información*, La Ley 1994; ALONSO ALAMO, *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*, ADP 1983; ÁLVAREZ VIZCAYA, *Libertad de expresión y principio de autoridad*, Barcelona 1993; ASÚA BATARRITA, *La tutela jurídica del honor. Consideraciones político criminales en relación a la L.O. 1/1982*, en Homenaje a Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989; BACIGALUPO ZAPATER, *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, REDC 1987 (también en Homenaje a Sainz Cantero, RFDUG 1989); BAJO FERNÁNDEZ, *Protección del honor y de la intimidad*, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; el mismo, *Causas de justificación en los delitos contra el honor*, en Homenaje a Rodríguez Devesa I, Madrid 1989; BARBERO SANTOS, *Honor e injuria en el Derecho romano*, en Estudios de Derecho penal y Criminología, Valladolid 1972; BELLO LANDROVE, *Infracciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes*, RGLJ 1986; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *La reforma de los delitos contra el honor*, DJ 1983; el mismo, *Revisión del contenido del bien jurídico honor*, ADP 1984; el mismo, *Honor y libertad de expresión*, Madrid 1987; el mismo, *Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad*, ADP 1991; BERNAL DEL CASTILLO, *Los conflictos entre los derechos al honor y a la información en el ámbito penal*, en el derecho vigente y en el proyecto de CP, La Ley 1993; BOIX REIG, *La responsabilidad civil derivada del delito por lesiones del derecho del honor*, EPC 1982/1983; CABELLO MOHEDANO, «*Anímus informandi*», La Ley 1985; el mismo, *El art. 20.1 de la Constitución: ¿una nueva configuración de la formación y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal*, EPC 1994/1995; CARDENAL MURILLO/ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Protección penal del honor*, Madrid 1993; CARMONA SALGADO, *El significado personalista del honor en la Constitución y su relación con algunos delitos del Código penal*, CPC 1990; el mismo, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid 1991; el mismo, *Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor*, (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1991), CPC 1992; el mismo, *Los delitos de expresión ante la reforma del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992*, en Homenaje a Del Rosal, Madrid 1993; el mismo, *Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen*, CPC 1995; CASTÁN VÁZQUEZ, La

protección del honor en el Derecho español, Valencia 1956; CASTIÑEIRA PALOU, *Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa* (Comentario a la sentencia de 22 de enero de 1987), ADP 1987; el mismo, *La protección penal del honor*, en Salvador Coderech (ed.), *El mercado de las ideas*, Madrid 1990; COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Consideraciones de lege ferenda sobre procedibilidad y perdón en los delitos de calumnia e injuria contra particulares*, RFDUC monográfico 6, 1983; CORDOBA GRACIA, *El nuevo delito de difamación en el Anteproyecto del Código penal*, RGD 1992; DE VEGA RUÍZ, *Derechos y libertades en los medios de comunicación social. Los límites a la libertad de expresión*, PJ núm. especial XIII, 1990; DEL ROSAL, *De las injurias*, ADP 1993; DÍAZ PALOS, *Calumnia*, NEJ III, 1951; el mismo, *Legítima defensa del honor*, RJCac. 1939; el mismo, *Injurias*, NEJ XII, 1965; FERNÁNDEZ ALBOR, *El daño moral en los delitos contra el honor*, RGLJ 1967; GARCÍA ARÁN, *La protección del Estado como límite penal a la protección de información y expresión*, Anuario del Departamento de Ciencia política y Derecho público, Barcelona 1990; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión*, en *Libertad de expresión y Derecho penal*, Madrid 1985; GIMBERNAT ORDEIG, *Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de las ideas*, en *Libertad de expresión y Derecho penal*, Madrid 1985; GONZÁLEZ RUS, *Consideraciones político-criminales sobre los delitos contra el honor*, en *Homenaje a Del Rosal*, Madrid 1993; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Delitos contra el honor y la libertad de expresión en el Proyecto de Código penal de 1992*, AP 1994; HERRERO TEJEDOR, *Los delitos contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen en el Proyecto de Código Penal de 1992*, PJ 1992; JAEN VALLEJO, *La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional*, en *Homenaje a Sainz Cantero*, RFDUG 1989; el mismo, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid 1992; JIMÉNEZ ASEÑO, *Delitos contra el honor*, NEJ VI, 1954; JIMÉNEZ DÍAZ, *Los delitos de desacato en el Código penal español*, Madrid 1992; LANDROVE DÍAZ, *Protección del honor y Derecho penal*, EPC 1988/1989; el mismo, *La reforma de los delitos contra el honor*, EPC 1992/1993; LÓPEZ GUERRA, *La libertad de información y el derecho al honor*, PJ núm. especial VI, 1989; MORALES PRATS, *Adecuación social y tutela penal del honor*, CPC 1988 (también en *Homenaje a Sainz Cantero*, RFDUG 1989); MORILLAS CUEVA, *El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacatos*, ADP 1981; MUÑOZ CONDE, *Sobre aplicación de la «exceptio veritatis» al delito previsto en el art. 161, 1.º del vigente Código penal*, CPC 1982; el mismo, *Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado social y democrático de Derecho*, en *Homenaje a Benstian, San Sebastián 1989*; MUÑOZ MACHADO, *Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación*, PJ 1986; el mismo, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona 1988; POZA CISNEROS, *Agresiones penales al honor y a la intimidad*, en *Intereses difusos y Derecho penal*, CDI 1994; QUERALT JIMÉNEZ, *Animus iniuriandi e injurias*, La Ley 1989; QUINTANAR, M., *Una extraña valoración judicial del animus iniuriandi*, CPC 1993; QUINTERO OLIVARES, *La intervención*

del Derecho penal en la protección del honor: utilidad y condicionamientos, PJ núm. especial XIII, 1990; REBOLLO VARGAS, *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y límites penales*, Barcelona 1992; RODRÍGUEZ MOURILLO, *Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría II*, Madrid 1991; ROJAS RIVERO, *El conflicto entre el honor y la libertad de expresión: referencia al ámbito laboral*, PJ núm. especial XIII, 1990; ROMERO COLOMA, *Derechos al honor y a la intimidad y libertad de expresión*, AP 1988; el mismo, *El honor y la libertad de expresión en la Constitución española de 1978 y en la doctrina del Tribunal Constitucional*, La Ley 1994; el mismo, *Libertad de expresión y delito de injurias*, AP 1994; SAINZ CANTERO, *El contenido sustancial del delito de injurias*, AP 1957; SALVADOR CODERCH Y OTROS, *¿Qué es difamar?*, Madrid 1987; SÁNCHEZ TOMÁS, *Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del «animus iniuriandi» en el delito de injurias*, ADP 1994; TASENDE CALVO, *La nueva configuración de los delitos contra el honor en el Proyecto de Código penal de 1992*, AP 1993; VALLE MUÑOZ, *Algunos aspectos sobre los límites de la tutela penal del honor en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, DJ 1983; VARIOS, *Libertad de expresión y Derecho penal*, Madrid 1985; VARIOS, *Jornadas nacionales sobre la libertad de expresión y medios de comunicación*, PJ núm. especial XIII, 1990; VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid 1977; el mismo, *Libertad de expresión y derecho al honor*, en *Homenaje a Sainz Cantero*, RFDUG 1989.

*Sobre el Código penal de 1995*: ALONSO ALAMO, *Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos contra el honor*, en *Homenaje a Valle*, Navarra 2001; ÁLVAREZ GARCÍA, *El Derecho al honor y las libertades de información y expresión. Algunos aspectos de los conflictos entre ellos*, Valencia 1998; BACIGALUPO ZAPATER, *Para una revisión dogmática de los delitos contra el honor*, ADP 1996; el mismo, *Delitos contra el honor*, Madrid 2000; BERNAL DEL CASTILLO, *El delito de injurias*, La Ley 1996; el mismo, *Honor, verdad e información*, Oviedo 1997; CAMPOS PAVÓN, *La intimidad del derecho al honor en las personas jurídicas*, La Ley 1996; CARUSO FONTAN, *La subjetivización del tipo de injusto del delito de calumnias*, RP 2004; CUHI DENIA, *La libertad de información versus el derecho al honor. ¿De la técnica de la procedencia a la prevención de la promesa?*, RGD 1996; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, La Ley 1996; FERNÁNDEZ PALMA, *El delito de injuria*, RDPP 2001; el mismo, *Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor*, en *Homenaje a Valle*, Navarra 2001; GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad civil derivada de los delitos de injuria y calumnia en el Código penal de 1995*, AP 1997; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *El proceso penal como proceso de amparo del derecho al honor*, Comentario a la STC 21/2000, RDPC 2001; LAURENZO COPELLO, *Los delitos contra el honor*, Valencia 2002; LÓPEZ PEREGRÍN, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Valencia 1999; MACIÁ GÓMEZ, *El delito de injuria*, Barcelona

1997: MORETÓN TOQUERO, *Delitos contra el honor: la injuria, Barce-lona 2001*; MUÑOZ LORENTE, *La libertad de información como justifi-ca-ción de las lesiones al honor*, ICADE 1997; el mismo, *Libertad de infor-ma-ción y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Valencia 1999; QUN-TERO OLIVARES, *Libertad de expresión y honor en el Código penal de 1995*, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial), EDJ 1996; REBOLLO VARGAS, *Los «otros» límites al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información*, Cuadernos de Derecho Público 1998; SALVADOR CODERCH/ CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y casti-gar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid 1997; TASENDE CALVO, *La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código penal de 1995*, PJ 1996; el mismo, *La tipificación de las injurias en el Código penal de 1995*, en De-recho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II, CDJ 1998.

### Consideraciones generales

El honor es uno de los bienes jurídicos más sutiles y más difíciles de aprehender desde el punto de vista jurídico-penal. Ello se debe, sobre todo, a su relativización. La existencia de un ataque al honor depende de los más diversos imponderables, de la sensibilidad, del grado de formación, de la situación tanto del sujeto pasivo como del activo, y también de las relaciones recíprocas entre ambos, así como de las circunstancias de hecho.

Aunque son muchas las formas de aparición del honor, todas ellas pueden reconducirse a un concepto objetivo unitario: la *fama o repu-tación social*. Esta fama o reputación social está socialmente condicio-nada y se configura de un modo tanto más claro cuanto más cerrado sea el grupo social al que la persona pertenece. La persona se integra en diversos estratos sociales: es miembro de la Humanidad, de la cultura occidental, de una nación, de una religión, de una clase pro-fesional, laboral, etc. Dentro de cada esfera es portadora de determi-nadas misiones, destinataria de concretas expectativas y pretensiones. En este sentido *objetivo*, el honor no es otra cosa que la suma de aquellas cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan.

En este sentido *objetivo* el concepto de honor viene dado, por tanto, por el juicio que de una persona tienen las demás. Pero también existe un *honor en sentido subjetivo*: la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio, es decir, la *propia estimación*. Este aspecto subjetivo se deriva, sin embargo, del objeti-

vo. De la situación objetiva se deriva una pretensión a esa reputación. De la situación en el ámbito social nace la reputación, aunque luego el honor se subjetivice en un sentimiento. La expectativa ajena se convierte así en una expectativa propia, que me da derecho a esperar de los demás lo que los demás me atribuyen. También este segundo aspecto del honor es importante, sobre todo en los casos en los que no coincide con el concepto social.

Dos son, pues, los elementos que determinan el concepto de honor: objetivamente, la fama o reputación social; subjetivamente, la propia estimación. Ambos ingredientes son tenidos en cuenta en el art. 208 como determinantes del concepto de injuria que se da en dicho precep-to (cfr. *infra*).

Pero junto a estos dos ingredientes fundamentales en la delimita-ción del concepto de honor, este concepto se potencia hoy en día al equipararse con el de *dignidad humana*, entendiéndose como un dere-cho fundamental que se reconoce a toda persona por el hecho de serlo, independientemente de su edad, sexo, nacionalidad, religión, profesión, etc.

La Constitución española de 1978 refleja este carácter de derecho fundamental del honor en su art. 18,1 («Se garantiza el derecho al honor»), en un plano de igualdad con el derecho a la intimidad per-sonal y familiar y a la propia imagen que muchas veces se confunde con él (cfr. *supra* capítulo X). E igualmente el art. 208 del Código penal define la injuria como lesión de la dignidad de la persona.

Pero la consideración de derecho fundamental específico que la Constitución concede al honor, exige una mayor precisión conceptual del mismo. En este sentido considera BERBIGO (1987) que hay una parte del honor que, en cuanto deriva del componente dinámico de la dignidad, depende del nivel de participación del individuo en el siste-ma social y, por tanto, es graduable y diferente en cada uno; mientras que hay otra parte, emanación de la dignidad misma, que es igual para todos. Para VIVES (Comentarios, p. 1027), «la *dignidad de la perso-na*... constituye la esencia misma del honor y determina su contenido», pero, como él mismo dice seguidamente, «si bien la dignidad es única e igual para todos, las diferentes posiciones y situaciones de los indi-viduos comportan que el respeto a esa dignidad y los ataques a la misma requieran una *determinación circunstancial*». De un modo u otro, pues, ambos autores coinciden en señalar el aspecto dinámico y social del honor, frente al más general y abstracto de la dignidad, con lo que, en definitiva, llegan a un *concepto relativo de honor*, que

explica las dificultades existentes para la solución de los conflictos que surgen cuando colisiona con otros derechos (véase *infra*).

También ALONSO ALAMO (2001, pp. 909 ss.) vincula honor y dignidad, pero, por ejemplo en relación con la libertad de información y expresión, le da a aquél una dimensión relativa, que no concede a la dignidad, que, en su opinión, está por encima de esas libertades y del honor mismo (p. 919). Lo que no queda claro en este y en otros planteamientos similares (cfr., por ej., CARDENAL/ SERRANO, pp. 27 ss., que incluyen también el libre desarrollo de la personalidad) son los criterios para distinguir el ámbito propio de cada uno de estos conceptos (en este sentido FERRÁNDEZ PALMA, Homenaje a Valle, p. 1353). LAURENZO COPELLO (2002 y en Comentarios II, p. 938) destaca la idea de idoneidad de la conducta para poner en entredicho la reputación, independientemente de la veracidad de lo afirmado: homosexualidad, drogadicción (en contra LÓPEZ PÉREGRIN).

## Consideraciones sistemáticas

Los delitos contra el honor se recogen en el Código penal en el Título XI del Libro II. Sin embargo, no todos los delitos que se dirigen contra el honor tienen acogida en este Título. Los ataques al honor de personas revestidas de especiales privilegios son recogidos en otros lugares (art. 490,3: Rey y allegados; art. 496: Cortes Generales; art. 504: Altos Órganos de la Nación; etc.), lo que plantea algunas cuestiones específicas que se estudiarán en su momento (véase *infra* capítulo XXXIV). Por otro lado, la previsión expresa en los artículos citados de delitos de injuria y calumnia referidas a órganos e instituciones públicas plantea la cuestión de si la protección penal del honor se extiende, en general, más allá de la persona física individual, abarcando también a personas jurídicas y colectivos sin personalidad. La respuesta a esta cuestión varía, sin embargo, según se trate de injurias o calumnias (cfr. *infra*, al tratar los sujetos pasivos de estos delitos). También civilmente está protegido el honor como un valor de la personalidad, considerándose, ya desde principios de siglo, indemnizables los ataques dirigidos contra él en base al art. 1902 del Código civil y así se ha sostenido por la jurisprudencia civil desde la STS de 6 de diciembre de 1912.

Actualmente, es a través de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, como se están resolviendo muchos de los problemas relativos al honor que antes se planteaban por la vía penal. Sin embargo, fueron notables las imperfecciones que presentó esta Ley, principalmente porque en su anterior art. 1º 2 se establecía que «cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código penal», lo cual condujo a que,

al plantearse la acción civil por intromisión en el derecho al honor, fuera usual que los jueces aceptaran las excepciones de incompetencia jurisdiccional que los demandantes opusieran, por lo que el demandante, una vez remitido a la vía penal, sólo podía volver a la civil cuando se hubiera ya declarado la inexistencia del delito o falta. Sin embargo, con la modificación del art. 1º 2 de la LO 1/1982 producida a través de la Disposición final cuarta de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, dicho artículo establece ahora que «el carácter delictivo de la intromisión, no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el art. 9º de esta Ley». Lo que viene a confirmar la línea que el Tribunal Constitucional había asumido hacia tiempo, la de declarar que entre la acción penal y civil no existe ninguna clase de prejudicialidad, por lo que el Juez civil puede declarar sin ningún tipo de problemas el derecho a la reparación, sin que se precise el previo pronunciamiento de la jurisdicción penal sobre si los hechos constituyen o no delito (véanse ASÚA, pp. 23 ss.; MORALES PRATS, pp. 712 ss.; BAJO III, p. 278 y Sentencia del Juzgado nº 16 de Madrid 26 junio 1985: caso Barrionuevo v. El País, comentada por MUÑOZ MACHADO, 1988, pp. 60 ss. Sobre las insuficiencias de la Ley de 1982, véase también el trabajo de SALVADOR y OTROS, 1987. Cfr. también la STC de 31 de enero de 2000, que anuló un Auto de archivo de querrela por delito de injurias, considerando que ello vulneraba la protección del derecho al honor, comentada por LASCRÁN SÁNCHEZ, pp. 406 ss.).

Volviendo al Título XI, dos son los delitos que en él se recogen: la calumnia y la injuria. Debemos empezar por estudiar la injuria, ya que es el tipo básico de estas infracciones, mientras que la calumnia no es más que un supuesto específico de la injuria. La distinción entre uno y otro delito se hace en función del contenido de la actitud deshonrosa: sólo es calumnia la imputación falsa de un delito.

## INJURIA

Dice el art. 208, 1: «Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

### Tipo objetivo

Como ya se ha dicho en la introducción a este capítulo, el concepto de honor se caracteriza por constituir una parte fundamental de la dignidad humana que se basa en la fama y en la propia estimación, conceptos eminentemente relativos que dan una gran indeterminación al concepto mismo de honor. Justamente por eso, la lesión de la dignidad y de los ingredientes que la sustentan admite muchas graduacio-

nes y matizaciones, que inciden en la determinación de lo que debe entenderse por injuria.

La acción constitutiva de injuria es normalmente una «expresión», consistente tanto en imputar hechos falsos como en formular juicios de valor, que puede realizarse tanto verbalmente como por escrito, o de un modo simbólico por «caricaturas», «emblemas», etc. Pero también caben otras formas de lesión de la dignidad: por ejemplo, una actitud omisiva puede considerarse injuriosa en determinadas circunstancias: el omitir saludar; el no estar de manera conveniente, etc.; igualmente puede ser injurioso un gesto procaz o descortés. En realidad, lo importante será siempre que se infrinja un deber de comportarse aceptado por la comunidad y que ello se considere objetivamente como injurioso. En estos casos debe tenerse también en cuenta la *adecuación social*, restringiendo el tipo del delito de injuria a aquellos supuestos que exceden en mucho de lo tolerable socialmente en cada momento histórico (en este sentido MORALES PRATS, pp. 666 ss.).

La acción (también omisión) o expresión ha de tener, por tanto, un significado *objetivamente ofensivo*, es decir, ha de considerarse socialmente que menoscaba la fama o atenta contra la propia estimación del injuriado. Pero este significado ofensivo depende de las más variadas circunstancias. Expresiones que antiguamente se consideraban altamente ofensivas son hoy totalmente inocuas. El significado de las palabras está condicionado incluso geográficamente. También depende de la posición social de los sujetos, etc. En el art. 464 del anterior Código penal se preveía que cuando el sentido ofensivo no estuviere claro, es decir, *fuere encubierto o equívoco*, el acusado estaba obligado a dar en juicio explicación satisfactoria, cuestión que, en todo caso, quedaba supeditada a que el presuntamente injuriado aceptase esa explicación y que, en principio, nada tiene que ver con la existencia objetiva de la injuria (sobre la retractación, véase *infra*).

Sujeto pasivo de la injuria pueden ser tanto personas físicas como jurídicas (así SERRANO GÓMEZ, p. 290 y LÓPEZ PEREGRIN; véase también la STC 139/1995, de 26 de septiembre. En contra, RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, pp. 611-612 y MACÍÁ GÓMEZ, p. 77). Los colectivos sin personalidad, por el contrario, no pueden ser sujetos pasivos de este delito (cfr., sin embargo, SERRANO GÓMEZ, p. 290 y STC 176/1995, de 11 de diciembre). En relación a las injurias contra personas fallecidas, sólo es aplicable el delito de injurias en la medida en que resulte afectado el honor de personas vivas.

### Tipo subjetivo

Es necesario que se tenga conciencia del carácter injurioso de la acción o expresión y voluntad, pese a ello, de realizarla. Esta voluntad se puede entender como una intención específica de injuriar, el llamado «*animus iniuriandi*». No basta, pues, con que la expresión sea objetivamente injuriosa y el sujeto lo sepa, sino que se requiere un ánimo especial de injuriar. Esta intención específica es un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo y que trasciende a él. Su exigencia se desprende de la propia naturaleza del delito. En el fondo, la injuria no es más que una incitación al rechazo social de una persona, o un desprecio o vejación de la misma, lo que sólo puede realizarse intencionalmente. Así, acciones objetivamente injuriosas, pero realizadas sin ánimo de injuriar, sino de bromear, criticar, narrar, etc., no son delitos de injurias. Este elemento subjetivo se deduce a veces del propio contexto, pero otras veces puede quedar confundido o solaparse con otros propósitos o ánimos (informativo, de crítica, etc.), que dificultan la prueba del mismo.

Actualmente la doctrina y la jurisprudencia tienden a solucionar este problema por la vía de la causa de justificación, lo que supone que en la práctica el problema de la concurrencia del ánimo específico de injuriar se desplaza a otra categoría del delito, pero no que se prescinda de él como elemento del mismo (en contra de la exigencia de un ánimo específico de injuriar como elemento del tipo subjetivo a partir de una interpretación del nuevo Código penal, expresamente, QUINTERO/MORALES PRATS, en QUINTERO, I, p. 478; MOLINA, en Compendio, p. 294; CARMONA, en Curso Comentarios, p. 1018; RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios, p. 626; SERRANO GÓMEZ, p. 290; CALDERÓN, p. 751; BERNAL DEL CASTILLO, 1996, p. 1438; y TASENDE CALVO, 1998).

Sin embargo, respecto a la imputación de hechos, según el apartado 3 del art. 208 puede ser suficiente con que el sujeto actúe con «temerario desprecio hacia la verdad». Se trata de un dolo eventual respecto a la falsedad de lo afirmado que creo que para ser típico debe ir también acompañado de un «animus iniuriandi».

### Causas de justificación

Especial interés tiene el consentimiento. La posibilidad de disponer el individuo de su propio honor se deduce de que el honor subjetivo también es objeto de protección. Si se renuncia a ese sentimiento voluntariamente y se consienten ataques contra él, la conducta dejará

de ser típica, por faltar el atentado contra la «propia estimación». Esto es confirmado por el propio carácter de la injuria como delito perseguible a instancia de parte. Más discutida resulta la posibilidad de legítima defensa contra los ataques al honor. En principio no hay dificultad para admitirlo, siempre que se den los requisitos de esta causa de justificación. No está justificada, sin embargo, la *retorsión*, es decir, el injuriar el ofendido, a su vez, al que le injurió antes.

En algunos casos es posible que la acción típica quede justificada por el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber, así, por ejemplo, el testigo que en un juicio informa sobre la conducta del procesado. De todas formas en la mayoría de estos casos faltaría ya el *animus iniuriandi*.

Lo mismo sucede cuando se trata de defender intereses colectivos legítimos, de información a la opinión pública de datos personales, ineptitud profesional, comportamientos incorrectos de personajes públicos, políticos, artistas, etc., siempre que ello esté dentro de los límites del ejercicio del derecho de expresión, crítica e información o similares reconocidos en el art. 20 de la Constitución. No cabe duda de que en estos casos puede producirse una colisión entre los derechos reconocidos en el art. 20 y los reconocidos en el art. 18,1 de la Constitución, que podría resolverse con la aplicación del estado de necesidad (cfr. STS 7 julio 1980: «La crítica política y de gestión administrativa, no integra delito, si falta el *animus iniuriandi*, aunque el juicio sea acerto, apasionado, exagerado o incluso injusto». Cfr. también art. 8 LO 1/1982 y STS 19 enero 1982). De todos modos, debe tenerse en cuenta que en muchos de estos casos el elemento subjetivo de la causa de justificación (ánimo de ejercer el derecho a la información o a la crítica) excluye también el *animus iniuriandi*.

La jurisprudencia en esta materia ha ido evolucionando desde una protección absoluta del derecho al honor frente a la libertad de expresión, a una postura más flexible y más conciliadora entre ambos derechos, sobre todo desde que en la nueva etapa democrática se consolidó la libertad de expresión, información y crítica como uno de los derechos democráticos fundamentales. La evolución se ha producido, sobre todo, y como es lógico, en el ámbito de la información y crítica de los personajes públicos y políticos, restringiendo en estos casos el ámbito de protección del honor de estas personas. La restricción de la antigua protección omnicompreensiva del honor por la vía penal se ha producido, aparte de por los estrechos cauces que permite la *exceptio veritatis* legalmente regulada (véase *infra*), bien por la negación del

*animus iniuriandi* (véase *supra*), bien por la apreciación del ejercicio legítimo de un derecho, tesis esta última que ha sido consagrada por el Tribunal Constitucional, si bien con algunas contradicciones (cfr. SSTC 16 marzo 1981, 10 abril 1985 y 12 diciembre 1986).

Esta es también la tesis dominante en la doctrina penal española (véanse BRADUO, 1987; VIVES, en VIVES/BOIX, pp. 692 ss., si bien con algunas matizaciones; BAYO II, pp. 289 ss.; COROS II, p. 60; RODRÍGUEZ MOURULO, Comentarios, pp. 614 ss.; CARMONA, en Curso I, pp. 466 ss.; SERRANO GÓMEZ, p. 291; CALDERÓN, pp. 736 ss.; MOLINA, en Compendio, p. 260; TASENDE CALVO, 1998; MUÑOZ LORENTE, 1997 y 1999; y LAURENZO CORRELO, en Comentarios II, pp. 974 ss.).

### Tentativa

Para su consumación, la injuria tiene que llegar a conocimiento del injuriado; cabe, por tanto, la tentativa, sobre todo en las injurias por escrito. Si se considera, por el contrario, que no hace falta ese conocimiento, el delito se consuma con la mera exteriorización de la injuria, siendo suficiente con que haya llegado a oídos de los demás, aunque todavía no lo sepa el injuriado. Creo preferible la primera opinión. El delito se consuma, en principio, cuando la injuria llega a ser conocida por el injuriado. Pero debe tenerse en cuenta que, aunque teóricamente quepa la tentativa, en la práctica la persecución del delito supone que el ofendido ha tenido conocimiento de la acción injuriosa, porque es un delito perseguible a instancia de parte (cfr. *infra*). Sin embargo, la «circunstancialidad» del delito de injuria se refleja también a la hora de determinar el momento consumativo. El Tribunal Supremo entiende que cuando las injurias son verdaderas en cartas, se consuman cuando la carta llega a poder del destinatario; en el caso de injurias en folletos, impresos, periódicos, etc., la consumación se realiza con la publicación y no con la mera impresión; y en orden a las injurias proferidas ante tercero distinto del injuriado, el Tribunal Supremo sostiene que se consuma el delito cuando las acciones injuriosas son dadas a conocer a cualquier receptor que pueda transmitir las al injuriado (STS 5 mayo 1975). La cuestión tiene trascendencia práctica en orden a la prescripción del delito (cfr. QUINTANO I, 2, pp. 1327 ss.).

### Circunstancias modificativas

Muchas veces las injurias son proferidas en el calor de una disputa, por lo que es posible aplicar alguna circunstancia atenuante como la

de arbitrio u obcecación (art. 21,3ª) y también puede funcionar como tal la retorsión, a la que antes hemos negado el carácter de causa de justificación.

El art. 214 prevé expresamente la *retractación* como una causa de atenuación de la pena: «Si el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior. El Juez o Tribunal ante quien se produjera el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria, en espacio idéntico o similar a aquél en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador».

### Clases de injurias

Según el art. 208,2, «solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves». A este respecto, el apartado 3 de este mismo precepto dice que «las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad».

El concepto de «gravedad», del que depende la conceptualización de la injuria como delito (la injuria de carácter leve es siempre falta, cfr. art. 620,2º), se determina en función de lo que «en el concepto público» se tenga por tal. En este sentido, se ha considerado siempre grave la imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado (borracho, homosexual, prostituta, drogadicto, etc.). Y también las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas (gesto ofensivo, escupir), o las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendidos el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

En realidad, se trata de un criterio eminentemente circunstancial y es, en definitiva, el Tribunal o Juez quien, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el hecho, estimará la gravedad de las injurias.

La pena de las injurias graves varía según sean cometidas *con publicidad* (multa de seis a catorce meses) o no (multa de tres a siete

meses) (art. 209). Por publicidad debe entenderse la realización de la injuria por medio de papeles impresos, litografiados o grabados, por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos, o por papeles manuscritos comunicados, leídos o emitidos ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas, o por radio, televisión, etc. (art. 211).

Cuando se trate de imputación de hechos, la injuria, según el apartado 3 del art. 208, sólo se reputará grave cuando se realiza con conciencia de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. El problema que se plantea aquí es deslindar la imputación de hecho del «juicio de valor». Afirmar falsamente que una persona abusa sexualmente de menores es una imputación de hecho que, además, al tratarse el hecho imputado de un delito, constituye una calumnia (véase *infra*). Llamarle homosexual o paidófilo todo lo más puede ser injuria en la medida en que se estime que es un juicio de valor negativo que no requiere ninguna prueba, ni conciencia de inveracidad o falsedad de lo afirmado. Las diferencias son, sin embargo, sutiles y difíciles de marcar. ¿Dónde están las diferencias entre acusar a alguien de haber dilapidado el dinero que se le ha confiado o acusarlo de ser un mal administrador, entre una afirmación de hecho y una mera opinión sobre determinados actos? Precisamente, como vamos a ver ahora, sólo en relación con la imputación de hecho puede admitirse que la veracidad de lo afirmado destituya la injuria, al menos como delito, y aun más la calumnia.

### La exceptio veritatis

Según el art. 210, «El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas».

En un Estado democrático, que reconoce la importancia de la libertad de expresión, información y crítica (art. 20 CE), parece obvio que la imputación que, en principio, puede considerarse objetivamente injuriosa, quede exenta de pena cuando se trata de salvaguardar intereses legítimos colectivos, como el informar a la opinión pública sobre comportamientos de personas que ejercen cargos políticos, desempeñan funciones públicas, etc., y que por eso están más expuestas al ejercicio de la crítica y al juicio valorativo de sus actividades. A la

visita de la regulación vigente de la *exceptio veritatis*, habrá que recurrir en muchos de estos casos al ejercicio legítimo de derechos, pues, como dice VIVES (en VIVES/ BOIX, p. 685), la «exceptio no constituye en nuestro ordenamiento una técnica de solución del conflicto entre libertad de expresión y honor», sino que el conflicto se resuelve a través del ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión e información reconocidos en el art. 20.1 de la Constitución (en este sentido CABELLO, 1987, pp. 35 ss.; BERDUGO, 1987, pp. 53 ss. Cfr. *supra* causas de justificación).

Sobre la *exceptio veritatis* en las injurias a las Cortes Generales y a altas Instituciones del Estado, que es realmente donde se han plantado más problemas durante la transición democrática, los arts. 496 y 504 la admiten expresamente, no así respecto a las injurias al Rey y allegados, diferencia de trato que no se explica muy bien desde el punto de vista del Estado democrático de Derecho (véanse *infra* capítulo XXXIV, especialmente el excurso sobre la *exceptio veritatis*; y MUÑOZ CONDE, 1982, pp. 845 ss.).

## CALUMNIA

Dice el art. 205: «Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad».

En realidad la calumnia no es más que un supuesto agravado de la injuria, pero su naturaleza la emparenta más con los delitos contra la Administración de Justicia que con las infracciones contra el honor. Su parentesco morfológico con la acusación y denuncia falsas es evidente (cfr. art. 456 e *infra* capítulo XXXIX). La plena relevancia en la calumnia de la *exceptio veritatis* (art. 207) prueba lo aquí afirmado. Sin embargo, ya que el legislador la incluye entre los delitos contra el honor, y puesto que existe el delito de acusación y denuncia falsas como delito contra la Administración de Justicia, conviene ocuparse en este lugar de la calumnia.

### Tipo objetivo

La acción consiste en imputar falsamente un delito a otra persona. La imputación o atribución ha de ser de un delito, no de una falta, cuya imputación falsa puede ser, en su caso, injuria (cfr. art. 210). Por delito hay que entender cualquier hecho subsumible en un tipo legal de injusto; es indiferente la calificación que el sujeto dé a los hechos que imputa (robo en lugar de hurto, etc.) o el grado de ejecución o participación criminal que afirme.

La imputación ha de ser *falsa*. Si no lo es y el acusado prueba la veracidad de su imputación, quedará exento de pena (art. 207), ya que el hecho no es típico (relevancia de la *exceptio veritatis*); aunque pudiera castigarse por injurias (cfr. STS 13 diciembre 1983).

La imputación ha de ser de hechos concretos y ha de recaer sobre persona determinada o determinable. Es indiferente que se le impute una intervención a título de autor o cómplice.

Sujeto pasivo de la calumnia sólo puede ser la persona física, ya que no cabe imputar a una persona jurídica la comisión de un delito: «sociedades delinquere non potest» (véanse SSTs 5 abril 1973, 22 diciembre 1974 y 7 diciembre 1989, en contra SERRANO GÓMEZ, p. 278). Tampoco los colectivos sin personalidad pueden ser sujetos pasivos de este delito.

Son posibles las distintas modalidades de comisión de la injuria. Específicamente el Código penal se refiere, a efectos de determinar la pena a imponer, a las que se propagaren con publicidad (pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses) o no (multa de seis a 12 meses) (art. 206). Sobre el concepto de publicidad véase art. 211.

### Tipo subjetivo

Para afirmar la presencia de dolo es preciso que el sujeto tenga conocimiento de la falsedad de lo que imputa o que la imputación, objetivamente falsa, se haga con «temerario desprecio a la verdad». Igual que decíamos respecto a la injuria grave consistente en la imputación de hechos falsos, este «temerario desprecio a la verdad» debe considerarse como un dolo eventual.

Es discutible si también en la calumnia se exige una especial intención, además del dolo (directo o eventual). La solución creo que radica en la propia naturaleza del delito, pues si se considera la calumnia como un delito contra el honor, será necesario el ánimo de deshonrar en el sujeto activo; pero esto no ocurre si se le considera un delito contra los intereses de la Justicia. De la especial índole de la calumnia en el Código penal se desprende que es más viable la primera solución. En todo caso el dolo debe abarcar la conciencia de la falsedad de la imputación o el temerario desprecio a la verdad, y el *animus iniuriandi* la asunción de las consecuencias dañosas para el honor que resulten de la imputación.

### Tentativa

El problema es idéntico a la injuria. También aquí creo que, para que se consume, es necesario que la calumnia llegue a conocimiento del calumniado y que son posibles teóricamente las distintas formas de tentativa (véase *supra* lo dicho respecto a la injuria).

### DISPOSICIONES COMUNES

El Código recoge en el Capítulo III de este Título XI una serie de disposiciones generales, comunes a la calumnia y a la injuria, algunas de ellas ya mencionadas referidas al concepto de publicidad o a la retractación. Las otras disposiciones generales son:

- a) El art. 212 establece la responsabilidad civil solidaria de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.
- b) El art. 213 prevé la imposición de inhabilitación especial para empleo o cargo público o para profesión, oficio, industria o comercio de seis meses a dos años «si la calumnia o injuria fueren cometidas mediante precio, recompensa o promesa».

c) *Condiciones objetivas de procedibilidad.* La calumnia y la injuria sólo son perseguibles por querrela del ofendido por el delito o de su representante legal. Sin embargo, se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de las mismas sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos (art. 215,1). Esta «persecución de oficio», introducida por la reforma de 25 de noviembre de 2003, representa, en cierto modo, la reintroducción del antiguo delito de desacato, que fue suprimido en el Código penal de 1995 porque se había utilizado para limitar la libertad de expresión e impedir la crítica a los cargos públicos. El nuevo precepto se justifica porque en algunos casos la imputación calumniosa o injuriosa se hacía para provocar la denuncia o querrela del funcionario y de este modo poder recusarlo en el asunto que estuviera entendiendo.

Si la calumnia o la injuria han sido vertidas en juicio, será necesario para proceder la previa licencia del Juez o Tribunal (art. 215,2).

- d) *Perdón del ofendido.* El apartado 3 del art. 215 establece que «el culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del artículo 130 de este Código».

- d) Aunque no se han derogado expresamente, los arts. 3 y 4 de la Ley 26 diciembre 1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que, respecto a los delitos de calumnia e injurias «cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares», sólo exigían denuncia de la persona agraviada o, en su caso, de su representante legal, sin necesidad de acto de conciliación, deben estimarse tácitamente derogados a la luz de la nueva regulación y de lo que dispone la Disposición derogatoria única 2 del Código penal de 1995.

