

EL DELITO DE LESIONES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2014/2015

EL DELITO DE LESIONES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

(Assault Offence in the Spanish Criminal Code)

Realizado por el alumno D. Jesús María Flórez Román

Tutorizado por la Profesora Dña. Isabel Durán Seco

EL DELITO DE LESIONES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Índice de contenidos

<i>ABREVIATURAS</i>	3
<i>RESUMEN</i>	5
<i>OBJETO DEL TRABAJO</i>	7
<i>DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA</i>	8
CONTENIDO	9
I. Consideraciones previas	9
II. Bien jurídico protegido, sujetos y objeto material.....	15
III. Tipo básico. Delito de lesiones dolosas (Art. 147.1 CP).....	28
1. Conducta típica y concepto de lesión.....	28
2. Delimitación entre delito grave, delito menos grave y delito leve de lesiones. Referencia a la modificación del CP de 2015.	34
3. Tipo subjetivo.....	35
4. Ejecución imperfecta.....	37
IV. Subtipo atenuado (Art. 147.2 CP). Referencia a la modificación del CP de 2015..	41
V. Delito leve de malos tratos (Art. 147.3 CP). Referencia a la modificación del CP de 2015.....	44
VI. Subtipos agravados (Arts. 148-150 CP)	47
1. Por mayor desvalor de la acción.....	48
A. Medios peligrosos.	49
B. Ensañamiento o alevosía.	52
C. Víctima menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.	55
D. Supuestos vinculados a la violencia doméstica.....	57
2. Lesiones agravadas por el resultado.....	60
A. Supuestos del Art. 149 CP.....	60
B. Supuestos del Art. 150 CP.....	65

VII. Actos preparatorios punibles (Art. 151 CP).....	67
VIII. Lesiones imprudentes (Art. 152 CP).....	70
1. Consideraciones previas.....	70
2. La imprudencia grave.....	72
3. La imprudencia menos grave. ¿Nos encontramos ante una nueva categoría? .	76
4. Disposiciones relativas a la imposición de penas.....	77
A. Por el medio utilizado en la comisión del hecho.....	77
B. La imprudencia profesional.....	78
5. Especial referencia a las lesiones derivadas de accidentes de circulación.	83
6. Concurso entre delitos contra la seguridad vial y delitos de resultado lesivo..	85
IX. Participación en riña tumultuaria (Art. 154 CP).....	88
1. Bien jurídico protegido.....	88
2. Elementos del delito.....	89
3. Problemas concursales.....	91
4. Referencia a la modificación del CP de 2015.....	91
X. Consentimiento del lesionado (Arts. 155 y 156 CP).....	93
1. Consideraciones generales.....	93
2. Consentimiento y requisitos en los delitos de lesiones.....	94
3. Exención de responsabilidad criminal mediando consentimiento.....	96
4. Expansión de la medida de libertad vigilada (Art. 156 ter).....	100
<i>CONCLUSIONES</i>	102
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	106

ADPCP	> Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
art.	> artículo
arts.	> Artículos
BOCG	> Boletín oficial de las Cortes Generales
CCAA	> Comunidades Autónomas
CE	> Constitución Española
CGPJ	> Consejo General del Poder Judicial
Coord.	> Coordinador
CP	> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
Dir.	> Director
DP	> Derecho Penal
ed.	> Edición
eds.	> Editores
INE	> Instituto Nacional de Estadística
LO	> Ley Orgánica
LO 1/2015	> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
LO 5/2010	> LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
LOPVG	> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ	> Ley Orgánica del Poder Judicial
MAIN	> Memoria de Análisis de Impacto Normativo
núm.	> número

OMS	> Organización Mundial de la Salud
PANCP	> Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal
Párr.	> párrafo
PE	> Parte Especial
PG	> Parte General
RAE	> Real Academia Española
RECPC	> Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RGLJ	> Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJCYL	> Revista Jurídica de Castilla y León
RJUAM	> Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RP	> Revista Penal
s.	> Siguiete
ss.	> Siguietes
STS	> Sentencia del Tribunal Supremo
TC	> Tribunal Constitucional
vol.	> Volumen

En el presente trabajo se estudia una de las figuras delictivas más importantes del Código Penal, «*el delito de lesiones*». La relevancia de esta figura está justificada por el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, que ocupa un lugar privilegiado después del bien jurídico de la vida. En la actualidad, y después de numerosas posturas, doctrina y jurisprudencia coinciden en que el bien jurídico protegido es la salud, englobando dentro de ella tanto las lesiones de carácter físico, como las de carácter psíquico o mental.

El delito de lesiones está configurado sistemáticamente dentro del Código Penal, que comienza en el art. 147 regulando el tipo básico de este delito. En los arts. 148 a 150 CP se contemplan los tipos agravados y cualificados, atendiendo al medio empleado, cualidad de la víctima o en función de los resultados producidos. Siguiendo con el articulado, en el art. 151 se prevén los actos preparatorios punibles para la comisión de estos delitos (provocación, conspiración y la proposición), en el art. 152 la comisión del delito por imprudencia, dividida esta en grave y menos grave (como novedad respecto de la regulación vigente hasta 1 de julio de 2015). En el art. 154 se hace alusión a la riña tumultuaria, y por último en los arts. 155 y 156, se trata el consentimiento en los delitos contra la salud y la integridad de las personas.

La regulación de este tipo penal del delito de lesiones ha sufrido muchas modificaciones a lo largo del tiempo, pero desde la aprobación del actual CP por LO 10/1995, de 13 de noviembre, la más significativa ha sido la producida por LO 1/2015, de 30 de marzo, en la que se ha eliminado el libro III de las faltas, reconduciendo estas conductas a delitos menos graves, en unos casos, y expulsando otras del CP hacia la vía civil o administrativa en otros.

Palabras clave: Delito de lesiones, víctima, menoscabo, salud física o mental, tratamiento médico o quirúrgico, imprudencia, riña tumultuaria, consentimiento, libertad vigilada.

By the present project we aim to study one of the most important criminal offences within the Spanish Criminal Code. That is, the assault offence. The importance of this type of crime is well established under the current legal frame for this type of offenses and it is only second to life threatening related offenses. Nowadays, and after much discussion, study and precedents, there is a general agreement on what is to be protected: personal health, both physical and mental or psychological.

Assault offence is well set forth in the Criminal Code. Article 147 deals with this type of crime in general terms and articles 148 to 150 settle possible aggravating circumstances regarding means employed, type of victim as well as result and risk. Besides, article 151 has to do with preparatory acts such as incitement, conspiracy, encouraging or assisting, article 152 with criminal negligence and its different aggravating levels (different from the regulation valid until the 1st May 2015), article 154 and tumultuous affray and, last but not least, articles 155 and 156 where consent is taken into account as regards personal offences endangering physical and mental integrity or health issues.

Regulation concerning assault offences has undergone several modifications throughout the years, but since the approval of the current Criminal Code under the Organic Law 10/1995, 13th November, the most important change took place when the Organic Law 1/2015, 30th May, came into force and book III regarding misdemeanors was removed from the Code. Those misdemeanors turned into unimportant offenses or became part of the civil or administrative procedures.

Keywords: Criminal injuries, victim, impairment, physical or mental health, medical or surgical treatment, recklessness, brawl, consent, probation.

El objeto de estudio en este trabajo ha consistido en el análisis de la figura del delito de lesiones en el Código Penal español, teniendo en cuenta todos los cambios que se han producido en esta figura delictiva en el transcurso del tiempo.

En la primera parte del trabajo, y dentro de las consideraciones previas y el bien jurídico protegido se ha abordado como base el objeto que comprende, siendo este la salud. Para ello se han analizado las diferentes posturas existentes por parte de doctrina y jurisprudencia en torno al objeto del bien jurídico protegido, posturas que iban desde contemplar sólo las agresiones físicas como objeto de protección, hasta las posturas existentes en la actualidad, en las que además se contemplan las lesiones de carácter psíquico o mental como objeto de protección.

Asimismo, y como objeto del trabajo, se han tenido muy en cuenta las últimas modificaciones operadas en el CP por LO 1/2015, de 30 de marzo. En esta reforma, uno de los delitos que ha sufrido cambios ha sido el de lesiones, concretamente se ha modificado el art. 147 CP (tipo básico), en el que ahora se albergan las antiguas faltas de los arts. 617.1 y 617.2 CP; el art. 148 CP en cuanto a una cuestión terminológica, en la que se sustituye el término «incapaz» por «persona con discapacidad necesitada de especial protección»; el art. 152 CP que regula las lesiones cometidas por imprudencia y por último los arts. 155 y 156 CP que regulan el consentimiento en las lesiones.

Dentro del objeto se ubica el planteamiento del problema, y es que la importancia del delito de lesiones reside en la lamentable frecuencia con la que se dan este tipo de resultados lesivos en nuestra sociedad como consecuencia de la comisión de un delito. Además, también hay que tener en cuenta la amplia gama de ámbitos en los que se desarrolla como por ejemplo el profesional, el de la violencia doméstica y de género, el deportivo, estos dos últimos no serán objeto de este trabajo dada la extensión y su complejidad.

DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA

La primera cuestión que se planteó en reunión con la tutora fue la elección del tema que iba a ser objeto de estudio, para lo que el alumno muestra gran interés en la figura del delito de lesiones en el Código Penal español. Una vez elegido el tema, la tutora plantea las pautas que han de ser seguidas para la elaboración del trabajo.

La forma en la que ha sido redactado este estudio responde a un esquema preestablecido y sistemático consistente en la ubicación del articulado del CP que trata esta figura delictiva. Es decir, con el CP en la mano, y siguiendo su articulado se elaboró el índice de contenidos del trabajo, el cual se fue poco a poco desgranando y analizando de manera pormenorizada. Para ello, se crearon diez capítulos que abarcan las formas de comisión del delito de lesiones.

El siguiente paso, y una vez elaborado el índice, se procedió a buscar toda la bibliografía existente relacionada con este tema, y consistente en legislación, manuales teóricos, monografías o artículos de revistas especializadas en materia penal. También se han tenido en cuenta bases de datos jurídicas como Dialnet o Aranzadi, y dada la reciente modificación del CP por LO 1/2015, también se han analizado documentos como el Dictamen del Consejo de Estado, Informes del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado. Asimismo, se analizaron las enmiendas al Proyecto de LO 1/2015 realizadas por los grupos políticos que conforman el Congreso y el Senado, para tener una noción de cuál fue el camino seguido hasta la aprobación definitiva de la LO 1/2015.

Otra fuente que ha sido tenida en cuenta, y ha servido a modo de apoyo, es la amplia jurisprudencia de juzgados y tribunales del orden jurisdiccional penal existente en este ámbito. Aunque se ha visto alguna sentencia de tribunales menores, el principal recurso ha sido la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo, de donde se han extraído varias sentencias que han ayudado a una mejor comprensión de la materia tratada.

Finalmente, todas y cada una de las partes del trabajo se fueron entregando a la tutora, que como especialista en el ámbito del Derecho Penal ha supervisado y corregido las deficiencias que se han podido producir.

CONTENIDO

I. Consideraciones previas

La RAE define lesión como «*Daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad*», y como otra de sus acepciones en el campo del derecho «*Delito consistente en causar un daño físico o psíquico a alguien*».

En el Código Penal de 1995, Título III del Libro II (arts. 147 – 156), bajo el epígrafe «De las lesiones», se recogen una serie de conductas cuya característica principal es, como se desprende de la propia redacción del tipo básico del art. 147.1 CP, que afectan directamente a la integridad corporal o a la salud, física o mental, de las personas.

En el vigente CP, el delito de lesiones, comparado con anteriores Códigos, no ha experimentado grandes cambios.

Aun así, parte de las novedades del actual CP se introdujeron para corregir numerosas deficiencias técnicas que tenía la regulación incorporada al CP en 1989¹. Estas deficiencias ya habían sido puestas de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia.

Todas estas modificaciones entraron en vigor con el CP95².

El CP 95 ha experimentado desde su aprobación múltiples reformas. Varias de esas reformas han afectado a la regulación de las lesiones, aunque ciertamente no han sido muchas. Así, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros, añadió un párrafo segundo nuevo al apartado 1 del art. 147 CP, castigando con la misma pena señalada en el tipo básico de lesiones a quien hubiera realizado cuatro veces la falta de lesiones del art. 617 CP en el plazo de un año. Este último precepto ha desaparecido con

¹ Entre ellas, cabe destacar la desaparición de las lesiones cualificadas por el resultado del art. 421.2, se reformula el tratamiento de los casos más graves de lesiones, también desaparecen las contraindicaciones entre los anteriores arts. 421 y 582, se clarifica el criterio delimitador entre el ámbito del delito y la falta, también se elimina la figura de inutilización o mutilación para eximirse del servicio militar obligatorio (anteriores arts. 422 y 423), las de las lesiones con infracción de las normas de seguridad e higiene en el trabajo (antiguo 427) que se ha convertido en un nuevo delito de peligro contemplado en el art. 316.

² Sobre ello cfr. por todos, GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Curso de DP español. PE, I, 1996, 140; SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en: SERRANO BUTRAGUEÑO (Coord.), Código penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia, 1998, 971 s.

la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La misma LO 11/2003, incorporó un apartado segundo al art. 149 CP en el que vino a castigarse cualquier tipo de mutilación genital, en los términos que más adelante, se abordarán.

Igualmente, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, fijó la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses del apartado segundo del art. 147 CP, redacción que ha cambiado con la entrada en vigor de la LO 1/2015, eliminando la pena de prisión, y rebajando el intervalo de la pena de multa a de uno a 3 meses. La regulación de las lesiones imprudentes del art. 152 CP se vio modificada, asimismo, por la LO 15/2003, estableciendo las penas que actualmente vienen dispuestas, con las salvedades de que en la última reforma anteriormente citada, la de 2015 se añade en cuanto a la pena, la de multa de 6 a 18 meses en el apartado primero del art. 152.1 CP, y la del art. 147.2 CP ya no se castiga si es imprudente.

El gran objetivo de la LO 11/2003 fue prestar una particular protección a ciertas personas vinculadas al autor del delito en atención a relaciones familiares, o con análogas relaciones de afectividad, incluso sin convivencia, agravando de esta manera la responsabilidad derivada de estos comportamientos dañosos para las víctimas. Esto es así hasta el punto en que se hacen desaparecer las faltas relacionadas con estos sujetos, y todos estos comportamientos pasan a ser constitutivos de delito.

De la citada LO 11/2003, la reforma más importante se produjo en lo relativo a la denominada **violencia doméstica**, concretamente en el art. 153 CP. Esta Ley replanteó completamente el precepto, y la forma de hacerlo fue trasladando el contenido del citado art. 153 CP al art. 173 CP perteneciente este al Título VII De las torturas y otros delitos contra la integridad moral, dejando el art. 153 CP para tipificar las faltas de lesiones y el maltrato de obra sin causar lesión entre las personas enumeradas en el art. 173.2 CP como delito de lesiones.

Otra Ley donde se acometieron importantes cambios en la materia de lesiones que nos ocupa, fue la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en la que se modificó el contenido del art. 148 CP para añadir dos supuestos de agravación, estos consistieron en la inclusión en el citado artículo de referencias a la condición de la víctima. En el primero contempla que

la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. En la segunda se hace referencia a que la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. También se modifica el art. 153 CP reestructurando su contenido para distinguir dos grupos de víctimas. GONZÁLEZ RUS dice que parece haber concentrado una buena parte de los ímpetus reformadores del legislador penal de unos años acá³.

Esta LO 1/2004 aborda de manera especial una problemática existente en relación con la violencia de género y el maltrato habitual, y orienta las reformas de los últimos años en esta materia.

La particularidad que se contempla en la LO 1/2004 es que destaca especialmente, considerándolos los «*más graves*», los comportamientos que causen menoscabo psíquico o lesión no definida como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra sin causar lesión que se producen sobre la mujer. De esto se deriva, en relación a la mujer, una doble vertiente en cuanto a las consecuencias: por un lado, lesiones que para cualquier otro sujeto serían constitutivas de delito por la necesidad de, además de una primera asistencia, tratamiento médico – quirúrgico, en el caso de las mujeres, pasa a ser siempre lesiones agravadas del art. 148 CP. Por otro lado, conductas que deberían ser constitutivas de un *delito menos grave*, se califican como delitos integrados en el art. 153 CP. Esto ya sucedía desde la LO 11/2003.

La reforma más reciente operada en este título se encuentra en la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En ella, y más concretamente en el preámbulo, numeral romano XXXI, se alude a la desaparición del Libro II, y con ello a las faltas. Así y como argumento para la eliminación definitiva del catálogo de faltas regulado en el Libro III CP, y tipificando como *delitos leves* aquellas infracciones que se estima necesario mantener. Continúa diciendo la Exposición de Motivos que esta supresión de las faltas obedece a la reclamación de buena parte de los operadores jurídicos, justificado en la falta de proporción entre los bienes jurídicos que protege y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento.

³ GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), DP español. PE, 1996, 142.

En la Exposición de Motivos también se esgrime que en muchos casos, las conductas carecen de la gravedad suficiente como para ser merecedoras de reproche penal, y que estas afirmaciones las viene haciendo la Fiscalía General del Estado, que mantiene que las actuales infracciones consideradas como faltas penales queden al margen del CP por su escasa gravedad.

En la misma línea, el CGPJ⁴, recientemente propuso despenalizar determinados comportamientos tipificados como faltas penales con el fin de reducir la alta litigiosidad, principalmente en el orden jurisdiccional penal. Así viene expresado en el informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 16 de enero de 2013 donde dice que *«Desde diferentes ámbitos se ha venido reclamando la eliminación de las faltas del Código Penal o, al menos, la supresión de buena parte de esas infracciones veniales, tanto por razones vinculadas al principio de intervención mínima, como por motivos de oportunidad relacionados con la necesidad de descongestionar la saturación de asuntos que pende sobre los juzgados encargados de enjuiciar tales infracciones»*, si bien todo ello con matizaciones, ya que *«[...] la despenalización “stricto sensu” que prevé el Anteproyecto sólo afecta a una parte de conductas actualmente tipificadas como falta, pues como expresamente se indica en la MAIN, la mayoría se transmutan en delitos leves [...]»*.

Los comportamientos anteriormente citados, que son de escasa gravedad, con esta reforma, y en los términos del propio Preámbulo de la LO 1/2015, se eliminan del catálogo de faltas desapareciendo del CP, reconduciéndose a la vía administrativa o la vía civil.

De esta forma, sólo se mantendrán dentro del texto punitivo, infracciones merecedoras de reproche penal, siendo incluidas en el catálogo de delitos, que serán, en su mayoría calificadas como *«Delitos leves»* con pena de multa.

Por lo expresado anteriormente, la reforma supone la derogación completa del Libro III del CP, de forma que desaparece la infracción penal constitutiva de falta.

En el campo que ocupa este trabajo, las lesiones, también se producen algunas modificaciones, que son el reflejo de las anteriores, de la desaparición de las faltas,

⁴ CGPJ, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 2013, 18.

consistentes en que el contenido del antiguo art. 617.1 CP ha pasado a formar parte del art. 147.2 CP diciendo que, el que cause a otro una lesión **no** incluida en el apartado primero, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. En cuanto al anterior art. 617.2 CP, que castiga al que golpear o maltratare de obra a otro sin causar lesión, pasa al punto tercero del art. 147 CP eliminando la pena de localización permanente y elevando la multa, siendo ante de 10 a 30 días y en la actualidad de uno a tres meses.

Todo esto por lo que respecta a las faltas de lesiones dolosas contenidas en el antiguo art. 617 CP.

En cuanto a las faltas de lesiones de menor gravedad por imprudencia grave, falta de lesiones por imprudencia leve, y las dos disposiciones generales para los casos en que sean cometidas con vehículo a motor o ciclomotor, o con uso de armas, estas seis figuras contenidas en el antiguo art. 621 CP, desaparecen en su totalidad, a excepción de las disposiciones generales en el caso del uso de vehículo a motor o ciclomotor y de armas. Sobre todo esto, se ahondará con más detenimiento en los capítulos correspondientes de este trabajo.

Los delitos relativos a las lesiones contienen, un tipo básico (art. 147.1 CP), en torno al cual se configuran modalidades agravadas, ya sea por la forma en que se lleva a cabo la conducta o las condiciones del sujeto pasivo (art. 148CP), o bien por la entidad del resultado causado (arts. 149 y 150 CP).

Además, de acuerdo con el sistema de punición del Código, se castigan de forma expresa la comisión por imprudencia grave (art. 152.1 CP), la comisión por imprudencia menos grave (art. 152.2 CP) y la provocación, conspiración y proposición para cometer estos delitos (art. 151 CP). Por último, al consentimiento se le reconocen efectos de atenuación de la responsabilidad criminal (art. 155 CP), y permanecen, de forma muy similar a las del anterior Código, las previsiones sobre trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual (art. 156 CP).

Solo será objeto de este trabajo el Título III «De las lesiones», y dentro de este Título se dejará al margen el art. 153 CP relativo a la violencia doméstica y de género, cuyo análisis es objeto de manera exclusiva de otros trabajos, dada la extensión y su complejidad.

Por ello, el objeto del trabajo contemplará las siguientes figuras delictivas:

- a) **El tipo básico de lesiones**, previsto y penado en el **art. 147 CP**.
- b) **El tipo privilegiado de lesiones del apartado 2º del citado art. 147 CP**.
- c) **Maltrato de obra sin causar lesiones** del art. 147.3 CP.
- d) **Los tipos agravados y cualificados**, bien en función del **medio empleado o de la cualidad de la víctima**, tipificados en el **art. 148 CP**, bien en función de **los resultados producidos**, tal y como previenen los **arts. 149 y 150 CP**.
- e) Cláusula de punición expresa de los **actos preparatorios punibles de provocación, conspiración y la proposición para cometer delitos de lesiones**, dispuesta en el **art. 151 CP**.
- f) Las lesiones producidas por **imprudencia grave** tipificadas en el art. 152.1 CP.
- g) Las lesiones producidas por **imprudencia menos grave** tipificadas en el art. 152.2 CP.
- h) Alusión a la riña tumultuaria cuya conducta se describe en el art. 154 CP.
- i) Eficacia del **consentimiento** en los delitos contra la salud e integridad de las personas, regulado en los arts. 155 y 156 CP.

II. Bien jurídico protegido, sujetos y objeto material.

Sobre la cuestión del bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, y una vez hecha la exposición previa del ámbito de trabajo, podemos decir que las propuestas planteadas⁵ por parte de la doctrina y la jurisprudencia, centradas en el bien jurídico objeto de protección, han sufrido con el paso del tiempo, una evolución que podemos estructurar de la siguiente manera⁶:

1. En una primera postura, estaban los que defendían que el **bien jurídico protegido** era la **integridad corporal o física**. Durante largo tiempo la jurisprudencia y la doctrina del siglo XIX de forma mayoritaria, entendieron que la integridad física constituía el bien jurídico que se pretendía tutelar en las lesiones⁷, esta interpretación estaba favorecida por el epígrafe que comprendía estos delitos en el Código de 1948: «De las lesiones corporales». Esta es la primera postura en orden cronológico, que es la seguida por quienes defendían que el bien jurídico protegido en este tipo de infracciones es la integridad corporal o física, atendiendo al estado del cuerpo en su concreta plenitud anatómico funcional interna y externa⁸. Esta tesis, en un principio tuvo la aceptación de la doctrina y la jurisprudencia, pero hoy ha sido correctamente superada, dado que ya se contempla dentro del bien jurídico protegido la salud psíquica, concepto que en esta postura había quedado relegado. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE⁹ ha tildado de «*reduccionista en exceso*», tanto por no atender suficientemente al componente dinámico y aun social del objeto de protección, como por desconocer su vertiente psíquica. En cuanto a lo reduccionista, y como ejemplo, para este autor el concepto de integridad corporal está sujeto e íntimamente relacionado con los medios comisivos del delito de lesiones, limitado a agresiones de carácter físico. Hoy en día, esta postura sería imposible de sostener.
2. Otra postura tomada fue la de quienes, frente a la anterior postura, situaban el bien jurídico protegido en la **integridad corporal y la salud personal**. En esta

⁵ Vid. Ampliamente, entre otros: DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 18 ss.

⁶ MARTÍNEZ RUIZ, Los delitos de lesiones, 2002, 15.

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, 1982, 15.

⁸ ROMEO CASABONA, El médico y el Derecho Penal, 1981, 134; con la redacción actual el autor cambió de posición, vid. ROMEO CASABONA, Los delitos contra la integridad moral y la salud, en: CEREZO MIR/BERISTAIN IPIÑA/ROMEO CASABONA (Eds.), El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López, 1999, 925.

⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Los delitos de lesiones, 1982, 15.

postura, los autores que la defendían, se basan en el tenor literal del tipo básico de lesiones, integrando en su ámbito de protección como novedad, y además de las afecciones a la integridad física, también las lesiones de naturaleza psíquica¹⁰.

3. Otra postura diferenciada, a la que hay que hacer referencia, fue la defendida en su momento por BERISTAIN IPIÑA¹¹, quien mantenía una concepción excesiva del **bien jurídico protegido** tutelado en los delitos de lesiones, concretándolo en el **bienestar personal**, de forma tal que pudiese dar cabida en su ámbito de protección a los malos tratos de obra, al contemplar tres diferentes dimensiones: la *incolumidad personal*, la *salud* y la *integridad corporal*.

En este sentido comparto el parecer de MARTÍNEZ RUIZ¹² cuando asegura que, esta opinión es demasiado amplia, o al menos lo ha sido hasta la nueva regulación operada en 2015. Hasta ahora, se optó por mantener estructuralmente diferenciados los delitos de lesiones y los malos tratos de obra, los cuales, a excepción de los casos de violencia de género en el ámbito familiar previstos en el art. 153 CP, se contemplaban como una falta autónoma en el art. 617.2º CP, poniendo de manifiesto así que, entre los malos tratos de obra, en los que no se requieren resultados lesivos, y los delitos de lesiones, existe una diferencia asociada al bien jurídico protegido diferenciando en una y otra figura delictiva **el honor, la dignidad** o también **el bienestar personal**, en los malos tratos de obra, y la **salud e integridad personal** en los delitos de lesiones objeto de nuestro estudio.

Con la nueva reforma del CP, esta diferencia estructural entre los delitos de lesiones y los malos tratos de obra ha desaparecido, ya que el antiguo art. 617.2º CP, pasa a formar parte del art. 147 CP en un nuevo punto tercero.

4. Para finalizar es necesario hablar de una corriente doctrinal que considera como **bien jurídico protegido un concepto unitario de salud**¹³, en el que se integran tanto la integridad física como la ausencia de enfermedad psíquica. La

¹⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Los delitos de lesiones, 1982, 15.

¹¹ BERISTAIN IPIÑA, RGLJ, 1971, 14 ss; en la misma línea, TAMARIT SUMALLA, La reforma de los delitos de lesiones, 1990, 34 ss.

¹² MARTÍNEZ RUIZ, Los delitos de lesiones, 2002, 14.

¹³ En este sentido, vid. LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al Texto y al debate parlamentario, 1996, 93.

salud es el verdadero bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, salud que debiera ser entendida como la ausencia de enfermedad o de alteración física o psíquica. Es más, buena muestra de ello lo constituye el hecho cierto e indubitado de que existen supuestos límites¹⁴, como acontece en las intervenciones quirúrgicas, en los que la propia integridad corporal necesariamente debe ser sacrificada en aras de proteger precisamente la salud del sujeto.

En cuanto a la definición de **salud** nos podemos encontrar con las siguientes definiciones, por un lado la que da la RAE¹⁵ “1. f. Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. 2. f. Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado. 3. f. Libertad o bien público o particular de cada uno. 4. f. Estado de gracia espiritual. 5. f. salvación (consecución de la gloria eterna).

6. f. germ. Inmunidad de quien se acoge a lo sagrado. 7. f. pl. p. us. Actos y expresiones corteses.”, y por otra la que le da la OMS¹⁶ “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados. [...]”

Según MARTÍNEZ RUIZ¹⁷, por encima de la pluralidad de matices definidos por nuestra doctrina, existe un acuerdo generalizado en torno a que sea la **salud**¹⁸, en cuanto comprensiva de toda forma o modalidad de alteración del normal funcionamiento del cuerpo, bien a consecuencia de la pérdida total, parcial o funcional de un órgano o

¹⁴ CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN (Coord.), Título III. De las lesiones, Comentarios al Código penal de 1995, 1996, 788 ss. Estos autores elevan la **salud de las personas**, tanto **física** como **psíquica** a único objeto de protección en los delitos de lesiones, ya que a su juicio, la **integridad corporal** no puede constituir el objeto de tutela en la medida en que se trata de un “bien instrumental”, que forma parte de esta.

¹⁵ <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=salud>

¹⁶ http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

¹⁷ MARTÍNEZ RUIZ, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al Código Penal, 1999, 355 ss.

¹⁸ Desde una perspectiva forense, vid. GISBERT CALABUIG/MURCIA SANZ, delito de lesiones, en GILBERT CALABUIG, Medicina legal y toxicología, 1998, 315. A juicio de este autor, debemos entender por **lesión** cualquier alteración de la salud o, lo que es lo mismo, el término jurídico “*lesión*” equivale al empleado en medicina cuando las causas son externas.

miembro corporal, bien a consecuencia de una enfermedad de carácter físico o psíquico, el objeto primario de protección en los delitos de lesiones, concepción monista esta que, a su vez se revela como la más ajustada a la realidad.

Visto lo anterior, ninguna duda existe en cuanto al bien jurídico protegido, que las lesiones de carácter físico se encuentran encuadradas dentro del mismo. Esto tradicionalmente no ha sucedido con las lesiones de carácter psíquico o mental, es decir las lesiones que afectan a la vertiente psíquica de la salud.

Por lo que respecta al concepto jurídico según DÍEZ RIPOLLÉS¹⁹, cabe entender jurídicamente por vulneración de la salud «*Toda alteración temporal o permanente del normal funcionamiento de un organismo humano que precise de asistencia sanitaria, y/o de un periodo apreciable de recuperación espontánea*», este mismo autor reconoce que la definición tiene muy en cuenta las diversas propuestas de la doctrina española, si bien no coincide propiamente con ninguna de ellas. Hay autores como TAMARIT SUMALLA o COBO DEL ROSAL, entre otros, que hablan del concepto jurídico de vulneración de la salud, y ponen de manifiesto las más importantes concepciones²⁰.

Sin embargo, en cuanto a las lesiones psíquicas, y en contra de la jurisprudencia propia de la época (año 1997), existen sentencias²¹ en las que se aprecian. Así, por ejemplo un supuesto en que el acusado infirió quemaduras con un cigarro en los pechos de su víctima, amén de haberle introducido el mango de un cuchillo en la vagina y haberse orinado sobre la mujer una vez que la introdujo en la bañera. En esta sentencia se sostuvo que por lo que se refiere al plus representado por las quemaduras y demás acciones, hay un comportamiento brutal con necesidad de tratamiento psiquiátrico, al que se llega no sólo por las agresiones físicas, sino también por el resto de acciones humillantes. El mismo año, otra sentencia del Tribunal Supremo²² en la que, como hecho probado se reconoce que la víctima, con posterioridad a los hechos padeció una «*Depresión reactiva*» de la que tardó en curar dos meses después de necesitar medicación y vigilancia médica, en este sentido, el Alto Tribunal en los Fundamentos de Derecho razonó en el siguiente sentido «*3.-La acción agresiva o acometimiento*

¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 20.

²⁰ TAMARIT SUMALLA, La reforma de los delitos de lesiones, 1990, 75; COBO DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal español. Parte especial, 1962, 464 s., 485 s., quienes consideran ineludible la necesidad de asistencia facultativa; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, 1989, 94 exigiendo presencia de tratamiento.

²¹ STS núm. 547/1997 de 16 de abril. RJ 1997\3527

²² STS núm. 1544/1997 de 15 de diciembre. RJ 1997\8748

físico realizado por el autor del hecho que enjuiciamos estaba dirigida a satisfacer sus instintos sexuales ante lo que no dudó en utilizar la fuerza física para vencer la resistencia de la víctima, valiéndose de un cuchillo y le sujetó fuertemente los brazos con sus manos, originándole a consecuencia de esta acción, no sólo una equimosis en el brazo derecho sino también una lesión psíquica que adoptó la forma de depresión reactiva.[...]».

Por otro lado, el concepto de enfermedad permite una fácil introducción de la mayor parte de los trastornos psíquicos en el ámbito de protección²³. Hubo un tiempo, finales de la década de los años noventa, en que fue cuestionado este bien jurídico por emplear un concepto negativo y demasiado estricto de salud, equiparable a mera ausencia de enfermedad²⁴.

Asimismo, y antes de la entrada en vigor del CP 95, resulta también interesante destacar la crítica que algunos autores han hecho del concepto estricto de salud, considerando que dicho concepto no permitía una satisfactoria inclusión de supuestos de deformidad²⁵, inaptitud laboral, y aun incapacidad mental²⁶.

También se hace necesario resaltar que, en ocasiones la afección a la integridad corporal puede suponer un mantenimiento o mejora de la salud, como sucede con frecuencia en lo relativo a los tratamientos médico – quirúrgicos, o no tiene la suficiente entidad, al no venir acompañado de una afección a la salud, para constituir un efecto lesivo, como sucede con los cortes de cabello o barba, inutilización de prótesis, etc.

DÍEZ RIPOLLÉS²⁷, opina que es cierto que los supuestos de incapacidad mental será a veces difícil incluirlos en el concepto de incapacidad psíquica, siéndoles más cercano un concepto amplio de integridad. También mantiene que la objeción resulta fácilmente resoluble, manteniendo al mismo tiempo las ventajas definitorias obtenidas con la referencia a la integridad corporal y la salud, si el bien jurídico termina finalmente configurándose como la integridad y salud personales. En la misma línea

²³ RODRIGUEZ DEVESEA/SERRANO GÓMEZ, DP. PE, 1993, 132, 144.

²⁴ Vid. entre otros BUSTOS RAMIREZ, Manual de Derecho Penal. PE, 1991, 56; TAMARIT SUMALLA, La reforma de los delitos de lesiones, 1990, 28; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, 1982, 21.

²⁵ MUÑOZ CONDE, DP. PE, 1993, 103; TAMARIT SUMALLA, La reforma de los delitos de lesiones, 1990, 35 ss; entre otros.

²⁶ MUÑOZ CONDE, DP. PE, 1993, 103; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, 1982, 26.

²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 22.

OCTAVIO DE TOLEDO²⁸, entendiendo el adjetivo como alusivo a la doble vertiente física y mental del ser humano.

Una minoría doctrinal y jurisprudencial utiliza en exclusiva el término integridad personal²⁹. Con ello consigue aunar integridad física y mental, pero se ve obligada a una excesiva y equívoca ampliación del sustantivo empleado para poder así abarcar los supuestos de enfermedad. No es extraño que la mayoría terminen por hacer intercambiable su concepto con el resultante de la conjunción de los de integridad corporal y salud, sin que sean suficientemente conscientes de la laguna que su concepto original podría colmar.

QUINTANO RIPOLLÉS afirma, con razón, que una creciente corriente doctrinal y jurisprudencial considera que la integridad corporal y la ausencia de enfermedad no son más que aspectos del bien jurídico salud.

CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC³⁰, con fuertes críticas al mantenimiento de la mención a la integridad corporal en el CP 95, consideran que el bien jurídico protegido es la salud, y la integridad corporal y la ausencia de enfermedad no son más que aspectos de este bien jurídico protegido que es la salud. Se hace necesario entender el concepto con amplitud para que pueda abarcar todos los supuestos que se encuentran recogidos en las figuras delictivas.

Para desvincularse de la postura negativa del concepto, de la que anteriormente se habló, se desarrollan una serie de formulaciones relacionadas entre sí que realizan definiciones en clave positiva, e incluyen referencias a las repercusiones sociales de la salud.

Un referencia al completo estado de bienestar físico, mental y social, sin limitarse a la ausencia de enfermedad o invalidez, y reflejando un equilibrio entre una pluralidad de dimensiones es lo que se vincula al concepto de salud dado por la OMS antes visto *“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción*

²⁸ OCTAVIO DE TOLEDO, La reforma del consentimiento en las lesiones, en Comentarios a la legislación penal, 1992, 942.

²⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de la PE de DP, 1972, 692 ss.

³⁰ Así, entre otros, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN (Coord.), Título III. De las lesiones, Comentarios al Código penal de 1995, 1996, 788 ss; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, 1982, 19-22, 24.

de raza, religión, ideología política o condición económica o social [...]”. Esta pluralidad de dimensiones de la salud puede ser anátomo – morfológica, psíquica, ecológica, o socio – económica.

Esta definición, que procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, no ha sido modificada desde 1948. Por este motivo, merece ser criticada por su excesiva vaguedad y amplitud, acentuadas cuando se trata del bienestar social, y que sin mayores concreciones obligaría a introducir en estos preceptos cualesquiera molestias personales, algo alejado del auténtico objeto de protección de estas figuras³¹.

La salud es una condición previa de la participación de los ciudadanos en la vida de la comunidad, que debe ser asegurada, todo ello desde la perspectiva social de todo bien jurídico. En cuanto a ello, se puede considerar salud como el estado en que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por estas el ejercicio, sin alteraciones temporales o permanentes, de los diferentes órganos o aparatos, y por aquel estado que posibilita la concreta participación en el sistema social³².

ROSAL BLASCO³³ señala que la definición es criticable en la medida en que la omnipresencia de la referencia social puede terminar restringiendo la protección de la salud en ámbitos sin claras connotaciones de relación social, TAMARIT SUMALLA³⁴ está en contra de esta crítica. Sin embargo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE³⁵ presencia la referencia social en todos los supuestos.

También se ha hablado de la salud como el funcionamiento inalterado de uno o varios de los sistemas estructurales o funcionales que definen conjuntamente la integridad biológica de la persona, y que se integran por la normal estructura de los tejidos y órganos del cuerpo, por las funciones que sustentan la vida (metabólica, respiratoria, circulatoria, digestiva, urinaria, nerviosa, endocrina, etc.), por la función reproductora, y por la función de relación consigo mismo y con la sociedad. Esto es

³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 24.

³² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, 1982, 19 ss.

³³ ROSAL BLASCO, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios a la legislación penal, 1992, 244.

³⁴ TAMARIT SUMALLA, La reforma de los delitos de lesiones, 1990, 37 ss.

³⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, 1982, 25 ss.

afirmado por CARDONA LLORENS³⁶, quien llega a sustituir el concepto de salud por el de integridad biológica.

Con todas estas funciones de los diversos sistemas biológicos de las personas, se ha pretendido garantizar que se puedan incluir los conceptos anteriormente citados de deformidad³⁷ o incapacidad mental³⁸, como objetos de protección.

El doble concepto de integridad y salud personales sigue representando la más adecuada formulación del bien jurídico protegido, siempre que se acepte la idea de que en ningún momento pueden incluirse trastornos que no puedan vincularse directamente a la vertiente física o mental del ser humano, y que no se persista en la idea de identificar ausencia de salud exclusivamente con enfermedad.

En cuanto a las referencias sociales, deben entenderse como instrumentos de interpretación, sin duda valiosos y necesarios, que sirven para graduar la importancia de la afección física o mental. Lo que no pueden es dar pie a la autónoma configuración de un tercer grupo de efectos lesivos del bien jurídico protegido en estos preceptos.

Existen objeciones vinculadas a la inconveniente duplicidad de conceptos, pero que carecen de consistencia, por ejemplo la vinculada a la poca capacidad discriminadora de la integridad, por cuanto su daño, en ocasiones, supone una mejora de la salud, pasa por alto que lo mismo sucede a la inversa, con determinadas actuaciones médico – quirúrgicas que restauran o incrementan la integridad (Ej. trasplantes de órganos en el receptor, intervenciones coronarias) a costa de crear durante el postoperatorio una alteración temporal del funcionamiento del organismo que precisa de especial asistencia sanitaria (Ej. utilización de inmunodepresores para evitar el rechazo del nuevo órgano con los riesgos que ello conlleva).

Algún sector doctrinal³⁹ estima que ni siquiera un concepto amplio de salud es suficientemente comprensivo, e introduce como bien jurídico a la *incolumidad* corporal o, en todo caso, personal. El concepto, en cuanto a su formulación positiva, añade a los anteriores poco más que ciertas referencias genéricas a su especial vinculación con la

³⁶ CARDONA LLORENS, Estudio médico – penal del delito de lesiones, 1988, 33 ss

³⁷ MUÑOZ CONDE, Derecho penal. PE, 1993, 103.

³⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, 1982, 26; CARDONA LLORENS, Estudio médico – penal del delito de lesiones, 1988, 33; entre otros.

³⁹ BERISTAIN IPÍÑA, Observaciones acerca de las lesiones en el derecho penal español y comparado, 1979, 331, 338 ss; TAMARIT SUMALLA, La reforma de los delitos de lesiones, 1990, 34 ss.

dignidad de la persona⁴⁰. Por lo demás mantiene una ambigua relación con el bienestar personal como bien jurídico autónomo⁴¹.

Nos encontramos con otro grupo de supuestos, concretamente los de la incapacidad laboral o deformidad⁴², que en cierta medida no responden a los atentados a la integridad o salud personales. De ahí que la doctrina intente buscar un bien jurídico que abarque estos supuestos.

BERISTAIN IPIÑA⁴³ considera que la incolumidad ampara frente a perturbaciones no insignificantes del bienestar corporal, aunque no supongan la producción de un daño o dolor, siempre que el resultado o la intención vayan más allá de una mera afección a la libertad; en general, los malos tratos. Incluye dentro del resultado de lesiones las alteraciones o malestares derivados de una bofetada que no produce moratón, de salivazos en la cara, de la administración de bebidas desagradables, o de un ruido constante, así como un susto perturbador del ritmo fisiológico, y aun en ocasiones los cortes de pelo o barba.

TAMARIT SUMALLA⁴⁴ estima que el bien jurídico de la incolumidad personal incluye la protección frente a cualesquiera conductas que causen intencionadamente un sufrimiento físico o psíquico, en la medida que suponen un trato inhumano o degradante incompatible con la dignidad humana, y sin que sea precisa una simultánea afección a la salud o integridad personales (que se plasma en la necesidad de asistencia sanitaria habitualmente); se daría entrada así a los supuestos graves de malos tratos⁴⁵. Sólo de este modo, podrían llegar a castigarse comportamientos que sin causar afección a la salud o integridad personales, producen graves dolores físicos o psíquicos (descargas eléctricas, impedimentos temporales de la respiración, etc.), o determinadas hipótesis de manipulación psíquica (modificaciones de la personalidad a través de microcirugía

⁴⁰ TAMARIT SUMALLA, La reforma de los delitos de lesiones, 1990, 37 ss.

⁴¹ BERISTAIN IPIÑA, Observaciones acerca de las lesiones en el derecho penal español y comparado, 1979, 339; TAMARIT SUMALLA, La reforma de los delitos de lesiones, 1990, 34.

⁴² Vid. entre otros, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Las relaciones personales con la víctima en las lesiones, en: Comentarios a la legislación penal, 1985, 894 ss; BERISTAIN IPIÑA, Observaciones acerca de las lesiones en el derecho penal español y comparado, 1979, 339 ss.

⁴³ BERISTAIN IPIÑA, Observaciones acerca de las lesiones en el derecho penal español y comparado, 1979, 331, 338 ss; TAMARIT SUMALLA, La reforma de los delitos de lesiones, 1990, 34 ss.

⁴⁴ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al CP español, TOMO I, 2011, 919.

⁴⁵ TAMARIT SUMALLA, La reforma de los delitos de lesiones, 1990, 34 ss.

cerebral, estimulación eléctrica de determinadas zonas cerebrales, etc.) que también causan sufrimientos⁴⁶.

A sensu contrario, desde el punto de vista DÍEZ RIPOLLÉS⁴⁷, no está justificado sustituir el bien jurídico de la integridad y la salud personales por el de la incolumidad personal, ya que este último concepto, como el muy vinculado de bienestar personal, por más que puedan estar en la base de los de integridad y salud personales, poseen unos niveles de amplitud e imprecisión que les permiten fácilmente abarcar cualquier tipo de molestia personal, lo que les aleja del respeto del principio de intervención mínima y de la ratio legis y estructura típica de las figuras delictivas que se estudian, y así lo entienden otros autores⁴⁸.

En cuanto a la pretensión de estas posturas de difuminar la diferenciación conceptual entre los supuestos típicos de lesiones y malos tratos de los anteriores autores, DÍEZ RIPOLLÉS⁴⁹ estima que va en la dirección político criminal inversa a la correcta, que es precisamente la de mantener su autonomía conceptual sin perjuicio de que ambos grupos de hipótesis puedan cobijarse bajo un mismo bien jurídico.

El CP 95, y como novedad, creo los delitos contra la integridad moral, entre ellos el del art. 173, cuya estructura se hace sobre un objeto de protección mayor que el de la salud e integridad personales, permitiendo abarcar dentro de ellos hipótesis que merecerían ser elevadas a delito por su carácter especialmente degradante o inhumano.

Hoy en día, con la nueva reforma del CP por LO 1/2015, estas situaciones han quedado completamente salvadas, ya que con la desaparición de las faltas, todas estas conductas de gravedad ya se encuentran dentro del catálogo de delitos.

En resumen respecto de lo mantenido por este último autor, lo que hay que tener en cuenta es que el concepto de salud es relativo, de manera que se fundamentará en la constitución y el estado previos del sujeto que ha sufrido la agresión. De este modo, afirma, no hay obstáculo alguno para entender que existe lesión cuando se produce un agravamiento significativo de una alteración preexistente.

⁴⁶ TAMARIT SUMALLA, La reforma de los delitos de lesiones, 1990, 386 ss.

⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 29.

⁴⁸ Así, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, Manual de DP. PE, 1991, 160; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, 1982, 16-17,21-22,93-94.

⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 29.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, autores como BERISTAIN IPIÑA, mantienen como bien jurídico protegido la *incolumidad* que ampara frente a perturbaciones no significativas del bienestar corporal aunque no supongan la producción de un daño o dolor, siempre que el resultado o la intención vayan más allá de una mera afección a la libertad, en general, los malos tratos.

No obstante lo dicho, en la actualidad se puede hablar de un resultado típico constitutivo de lesiones, que será delito cuando se ocasione un menoscabo de la integridad o la salud que exija al menos una primera asistencia facultativa, o el caso del maltrato de obra sin causar lesión del art. 147.3 CP, siendo en todo caso, como se ha expresado con anterioridad, constitutivo de un delito.

En cuanto a esto último, y respecto de la calificación como delito o falta, ha sido objeto de reforma recientemente por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015. Este extremo se tratará de manera más concreta en otro punto del Trabajo.

En definitiva, en cuanto al bien jurídico protegido el *quid* de la cuestión, hasta ahora resultaba ser el tratamiento médico o quirúrgico, ya que sólo eran constitutivas de delito aquellas lesiones que requirieran objetivamente para su sanidad además de una primera asistencia facultativa, este tratamiento (art. 147.1). Ahora, con la nueva reforma, además de lo anterior también se castigan lesiones como delito que no se encuentren en el contenido del art. 147.1 CP, es decir, que no requieran asistencia facultativa y posterior tratamiento médico. Es el caso del art. 147.2 CP, donde se recoge el contenido de la antigua falta de lesiones del art. 617.1 CP, que en la actualidad será en todo caso un delito.

En puridad de principios⁵⁰, ha de entenderse que no existe tratamiento cuando simplemente se realiza una pluralidad de actos médicos simultáneos o sucesivos si no están entrelazados, esto es, si entre ellos no existe un «*tracto*».

Tratamiento médico es la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa que requiere una acción prolongada más allá del primer acto médico, mientras que el *tratamiento*

⁵⁰ ACALE SÁNCHEZ, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Lección 3. Las lesiones, 2011, 56 ss

quirúrgico consiste en cualquier acto de tal naturaleza, ya sea de cirugía mayor o menor, que fuere necesario para curar en su más amplio sentido, partiendo de que la curación requiere distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria *ex ante*, exploración quirúrgica, recuperación *ex post*, etc.)

Hasta ahora, cualquier operación que necesitara de cirugía reparadora y que supusiese la necesidad de aplicar puntos de sutura era, y constituía un tratamiento quirúrgico que impedía su inclusión en el artículo de la falta⁵¹ (art. 617.1 CP). Con la nueva reforma de la LO 1/2015 será siempre, y en todo caso constitutivo de un delito de lesiones del art. 147.1 CP, no cabiendo por analogía incluirlo en el art. 147.2 CP. Estos extremos serán analizados con más detenimiento en el capítulo correspondiente.

El bien jurídico protegido en estas figuras delictivas tiene reconocimiento constitucional en el art. 15 CE, que consagra junto al derecho a la vida, el derecho fundamental que todos tienen también a la integridad física y moral.

Sujetos y objeto material

En relación al **sujeto** activo de las lesiones, la doctrina sostiene que sólo puede serlo un tercero⁵², dado que la conducta típica en estos delitos siempre hace referencia a «*otro*», lo que, por lógica consecuencia, conlleva la atipicidad de las autolesiones con la consiguiente impunidad de los partícipes, aunque existen supuestos de lesiones con consentimiento en las que sí se castiga al autor, como se verá en el apartado correspondiente.

En cuanto al **sujeto pasivo** y al **objeto material**, que en estos delitos coinciden, lo es todo ser humano con vida independiente, por lo que quedarían excluidos aquellos seres humanos carentes de vida, y aquellos que sólo poseen una vida dependiente (feto), que son objeto de regulación aparte. Los ataques a la salud física o mental de estos últimos encontrarían acomodo en los arts. 157 y 158 CP. También quedarían fuera de estos tipos penales, las lesiones ocasionadas a personas que por la cualidad que ostentan, gozan de una protección especial y autónoma en otros tipos recogidos en el Código. Son, por ejemplo, las personas del art. 486 CP: El Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o

⁵¹ TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1531/1998 de 9 diciembre

⁵² BRAGE CENDÁN, Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 8, Nº 1, 1999, p 51.

a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona; o las del art. 605.2 CP: Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España; también arts. 550 a 556 CP: los miembros del Gobierno o Parlamentarios del Estado o las CCAA, miembros del Poder Judicial, magistrados del TC, la autoridad o sus agentes y los funcionarios públicos. En estos casos se produce un concurso de leyes a resolver conforme al criterio de especialidad (art. 8.1ª CP).

Finalmente, debe tratarse de un sujeto pasivo individual, ya que la protección de la salud de la colectividad está asignada a otros preceptos penales, lo que, por lo demás, vendría avalado por la referencia a «*otro*».

III. Tipo básico. Delito de lesiones dolosas (Art. 147.1 CP).

1. Conducta típica y concepto de lesión.

La figura básica del delito de lesiones se incluye en el art. 147.1 CP, y es a partir de ella desde donde se construye todo el sistema. En este sentido, y respecto del delito leve, del art. 147.2 CP, se toma en sentido negativo, ya que son «*lesiones no incluidas en el apartado anterior*».

A tenor de lo anterior, el citado art. 147.1 CP dispone « *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*».

La **estructura típica objetiva** de este tipo básico de lesiones es la de un delito de resultado material constituido por una acción u omisión de medios indeterminados, que causa un resultado consistente en un menoscabo a la salud que requiere objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico⁵³.

Al tratarse de un delito de resultado (causar a «otro») y de medios indeterminados («por cualquier medio o procedimiento»), determina que se pueda causar dicho resultado por un comportamiento activo o por otro omisivo, en aquellos casos en los que se ostente la posición de garantía. El resultado ha de ser imputable objetivamente al comportamiento activo u omisivo⁵⁴.

Parece no existir duda de que se trata de una conducta a través de la cual se lesiona el bien jurídico protegido.

Ahondando en la expresión «*por cualquier medio o procedimiento*», y como se ha expresado anteriormente, éste se configura como un delito de resultado de medios

⁵³ Cfr. por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 62; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Título III de las lesiones, Comentarios al Código Penal Español, 2011, 923.

⁵⁴ ACALE SÁNCHEZ, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), Lección 3. Las lesiones, Lecciones y materiales para el estudio del DP. Tomo III. DP. PE, 2011, 58.

indeterminados, de manera que no se plantean problemas para contemplar diferentes modalidades comisivas del delito, incluida la comisión por omisión.

Existen agresiones físicas directas, además de otras formas violentas de comisión de este tipo de delitos, frente a ellas es posible que puedan producirse lesiones de las maneras más diversas⁵⁵: desde el suministro de un medicamento o una sustancia tóxica, hasta la producción de trastornos psíquicos por la exposición continuada al ruido, pasando por el contagio de enfermedades o falta de atención a unos ancianos por parte de su cuidador.

En cuanto al resultado típico, es necesario precisar dos cuestiones, una de ellas es establecer cuál es el concepto general de lesión, y de esta forma poder abarcar desde los delitos graves hasta los leves. La otra cuestión debe tratar de la delimitación entre ambos tipos de delitos de lesiones, los graves y los leves, en los arts. 147.1 y 147.2 CP respectivamente.

El art. 147.1 CP establece que una lesión es «*todo menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental*». En este sentido, si la conducta consiste en unas agresiones físicas que no produzcan ninguna afección corporal, no podrá constituir un delito menos grave de lesiones del art. 147.1 CP, sino un delito leve de malos tratos regulado en el art. 147.3 CP, donde se podrían incluir acciones como por ejemplo empujones, bofetadas, forcejeos, zarandeos y otros actos similares sin incidencia corporal alguna. Sin embargo, si lo que se producen son pequeñas equimosis, arañazos, erosiones o hematomas, habremos de reconducirlo a lo previsto en el art. 147.2 CP.

FELIP SABORIT, también mantiene que el concepto legal de lesión permite englobar toda clase de enfermedad en sentido amplio y, asimismo, cualquier perturbación de la salud mental. Por tanto las lesiones psíquicas pueden constituir un resultado típico del delito de lesiones. A modo de ejemplo podemos decir que, un sujeto acosa repetidamente a su expareja y acaba produciéndole un trastorno por estrés postraumático constitutivo de un delito de lesiones psíquicas⁵⁶.

Tradicionalmente ha existido una corriente jurisprudencial que ha pretendido limitar la tipicidad de los menoscabos psíquicos exclusivamente a aquellos producidos

⁵⁵ FELIP SABORIT, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Tema 3. Las lesiones, Lecciones de DP PE, 2011, 68.

⁵⁶ STS núm. 79/2009 de 10 de febrero. RJ 2009\1541

a partir de una intervención física sobre el cuerpo del sujeto pasivo. Se puede tener como ejemplo de ello una STS⁵⁷ de junio de 1998, ponente Bacigalupo Zapater, que trata sobre los trastornos que padece un niño de once años al que se le obliga a presenciar el asesinato de su hermana de tres años por parte de su padre. En este caso, ante unos hechos que a todas luces permiten pronosticar la causación de un innegable desequilibrio psíquico en el hijo, el Alto Tribunal, tras reconocer de forma expresa que *«el solo enfrentamiento del niño al cadáver, someterlo a la percepción del mismo, hubiera sido probablemente suficiente para configurar la lesión corporal, imponerle presenciar cómo se daba muerte a su hermana de tres años reúne sin duda todos los requisitos de una lesión de su salud mental, en la medida en la que determina una profunda conmoción espiritual originada por la percepción sensorial de los hechos.»*, concluye no obstante su resolución afirmando que *«en el caso que se juzga no ha concurrido el segundo elemento calificante de la gravedad de la lesión típica del artículo 147 CP, pues no consta en el hecho probado si objetivamente era necesario tratamiento médico para la sanidad de la alteración del equilibrio psíquico»*. En virtud de ello, el TS falló apreciando exclusivamente la falta de lesiones del artículo 617.1 CP. Hoy día, con la entrada en vigor de la LO 1/2015 el día 1 de julio, habría constituido un delito menos grave del art. 147.2 CP, de cualquiera de las formas, insuficiente.

MARTÍNEZ RUIZ⁵⁸ precisa que, esta sentencia y cuantas se mantienen en su órbita argumentativa, suscitan directamente el siguiente interrogante que por su obviedad lo deja sin contestar: *¿valorativa y objetivamente qué es más grave, un esguince en un pie constitutivo de delito, o las irreparables secuelas conductuales que en la psique de un niño dejarán los hechos referenciados?*⁵⁹

En la misma línea del menoscabo de la salud psíquica, TAMARIT SUMALLA⁶⁰ asevera que es uno de los elementos que plantean una mayor dificultad de concreción práctica, sin olvidar, en el plano político – criminal, la de dar con la regulación positiva que, siendo respetuosa con las reglas del juego de un Derecho Penal democrático, ofrezca una respuesta adecuada a prácticas de manipulación psíquica que

⁵⁷ STS núm. 785/1998 de 9 de junio. RJ 1998\5159.

⁵⁸ MARTÍNEZ RUIZ, Los delitos de lesiones, 2002, 18.

⁵⁹ En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, DP. PE, 2013, 98 s.

⁶⁰ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Título III de las lesiones, Comentarios al Código Penal Español, 2011, 922.

no siempre se materializan en una situación calificable en términos convencionales como enfermedad.

En este sentido, una STS⁶¹ de 1994 dice que: *«En el campo específico de la enfermedad mental se distingue entre las que son consecuencia de malformaciones o enfermedades somáticas (malformaciones cerebrales, traumatismos cerebrales, arteriosclerosis...) y todas las demás anomalías psíquicas llamadas también variedades anormales del modo de ser psíquico.»*. Esta sentencia razona que *«los daños psíquicos que tienen que ir más allá de las simples carencias o desfases sociales y superar los meros desajustes afectivos o emocionales [...]»*. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la inclusión de las lesiones psíquicas en el ámbito del artículo 147 CP obliga a examinar con mayor atención la **problemática concursal**, dado que la aparición de secuelas de carácter psíquico puede aparecer en muchos casos asociada a otros delitos como las agresiones o abusos sexuales.

Sin embargo, a partir de la referida STS de 9 de junio de 1998, de manera gradual y en atención al problema de la violencia doméstica, se va abriendo paso la postura que entiende que también es típica la violencia psíquica, es decir, la afectación de la salud mental de la víctima sin necesidad de incidencia corporal alguna. Prueba de ello son sentencias como la STS⁶² de mayo de 2009, en la que se valoran las lesiones psíquicas producidas por un hombre a su expareja, diciendo en los hechos probados que: *«El clima de sumisión y anulación creado por la conducta de Cosme provocó en Elena un trastorno por estrés postraumático, con síntomas de reexperimentación de los hechos padecidos, evitación de los lugares y situaciones asociadas a lo ocurrido [...]»*, en el cuarto fundamento de derecho se dice que: *«En el caso presente concurren todos los elementos para la causación de la lesión psíquica, comportamiento idóneo para causar una lesión de esta naturaleza, producción objetiva de la misma y necesidad de tratamiento, así como la intencionalidad del sujeto.»* En este caso se pone en entredicho por medio de un voto particular, formulado por el Magistrado D. José Antonio Martín Pallín, en cuanto a la prescripción del delito de lesiones psíquicas, ya que argumenta que se ha sobrepasado el plazo entre que se consuma la lesión psíquica, y la prescripción del delito.

⁶¹ STS núm. 1669/1994 de 30 de octubre. RJ 1994\8334.

⁶² STS núm. 549/2009 de 15 de mayo. RJ 2009\4870.

Existen determinadas lesiones psíquicas que vienen derivadas de otro tipo de delitos, normalmente violentos, que requieren un tratamiento diferente.

Una de las referidas lesiones psíquicas es el estrés postraumático o las depresiones reactivas⁶³ que suelen ser típicas en los delitos cometidos contra la libertad sexual, agresiones físicas, robos violentos, etc.

A este respecto, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 10 de octubre de 2003 se inclinó por la denominada tesis de la inherencia según la cual tales trastornos son consecuencias extratípicas que ya han sido tenidas en cuenta al tipificar dichas conductas y asignarles una pena, de manera que no procede una sanción adicional por lesiones.

Si bien este planteamiento se ha mantenido en las agresiones sexuales, en decisiones jurisprudenciales sobre otros delitos se ha matizado esta posición, aceptándose la autonomía de las lesiones psíquicas cuando, por la intensidad de la agresión u otras circunstancias especiales, tales perturbaciones exceden con mucho de las que son propias del resultado típico del delito violento.

⁶³ FELIP SABORIT, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Tema 3. Las lesiones, Lecciones de DP PE, 2011, 69.

Referencia a la reforma del CP por LO 1/2015.

Como se ha explicado anteriormente, el CP ha sufrido muchas modificaciones, la última de ellas por la LO 1/2015, de 30 de marzo que ha entrado en vigor el día 1 de julio de 2015. Una de las características más llamativa de esta reforma es la eliminación del LIBRO III. Faltas y sus penas. Esta supresión no lleva consigo necesariamente la desaparición real de las conductas que en el referido Libro se contemplaban, sino que en muchos de los casos, lo que se ha hecho es trasladarlas al LIBRO II. Delitos y sus penas, como delitos menos graves. Este es el caso de las lesiones.

Por lo que respecta a la reforma en materia de lesiones, uno de los artículos que ha sufrido modificaciones ha sido el art. 147 CP, en el que se ha eliminado el segundo párrafo del número 1, « *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*».

Al art. 147.2 se le ha dado una nueva redacción quedando del siguiente modo « *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses*», que viene a absorber al art. 617.1. Se crean un tercer y cuarto punto, en tercero dispone que « *El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses*», absorbiendo el antiguo 617.2, en el que se cambia la pena de localización permanente por la de multa. En cuanto al cuarto, dispone que « *Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal*». Esta nueva redacción da un giro al actual planteamiento, en lo que ahora el legislador pretende, en aplicación del principio de **mínima intervención o última ratio**, recurrir a la vía penal en último término.

2. Delimitación entre delito grave, delito menos grave y delito leve de lesiones. Referencia a la modificación del CP de 2015.

Hasta el momento, y con anterioridad a la reforma del Código penal de 2015, un problema esencial en relación con el resultado era la frontera entre el delito y la falta de lesiones dolosas⁶⁴. Según el art. 147 CP, la lesión constitutiva de delito es aquella que precisa objetivamente para su sanación, además de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico. Con esta definición se pretende establecer un dato objetivo que exprese la gravedad de la afección de la integridad física o la salud. Dicha gravedad se manifiesta a través de la complejidad técnica de la curación. Así, las lesiones que precisen de la intervención de un médico que disponga de un plan (terapéutico) que posibilite o acelere la curación, es decir, tratamiento médico, deben ser consideradas delito. En cambio, las lesiones que sanen espontáneamente eran constitutivas de falta hasta la última modificación del CP. Eran asimismo faltas aquellas lesiones que requieran una única asistencia (exploración y diagnóstico, sin tratamiento posterior e, incluso, actos curativos de muy escasa entidad que no se prolongan temporalmente o de naturaleza puramente preventivos). Todo ello viene avalado por una amplia jurisprudencia del TS.

El *tratamiento médico* consiste en una serie de prescripciones procedentes de persona autorizada para ello, o de acciones realizadas directamente por dicha persona sobre otra, que pueden afectar a la salud y a la integridad física de ésta⁶⁵.

La “*norma*” a tener en cuenta para que el tratamiento médico sea realizado correctamente es la «*lex artis*». Este tratamiento debe ser realizado con la diligencia debida y con intención de curar.

La primera asistencia facultativa, y el tratamiento médico o quirúrgico, ha resultado una cuestión controvertida en la última reforma del CP⁶⁶, en los momentos previos a la aprobación definitiva de la LO 1/2015. En este sentido, la redacción original que se proponía en el Proyecto presentado por el Gobierno en las Cortes atendía genérica y exclusivamente «*al medio empleado y al resultado producido*» como criterios de determinación de la naturaleza y gravedad del delito, **eliminando** la referencia a la

⁶⁴ FELIP SABORIT, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Tema 3. Las lesiones, Lecciones de DP PE, 2011, 70.

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Derecho penal. PE, 2013, 117.

⁶⁶ CASTRO CORREDOIRA/GUINARTE CABADA, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), Comentarios a la reforma del CP, 2015, 490.

constatación de una primera asistencia facultativa o de tratamiento médico y/o quirúrgico como criterios de determinación de la gravedad de las lesiones.

Finalmente el legislador optó por mantener el tradicional criterio objetivo de naturaleza médica, tan tenido en cuenta por la jurisprudencia a lo largo del tiempo. Además, otro gran problema de la sustitución de este criterio por otro distinto es que, ofrecería al intérprete de la norma una mayor incertidumbre sobre el alcance de la misma, y por ello mayor inseguridad jurídica.

Sobre el concepto del tratamiento médico y/o quirúrgico el TS ha señalado que se trata de un *concepto normativo* que, en ausencia de una definición legal, debe ser alcanzado mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que otorgan al mismo la necesaria seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere. Esto se ha manifestado a través de varias sentencias del Alto Tribunal⁶⁷.

Si bien es cierto que con la reforma del CP desaparecen las faltas, para su incorporación a los delitos como leves, es previsible que los criterios a la hora de delimitar las lesiones graves de las lesiones leves, siga siendo el mismo que hasta ahora.

En cuanto a la delimitación entre los delitos atendiendo a la gravedad, y teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 13 y 33 CP, por lo que respecta al art. 147.1 CP estaríamos ante un delito menos grave (pena de prisión de tres meses a tres años), y los apartados segundo y tercero serían delitos leves (multa de uno a tres meses, y multa de uno a dos meses respectivamente)

3. Tipo subjetivo.

En cuanto al **tipo subjetivo**, el dolo en cualquiera de sus modalidades⁶⁸ debe abarcar, además de la acción u omisión típicos, la producción como consecuencia de ellos de un menoscabo a la salud o integridad personales de características tales que requiera objetivamente para su sanidad, más allá de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico. El dolo, por consiguiente, se ha de extender a la cualidad del menoscabo consistente en la necesidad objetiva de tratamiento, por más

⁶⁷ Así, entre otras, STS núm. 34/2014 de 6 de febrero. RJ 2014\1617/STS núm. 650/2008 de 23 de octubre. RJ 2008\6958.

⁶⁸ CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN (Coord.), Título III. De las lesiones, Comentarios al Código penal de 1995, 1996, 794; TAMARIT SUMALLA, La reforma de los delitos de lesiones, 1990, 69.

que nada impide que la clase de dolo presente respecto a esto último posea una intensidad subjetiva diversa de la concurrente respecto al comportamiento típico, o aun al menoscabo en sí mismo⁶⁹. En este sentido va la línea de otros autores⁷⁰, sin embargo, por lo demás parece estar extendida la idea de que el dolo respecto a la necesidad de tratamiento será frecuentemente eventual⁷¹.

Siguiendo la línea anterior en cuanto al dolo eventual, tanto el tipo básico como todas las modalidades agravadas y atenuadas de lesiones pueden realizarse de esta manera, que debe abarcar la clase concreta de resultado producido. Por tanto, deben rechazarse planteamientos (en fase de abandono pero latentes todavía en muchas decisiones judiciales) que sólo exigen un dolo genérico de agredir o lesionar que permite imputar subjetivamente cualquier resultado que se haya producido⁷².

FELIP SABORIT apunta como ejemplo al agresor que propina un puñetazo a la víctima en la cara, causándole un severo hematoma facial, y esta, al caer, se golpea contra el bordillo de la acera y sufre un traumatismo craneo encefálico severo que ocasiona numerosas y graves secuelas neurológicas; la calificación correcta del hecho es un delito de lesiones dolosas del tipo básico –puñetazo– en concurso ideal con la causación por imprudencia del resultado lesivo más grave fruto de la caída, como así se pone de manifiesto en STS⁷³.

DÍEZ RIPOLLÉS⁷⁴ consideró en su momento que, tras la acertada desaparición en el CP 95 de la atenuante de **preterintencionalidad** (además de la creación de los específicos tipos imprudentes de lesiones), quedaron fuera de lugar todas las propuestas doctrinales y jurisprudenciales que pretendían atenuar la pena, bien cuando dándose dolo respecto a un resultado del art 147.1 CP el efectivamente *producido*, aun perteneciendo al mismo tipo, supera al *pretendido*, bien cuando queriéndose causar un resultado propio de la falta de lesiones se daba lugar al resultado del art. 147.1 CP. Los limitados supuestos del primer grupo de hipótesis que pudieran merecer consideración

⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 63.

⁷⁰ Cfr. por todos, ROSAL BLASCO, Comentarios a la legislación penal. Tomo XIV. Vol.1º, 1992, 263 ss; QUINTERO OLIVARES, Los delitos de lesiones a partir de la Ley orgánica 3/89, de 21 de junio, ADPCP, 1989, 925 ss.

⁷¹ Cfr., entre otros, MUÑOZ CONDE, Derecho penal. PE, 2013, 109; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, 1989, 81 ss.

⁷² FELIP SABORIT, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Tema 3. Las lesiones, Lecciones de DP PE, 2011, 71.

⁷³ STS núm. 1392/2009 de 3 de diciembre. RJ 2010\541.

⁷⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 65.

deberían resolverse a partir de las posibilidades que se ofrecían por el modificado art. 147.2 CP, mientras que el segundo grupo debían ajustarse a las reglas concursales.

4. Ejecución imperfecta.

Por lo que a las formas imperfectas de ejecución se refiere, cabrá la tentativa, y además los actos preparatorios de la conspiración, proposición y provocación, según el tenor literal del art. 151 CP.

Al respecto de la tentativa de lesiones, esta cabe cuando el potencial lesivo que contenga la conducta se exprese sólo parcialmente en el resultado producido⁷⁵.

FELIP SABORIT apunta como ejemplo, lanzamiento de una piedra de considerables dimensiones contra otra persona que sólo llega a rozarle, de manera que únicamente se producen heridas superficiales; se trata de un delito de lesiones en grado de tentativa.

El delito de lesiones se puede relacionar con el de homicidio en el sentido del desistimiento activo; habiendo *animus necandi* o dolo de matar determina la calificación preferente del hecho como delito de homicidio, concretamente en grado de tentativa. Sin embargo, si se da un desistimiento activo por parte del agresor, que aun con una acción inicial homicida, que permita la exención de la responsabilidad del art. 16.2 CP, aflorará nuevamente el correspondiente delito de lesiones cometidas hasta el momento de la ejecución.

Ejemplo de ello lo constituye la STS⁷⁶ de mayo de 2012. En este caso, el acusado reclama los servicios de una prostituta, a la que llevó a su domicilio, y después de haber mantenido relaciones sexuales con ella, y mientras ésta estaba tumbada boca arriba en el suelo del salón, de forma sorpresiva sacó un puñal de doble filo de grandes dimensiones con el fin de acabar con su vida. Para ello, le clavó el puñal en la zona abdominal produciéndole importantes lesiones, que de no ser tratadas hubieran conducido irremediablemente a su muerte. Posteriormente, el acusado la envolvió en una manta y la trasladó al Hospital donde fue operada de urgencia logrando así que se le salvara la vida.

⁷⁵ FELIP SABORIT, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Tema 3. Las lesiones, Lecciones de DP PE, 2011, 72.

⁷⁶ STS núm. 418/2012 de 30 de mayo. RJ 2012\6569.

Respecto de la tentativa de lesiones, también hay que decir que es punible con carácter general a tenor de lo dispuesto en el art. 62 CP. La referencia efectuada en este precepto al «*peligro inherente al intento*» no debería plantear problemas de delimitación respecto al peligro para la vida o salud del lesionado previsto en el art. 148.1 CP, pese a la desafortunada extensión del referido tipo cualificado al peligro para la salud, por lo que cabe optar por la imposición de la pena inferior en grado. Por otra parte, al no haberse alcanzado el resultado típico, y dada la referida cualificación de medio peligroso, la degradación prevista en el art. 62 CP deberá efectuarse siempre a partir de la pena prevista en el párrafo primero del art. 147 CP y **no** la del segundo⁷⁷.

En cuanto a la problemática tan debatida del concurso que ha de apreciarse en los supuestos en que el delito de homicidio queda en grado de tentativa, pero se producen lesiones, sigue reclamando una solución satisfactoria. El problema se agrava porque los dos tipos concurrentes protegen bienes jurídicos distintos, pero imbricados en una relación de progresión. Como solución se han propuesto las del concurso ideal entre tentativa de homicidio y lesiones consumadas y la del concurso de leyes. Una vez descartado el concurso de delitos, estimando que el dolo de matar incluye siempre el dolo de lesiones, se propugna la solución del concurso de leyes y en concreto el principio de alternatividad, completado con el principio de combinación⁷⁸.

En cuanto a los grados de participación, que se rigen por las reglas generales, tampoco se aprecian especificidades⁷⁹. Hay autores que mencionan expresamente la posibilidad de *autoría mediata*⁸⁰.

En atención a la redacción del art. 147 CP, las referencias a «*por cualquier medio o procedimiento*», o a «*causare*» de los arts. 149 y 150 CP, ninguna dificultad encuentran, la transmisión de enfermedades por contagio venéreo o nutricio, para integrar las lesiones, en los que únicamente se requerirá el conocimiento de que se tiene la enfermedad y la voluntad de contagiarla a otro, si quiera sea como resultado eventual de la conducta⁸¹.

⁷⁷ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Título III de las lesiones, Comentarios al Código Penal Español, 2011, 926.

⁷⁸ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, RP, nº 24, 2009, 177.

⁷⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 66.

⁸⁰ LUZÓN PEÑA, en: MIR PUIG (Coord.), Problemas jurídico – penales del sida, 1993, 16 ss; QUERALT JIMENEZ, DP español. PE, 1992, 82.

⁸¹ GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), DP español, PE, 2005, 147.

La transmisión del SIDA ofrece particularidades propias que hace confusa la solución de algunos casos. Por lo general, su contagio dará lugar a la aplicación del tipo de lesiones que corresponda según la entidad del resultado y la forma dolosa o culposa de transmisión; si al contagio no siguiera inmediatamente la declaración de la enfermedad podría apreciarse una tentativa de lesiones o de homicidio o asesinato, según los casos⁸².

En cuanto a la **penalidad**, hay que decir que es una de las cuestiones que ha cambiado tras la reforma de la LO 1/2015, y que hace necesario su análisis. Así, hasta la reforma que ha entrado en vigor el día 1 de julio de 2015, la penalidad del tipo básico prevista en el art. 147.1 CP, era de prisión de seis meses a tres años que se transformaba en la de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses cuando el hecho era de menor gravedad, a tenor de los requisitos que se establecían en el art. 147.2 CP.

Por lo que respecta a la pena que se imponía a la realización del delito con imprudencia grave del tipo básico de lesiones, que el art. 152.1 CP establecía en prisión de tres a seis meses, si se trataba de las lesiones del artículo 147.1 CP, quedando relegado a una simple falta (art. 621.1 CP) si eran las lesiones del art. 147.2 CP; prisión de uno a tres años, si se trataba de las lesiones del artículo 149 CP; y prisión de seis meses a dos años, si se trataba de las lesiones del artículo 150 CP.

En las lesiones producidas como consecuencia de una imprudencia leve, eran castigadas por lo dispuesto en el art. 621.3 CP con una pena de 10 a 30 días.

Todo esto es así hasta la entrada en vigor, el día 1 de julio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. A partir de esa fecha, la penalidad establecida cambia, en el caso del art. 147.1 CP a prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses; las lesiones menos graves del art. 147.2 CP con la pena de multa de uno a tres meses; el que golpear o maltratar de obra sin lesión del art. 147.3 CP (que viene a sustituir al art. 617.2 CP), con la pena de multa de uno a dos meses. Desaparece el párrafo segundo del art. 147.1 CP, que castigaba con la misma pena que el punto primero del citado artículo a los que «*en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código*».

⁸² GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), DP español, PE, 2005, 147.

En cuanto a la imprudencia regulada en el art. 152 CP, por lo que respecta a la penalidad sólo cambia el art. 152.1.1º que añade « [...] o multa de seis a dieciocho meses»; y las imprudencias profesionales que conllevan una pena de « [...] inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años». Además añade la imprudencia menos grave, que viene a sustituir al art. 621.2, para «... las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 [...] pena de multa de tres meses a doce meses.».

En cuanto a lo relativo a las penas impuestas cuando los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor «se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.».

Asimismo, en los casos en que «las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres meses a un año.».

En los casos anteriores de vehículos a motor y ciclomotores, y en el caso de las armas, la pena será potestativa, ya que el texto legal dice «...se podrá imponer...».

Dicho todo esto sobre la penalidad, lo que se pretende por parte del legislador es ajustar dicha penalidad a los diversos contenidos del injusto recogidos en la formulación típica del art. 147.1 CP, que como anteriormente se ha expuesto, se trata de un delito de medios indeterminados, estableciendo que el resultado de menoscabo requiera un tratamiento médico o quirúrgico.

IV. Subtipo atenuado (Art. 147.2 CP). Referencia a la modificación del CP de 2015.

El art. 147.2 CP ha sido uno de los artículos modificados por la LO 1/2015. Su antigua redacción era: *«No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.»*, siendo la redacción actual *«El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses»*.

Con la regulación anterior a la LO 1/2015, este apartado segundo podía ser calificado como una especie de transición entre el delito y la falta⁸³, en el que se moderaba la pena en el caso de lesiones de menor gravedad atendiendo a la reducida entidad del resultado, o a la poca o escasa peligrosidad de la conducta y los medios empleados. Así, solían incluirse en este precepto supuestos como bofetadas o golpes que provocan pequeños traumatismos o cortes, luxaciones, esguinces y pequeñas fracturas como consecuencia de forcejeos o empujones que, en otras circunstancias, habrían causado simples hematomas constitutivos de falta.

Con la redacción actual, el anterior art. 147.2 CP ha pasado a formar parte del nuevo 147.1 CP⁸⁴. Ello está justificado en la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico. En esta nueva redacción se omite la referencia a la menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido, y con ello el uso de la facultad discrecional que el legislador les confería a los jueces, que individualizaban la pena en atención a estos criterios⁸⁵.

La modificación que afecta a la penalidad dispuesta para las lesiones del art. 147.1 CP, justificado en la absorción por parte de este artículo del anterior 147.2 CP, pasa a ser una pena alternativa de prisión o multa. TAMARIT SUMALLA⁸⁶ considera que, en realidad este cambio tiene escasa relevancia, pues viene a sustituir el tipo privilegiado del anterior art. 147.2 CP, que disponía pena de multa para los casos en que el tribunal apreciara menor gravedad atendidos el medio empleado y el resultado producido. Dados

⁸³ FELIP SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Tema 3. Las lesiones, Lecciones de DP PE, 2011, 72.

⁸⁴ JAÉN VALLEJO, Manuel/PERRINO PÉREZ, Ángel Luis, La reforma penal de 2015, 2005, 88.

⁸⁵ MUÑOZ RUIZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), Estudios sobre el CP reformado, 2015, 361.

⁸⁶ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, 2015, 348.

los términos indeterminados en torno a los cuales estaba construido este desaparecido tipo privilegiado, el impacto de esta reforma es prácticamente nulo.

Por otro lado, se rebaja el límite inferior de la pena de prisión, que puede obedecer a que el actual art. 147 CP suprime la citada cláusula contenida en el anterior art. 147.2 CP de atención al «*medio empleado o resultado producido*» con el que se permitía a los jueces sancionar con una pena menor (prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses). Con lo que el actual límite mínimo previsto en el art. 147.1 CP es el mismo que el previsto en el art. 147.2 CP anterior.

Además, en el actual art. 147.1 CP se añade la pena de multa, que será alternativa a la pena de prisión, de seis a doce meses.

Con la redacción actual del CP, la mayor parte de las faltas pasan a ser tipificadas como delitos leves. Es el caso de la antigua falta de lesiones del art. 617.1 CP, que sancionaba en el texto anterior, con la pena de localización permanente de seis a doce días o multa de uno a dos meses, a quien, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en el Código penal. Esa conducta se ubica ahora en el número 2 del art. 147 como subtipo privilegiado al castigar con pena de multa de uno a tres meses al que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro «*una lesión no incluida en el apartado anterior*»⁸⁷.

La redacción del tipo delictivo incide en dos aspectos:

- 1) El último inciso apunta a una lesión que menoscabe la integridad corporal o salud física o mental de otro, pero en este segundo apartado se incluyen solamente aquellas que para su sanidad no requieran tratamiento médico quirúrgico, bastando la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión (en este número 2 se incluyen todas las faltas de lesiones con resultado lesivo – las faltas del art. 617.1 CP – y todos los casos que el arbitrio judicial considere que debe encuadrarse en este subtipo y no en el art. 147.1 CP)
- 2) Si bien el propio Preámbulo señala que esta modificación no supone necesariamente una agravación de las conductas ni de las penas que se aplicaban a las faltas, en este caso concreto, a pesar de que se tipifican los mismos hechos, la modificación no se reduce a una simple cambio nominal (de

⁸⁷ CASTRO CORREDOIRA/GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC, (Dir.), Comentarios a la reforma del CP, 2015, 491.

falta a delito leve), sino que lleva aparejada una sustancial agravación de la pena, al desaparecer, como sanción alternativa, la pena de localización permanente y aumentar el límite superior de la pena de multa, que pasa a ser de tres meses.

Con este régimen dual se busca diferenciar las lesiones del tipo básico del apartado 1º, de las del tipo atenuado del apartado 2º, para lo que se mantiene, como ya se señaló anteriormente, el criterio tradicional de naturaleza médica: primera asistencia médica y tratamiento médico – quirúrgico.

V. Delito leve de malos tratos (Art. 147.3 CP). Referencia a la modificación del CP de 2015.

El art.147.3 CP ha sido otra de las novedades introducidas en el Libro II de los delitos por la LO 1/2015 cuya redacción es: *«El que golpear o maltratare de obra a otro sin causar lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses»*.

Fue decisión de legislador, justificada en el Preámbulo de la LO 1/2015, reconducir las faltas contra las personas que recogía el Título I del Libro III del CP al Libro de los delitos, que pueden incluirse en cada uno de ellos como subtipo atenuado aplicable a los supuestos en los que las circunstancias del hecho evidencian una mayor gravedad⁸⁸.

Conforme a ello, la antigua falta de maltrato de obra del art. 617.2 CP, que castigaba con pena de localización permanente de dos a seis días o multa de diez a treinta días a quien golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, se incorpora al art. 147 CP, en su nuevo número tres.

Al igual que sucedió con la antigua falta de lesiones del art. 617.1 CP, ya mencionada, en este caso, el cambio de categoría comporta también un endurecimiento punitivo: ya no se prevé la pena de localización permanente, y la multa pasa a ser de uno a dos meses, aumentándose, por tanto, tanto el límite inferior como el superior en el maltrato sin lesión⁸⁹.

Pero curiosamente, el legislador ha dispuesto que la pena con la que se castiga el atentado a la integridad física de la persona, en su modalidad de maltrato es inferior a la que el número 2 del art. 234 CP apareja al delito leve de hurto (en el que se atenta contra el patrimonio) y que se cifra en una pena de prisión de uno a tres meses⁹⁰.

Requisitos de procedibilidad (Art. 147.4 CP)

Sobre la inclusión, por LO 1/2015 de este cuarto apartado en el art. 147 CP, MUÑOZ RUIZ⁹¹ considera que se trata de la principal novedad, en la que el legislador deja a la libre voluntad de la persona agraviada, o su representante legal, la decisión sobre si denuncia o no el hecho, como presupuesto de perseguibilidad. Subraya el

⁸⁸ MUÑOZ RUIZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), Estudios sobre el CP reformado, 2015, 362.

⁸⁹ CASTRO CORREDOIRA/GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC, (Dir.), Comentarios a la reforma del CP, 2015, 491 ss.

⁹⁰ MUÑOZ RUIZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), Estudios sobre el CP reformado, 2015, 363.

⁹¹ MUÑOZ RUIZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), Estudios sobre el CP reformado, 2015, 363.

Preámbulo de la LO 1/2015, que en atención a la escasa gravedad de las lesiones y de los malos tratos de obra de los números 2 y 3 del art. 147 CP respectivamente, sólo van a ser perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal, y justifica esta decisión en la necesidad de aliviar la carga de trabajo de los Juzgados de Instrucción y así evitar la situación actual, en la que un simple parte médico de lesiones de escasa entidad obliga al juez de instrucción a iniciar todo un proceso judicial y a citar al lesionado para que acuda obligatoriamente al juzgado a fin de hacerle el ofrecimiento de acciones como perjudicado, con los inconvenientes que ello ocasiona.

Esta iniciativa no ha sido bien acogida por la unanimidad de la doctrina. Así, mientras RODRÍGUEZ LAINZ⁹², quien la califica de acertada, advierte que es una realidad incuestionable que buena parte de estas situaciones de agresión física, generalmente fruto del acaloramiento, acaba en sentencia absolutoria, ante la no presentación en el juicio de ninguna de las partes o del denunciante. Añade este autor que no es que sea favorable a reconocer un derecho a la autocomposición en los supuestos de uso de la violencia de muy escasa entidad, sino que de este modo dejamos que sean las víctimas quienes tomen la decisión de verse amparadas por el Derecho cuando consideran haber sido objeto de una afrenta digna de reproche penal. Por el contrario, GALDEANO SANTAMARÍA⁹³ opina que circunscribir la exigencia de la previa denuncia a todos los supuestos de lesiones del art. 147.2 CP es desproporcionado e injustificado, teniendo en cuenta que el bien jurídico tutelado es la salud física y psíquica que cuenta con una especial protección por su consideración de derecho fundamental del art. 15 CE. Se trata además, de un bien jurídico indisponible, por lo que los ataques al mismo no pueden ser dejados a la voluntad del lesionado, aun cuando el ataque o la entidad de la lesión sean levísimos. Esta autora afirma que sería aconsejable que no se extendiera más allá de los antiguos supuestos de falta del art. 617.1 y 617.2 CP.

La limitación procesal que supone la exigencia de denuncia para la persecución de los delitos leves y malos tratos no alcanza a los supuestos de violencia de género, extremo que confirma en la Exposición de Motivos del Proyecto. Aun así hubo

⁹² RODRIGUEZ LAINZ, Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales, Diario La Ley, núm. 8524, 2015, 4.

⁹³ GALDEANO SANTAMARÍA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Delitos de lesiones: art. 147 CP, 2013, 514.

enmiendas por parte de algún grupo político en la línea de que existía la necesidad de que se recogiese expresamente esta excepción en el art. 147 CP.

CASTRO CORREDOIRA/GUINARTE CABADA⁹⁴, entienden que esa propuesta no resulta necesaria, pues los supuestos de maltrato por violencia de género no se castigan en el art.147 CP, sino en el 153 CP, y en este no se hace referencia alguna a la necesidad de denuncia previa. Por tanto, es evidente que esta exigencia de perseguibilidad no es aplicable a las lesiones leves y malos tratos de obra por violencia de género.

⁹⁴ CASTRO CORREDOIRA/GUINARTE CABADA en: GONZÁLEZ CUSSAC, (Dir.), Comentarios a la reforma del CP, 2015, 49

VI. Subtipos agravados (Arts. 148-150 CP)

«**Artículo 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:

1. ° 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.

2. ° Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3. ° Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

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

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

Este artículo sólo ha sufrido una modificación en cuanto a la terminología del apartado 3°. La modificación se ha producido por el art. 258 de la LO 1/2015, que establece « Sustitución de términos en el Código Penal.

1. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a los términos «incapaz» o «incapaces» se sustituyen por los términos «persona con discapacidad necesitada de especial protección» o «personas con discapacidad necesitadas de especial protección».

DÍEZ RIPOLLÉS⁹⁵ afirma que, el art. 148 CP se configura como un tipo agravado facultativo del art. 147.1 CP, que aporta a este tipo básico una serie de contenidos diferenciados adicionales que implican un mayor contenido de injusto específico.

Siguiendo al mismo autor, considera que la limitación de su ámbito de aplicación a las conductas del art. 147.1 CP hace que, si alguna de las hipótesis agravadas del art. 148 CP concurriera en el marco típico de las lesiones con resultado diferenciado de los arts. 149 y 150 CP, sólo quede la alternativa de acudir, eventualmente, a una

⁹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 72.

circunstancia agravante genérica equivalente⁹⁶ con efectos agravatorios, en todo caso, muy inferiores, lo que resulta poco comprensible. En este sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE en su día, también fue crítico con el viejo Código⁹⁷.

Con anterioridad a la reforma de la LO 1/2015, los supuestos que resultaban incluidos en el anterior art.147.2 CP también se excluían del ámbito de eficacia del art. 148 CP, ello venía determinado por la propia naturaleza incompatible de ambos supuestos. La medición legal de la pena del antiguo art. 147.2 CP que tenía carácter de regla específica y solamente se podía aplicar cuando constase la improcedencia de apreciar el tipo agravado. Con la reforma, y dado que el anterior art. 147.2 CP ha sido absorbido por el art. 147.1 CP cabe esperar que la mecánica sea la misma.

La redacción de este artículo es fruto de la reforma operada en el Código penal, en 2004, por medio del art. 36 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género («B.O.E.» 29 diciembre). Vigencia: 29 junio 2005.

En esta reforma se modifica el punto segundo del artículo, añadiendo la alevosía. También, y como respuesta a la realidad social del momento, se añaden los puntos quinto y sexto que tratan sobre la violencia de género.

1. Por mayor desvalor de la acción.

Con el citado art. 148 CP, la pena del tipo básico de lesiones puede experimentar un importante incremento (prisión de dos a cinco años) si la conducta contiene elementos susceptibles de un desvalor suplementario. Para FELIP SABORIT⁹⁸ se trata de un acierto del legislador en el lento abandono de una concepción de las lesiones dominada por el resultado final producido.

El precepto tiene su fundamento como señala la doctrina, en la tendencia de ir más allá del objetivismo que encierra atender a las lesiones según el resultado producido (sistema anterior al del actual CP), y promover la valoración de la acción típica que lo produjo⁹⁹.

⁹⁶ En la misma línea LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador, 1996, 94.

⁹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, La reforma penal de 1989, 1989, 90.

⁹⁸ FELIP SABORIT, en: SILVA SANCHEZ (Dir.), Lecciones de DP PE, 2010, 73.

⁹⁹ MORETÓN TOQUERO, Los delitos de lesiones, 2000, 18.

Las cualificaciones establecidas en el art. 148 CP, 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 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 CP; por tanto, si concurrieran en las cualificaciones por la mayor gravedad del resultado de los arts. 149 y 150 CP, funcionarían, en su caso, como agravantes genéricas¹⁰⁰.

Como una de las innovaciones más importantes introducidas por el Código de 1995 en este precepto, cabe mencionar la necesidad de atender «al resultado causado o riesgo producido», exigencia que se superpone a los cinco supuestos de hecho que sirven de base a la agravación. El empleo de esta defectuosa técnica ha creado confusión en la doctrina, si bien un sector importante de la misma ha entendido que de la estructura de la frase se puede concluir que se trata de dos criterios para la individualización de la pena, que de forma excepcional incorpora el tipo, sin que se cierre el paso a la aplicación de las normas generales de determinación de la pena, por lo que actuará dentro de los límites establecidos por las mencionadas normas generales¹⁰¹.

A. Medios peligrosos.

Hay que decir que, el citado at. 148 CP, en su punto primero prevé la causación de lesiones utilizando armas, instrumentos, métodos o formas concretamente peligrosos para la vida o salud del lesionado. Se trata de supuestos en los que el resultado no se corresponde plenamente con el riesgo concreto inherente a la conducta lesiva, ya que esta era idónea para producir lesiones mucho más graves. Cita el autor el ejemplo del botellazo en la cabeza que causa una brecha que precisa unos pocos puntos de sutura. En general, vienen siendo consideradas lesiones del art. 148.1 CP supuestos como el uso de armas de fuego y armas blancas, barras de hierro, palos de ciertas dimensiones, el atropello mediante automóvil, las patadas en la cabeza, el uso de artes marciales, productos tóxicos, etc.

¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Derecho penal. PE, 19ª ed., 2013, 105.

¹⁰¹ TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al Código Penal Español, 2011, 929.

El resultado típico que aquí nos ocupa tiene que haber sido producido por cualquier instrumento peligroso e idóneo para lesionar, y que efectivamente produzca la lesión. En todo caso, el instrumento ha de ser tan peligroso como idóneo para producir el menoscabo en la víctima como por ejemplo, arrojar a la víctima sosa caustica, verterle ácido, golpearle con un vaso de cristal o un cenicero, agredirle con un bastón acabado en una bola de acero o dispararle con un arma de fuego; la mera peligrosidad en concreto no basta, en el supuesto de un culatazo con un arma de fuego, esta no es utilizada como tal (es más, no se quiere utilizar como tal), sino de otro medio inidóneo y menos lesivo. En cambio, carece objetivamente de peligrosidad la navaja de un llavero.

En el mismo sentido FELIP SABORIT¹⁰² señala que, para apreciar este subtipo no basta con que el medio o la forma de ataque sean, en general, peligrosos, sino que dicha peligrosidad debe expresarse en la configuración concreta de la ejecución de hecho. Ello dependerá de las características singulares del arma u objeto, su forma de utilización, la zona del cuerpo atacada, etc. Así, por ejemplo, el uso de un cristal sin especificar sus características ni la forma en que fue empleado sólo permite la condena por el tipo básico del art. 147 CP¹⁰³.

Resulta bastante obvio que, en la mayoría de los delitos de lesiones concurre alguna de las circunstancias previstas en el art. 148.1 CP. Es frecuente que el agresor haga uso de un arma blanca, o medios contundentes como los ya vistos con el fin de ocasionar a la víctima graves daños.

En cuanto a la **acción** podemos decir que, partiendo de la producción de una lesión grave, habrá que verificar ya sea la gravedad del resultado o el riesgo producido, es decir, habrá que atender al resultado, ya sea este apreciado por los sentidos o intelectualmente¹⁰⁴.

También se hace necesario decir que la agravación no es automática¹⁰⁵, sino que ha de ser adoptada o no por el Juez en el caso concreto atendiendo al resultado causado o riesgo producido.

¹⁰² FELIP SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Tema 3. Las lesiones, Lecciones de DP PE, 74.

¹⁰³ STS núm. 685/2002 de 20 de abril. RJ 2002\4353.

¹⁰⁴ QUERALT JIMÉNEZ, DP español. PE, 2010, 119.

¹⁰⁵ ACALE SÁNCHEZ, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), Lecciones y materiales para el estudio del DP. Tomo III. DP. PE. Vol. 1, 2011, 61.

La consumación del delito exige que las lesiones producidas sean constitutivas de delito, lo que conlleva precisar tratamiento médico o quirúrgico.

A este respecto, FELIP SABORIT puntualiza que, incluso a pesar de que no lleguen a ocasionarse lesiones de esta magnitud, el hecho puede seguir siendo un delito de lesiones por medios peligrosos, por lo que él sí admite el delito en grado de tentativa del art. 148.1 CP, si la acción ha alcanzado el grado de peligrosidad exigible y el resultado más grave no se ha producido por azar, y pone como ejemplos el disparo realizado con pistola detonadora a escasa distancia de la boca de la víctima sin causar lesiones, habiendo sido intención del autor hacerlo en su interior¹⁰⁶. Ataque con navaja a vigilante de seguridad de un pub, al no serle permitida a su agresor la entrada a dicho local, rompiéndose el arma al golpearla contra el suelo antes de producir lesión alguna.

FELIP SABORIT¹⁰⁷ señala que la jurisprudencia mayoritaria entiende que la aplicación del art. 148 CP exige la producción de un resultado de lesiones constitutivas de delito, por lo que se ha mostrado reticente a apreciar la tentativa. Por tanto, si las lesiones curan con una sola asistencia facultativa, hasta la entrada en vigor de la nueva reforma estas lesiones hubieran constituido una falta de lesiones del art. 617.1 CP, en lo que, y a falta de jurisprudencia, con la actual regulación será constitutivo de un delito leve tipificado en el art. 147.2 CP. Según este autor, todo esto a pesar de que la agresión revista una acentuada peligrosidad; incomprensiblemente, no se plante la solución de la tentativa. Así lo entiende, por ejemplo, una STS¹⁰⁸ de febrero de 2003, que aprecia una simple falta en el caso de una agresión con un hacha, que sólo causó una pequeña herida en el costado izquierdo de la víctima gracias a que el golpe fue atenuado parcialmente por el morral que portaba el herido.

Ahora bien, hay que poner de manifiesto que la jurisprudencia ha evolucionado en este aspecto, y nos encontramos con sentencias que admiten la tentativa del art. 148.1 CP. Por ejemplo, en una STS de diciembre de 2010 en la que una mujer se baja de la parte trasera de un taxi e intenta clavar un cuchillo a un joven llegando a impactar contra su abrigo y al chocar contra la prenda y un monedero no llega a herirle. En este caso, el Alto Tribunal, en el Fundamento de Derecho PRIMERO punto 8º señala que *«... nos encontramos ante un supuesto que debe ser calificado como un delito de*

¹⁰⁶ STS núm. 1327/2003 de 13 de octubre. RJ 2003\7468.

¹⁰⁷ FELIP SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Tema 3. Las lesiones, Lecciones de DP PE, 74.

¹⁰⁸ STS núm. 191/2003 de 14 de febrero. RJ 2003\2095.

lesiones, con uso de instrumento peligroso, en grado de tentativa acabada, ya que el hecho de dirigir el cuchillo de esas dimensiones contra el cuerpo de la víctima indica o supone la realización de todos los actos que deberían producir el resultado lesivo sin que éste llegara a consumarse...»¹⁰⁹.

La frontera superior de esta figura delictiva la encontraríamos en los supuestos de tentativa de homicidio por dolo eventual. Como por ejemplo golpear brutalmente la cabeza de la víctima con una barra de hierro y producir graves lesiones que hubiesen ocasionado irremediablemente la muerte de no haberse trasladado a la víctima inmediatamente al hospital.

Por último, respecto de los medios peligrosos decir que, por el hecho de exigir el tipo el «uso» de tales modalidades comisivas, excluye del mismo los supuestos de mera exhibición de determinados medios, métodos o formas, que no da lugar a la concreta peligrosidad para la salud o la vida¹¹⁰.

B. Ensañamiento o alevosía.

Esta modalidad agravada se encuentra recogida en el art. 148.2º CP. « *Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía*».

La segunda de las agravaciones se constituye partiendo de la forma de causar el resultado típico: el empleo del ensañamiento y de la alevosía; se trata de dos circunstancias genéricas de agravación de la pena del art. 22 que por decisión del legislador, se sustraen al régimen general de determinación judicial de la pena¹¹¹.

TAMARIT SUMALLA pone de manifiesto que el CP 95 viene a sustituir con el término ensañamiento los polémicos conceptos de «*brutalidad*» y «*tortura*», introducidos por la reforma de 1989. La desaparición de los mencionados conceptos y la introducción de la referencia expresa al ensañamiento, fue valorada positivamente por la doctrina que criticaba la inseguridad jurídica e inadecuación de los anteriores términos¹¹².

¹⁰⁹ STS núm. 1142/2010 de 21 de diciembre. RJ 2011\166.

¹¹⁰ BRAGE CENDÁN, Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 8, Nº 1, 1999, p 57.

¹¹¹ ACALE SÁNCHEZ, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), Lecciones y materiales para el estudio del DP. Tomo III. DP. PE. Vol. 1, 2011, 62.

¹¹² TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al Código Penal Español, 2011, 931.

El significado legal del término ensañamiento lo aporta el art. 22.5^a CP y debe por tal entenderse, en relación al delito que nos ocupa, el «*aumento deliberado, inhumano e innecesario del sufrimiento del lesionado*». Así, en el delito de lesiones el ensañamiento ha de dar lugar a un incremento del riesgo o del resultado lesivo, por lo que es un mayor contenido del injusto lo que justifica la aplicación de la pena cualificada.

Teniendo esto en cuenta, el tipo agravado por mediar ensañamiento del art. 148.2^o CP constituye, si bien poseyendo carácter meramente facultativo y una menor virtualidad agravatoria¹¹³, el correlato del art. 139.3 CP, que transforma al homicidio en asesinato.

Siguiendo con DÍEZ RIPOLLÉS, opina que se trata de una figura que incrementa el injusto específico del tipo básico por la vía de aportar a éste un mayor desvalor del resultado, con su correspondiente desvalor de la acción. Ello se produce porque el autor escoge unos medios comisivos que además de dar lugar al menoscabo a la salud e integridad personales propio del tipo básico, originan unos dolores especialmente intensos en la víctima, lo que se expresa a través del adverbio «inhumanamente».

La expresión debe entenderse a la luz de nuestra CE y los textos internacionales de los que trae origen, por lo que deberá ir más allá de lo que se considera tratos degradante, es decir, aquellos que implican un sufrimiento predominantemente psíquico directamente ligado a la humillación o envilecimiento que se está padeciendo.

Por el contrario, la inhumanidad pondrá en primer plano la intensidad del dolor físico o psíquico padecido, y por consiguiente la crueldad del comportamiento.

DÍEZ RIPOLLÉS reconoce, no obstante, que no resulta de todos modos fácil determinar nítidamente la diferencia entre tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes a partir de la jurisprudencia internacional o CE.

TAMARIT SUMALLA¹¹⁴ señala que, en la interpretación del concepto ensañamiento del citado art. 22.5^a CP, la jurisprudencia ha concedido a esta agravante un contenido preferentemente subjetivo, ciertamente propiciado por la propia definición legal de la misma, pero puede suscitar ciertas objeciones.

¹¹³ DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 80.

¹¹⁴ TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al Código Penal Español, 2011, 932.

En STS¹¹⁵ de mayo de 1990, se había aplicado la agravante de ensañamiento en un supuesto de lesiones en el que los autores dieron una paliza a la víctima y «durante un largo tiempo renovaron los malos tratos, simulando un ahorcamiento, empleando un mechero para quemarle la cejas, pelos y pestañas, abandonándole luego semidesnudo». En esta resolución se reproducen los elementos que conforman el ensañamiento: a) la causación de sufrimientos adicionales (idea de «lujo de males») o aumento del dolor de la víctima con daños «innecesarios» para la ejecución de la lesión; b) el carácter deliberado e inhumano de la acción, que la jurisprudencia subjetiviza (en consonancia con la idea de «saña») hasta la exigencia de un «especial deleite de los autores en el dolor» como móvil prevalente ante otros posibles, como el de la venganza. Tal exigencia parece exagerada. El art. 22.5ª CP no introduce ningún componente subjetivo más allá de la exigencia del dolo directo respecto a la causación del dolor adicional. La idea de actuar inhumano, próxima a la de trato degradante, aunque supone un plus respecto a la misma, debe ser entendida en sentido objetivo, como referencia a la forma de proceder del sujeto.

El ensañamiento resulta compatible con el resto de los supuestos cualificados del art. 148 CP, por lo cual, al tratarse de un tipo mixto alternativo, la concurrencia con uno de ellos podría llevar a su aplicación como circunstancia agravante genérica, aunque este supuesto es contemplado como una hipótesis difícil.

Cuando el artículo hace referencia al término «deliberadamente», según DÍEZ RIPOLLÉS¹¹⁶, supone una referencia a la necesidad de que concurra el dolo, en cualquiera de sus modalidades.

La exigencia típica de que se haya producido un aumento del dolor implica que éste era necesario, en la medida en que el autor estaba, cuando menos, en condiciones de modificar su plan de ejecución de un modo que, sin dejar de obtener el menoscabo pretendido, hubiera evitado sufrimientos tan intensos en la víctima.

En cuanto a la alevosía ha de señalarse que es la 1ª agravante genérica del art. 22 CP, y dice que existe cuando el autor comete el hecho «*empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera de la defensa por parte del ofendido*». Así, se

¹¹⁵ STS de 15 de mayo de 1990. RJ 1990\3927.

¹¹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 81.

aprecia alevosía en las agresiones a traición o no percibidas por la víctima, en los ataques imprevistos o repentinos, o en la creación o aprovechamiento de situaciones de indefensión. El fundamento de la agravante se encontraría en la mayor peligrosidad objetiva de los ataques. Este subtipo es de aplicación siempre y cuando las lesiones producidas no sean constitutivas de un delito más grave (arts. 149 y 150 CP), y en cuyo caso se castigaría por la figura correspondiente más la agravante genérica¹¹⁷.

C. Víctima menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Por lo que respecta a este tipo de víctimas, TAMARIT SUMALLA¹¹⁸ considera que esta agravación constituye la principal novedad del art. 148 CP planteándose serias dudas sobre la oportunidad de la misma, algunas de las cuales ya afloraron en el debate parlamentario del Proyecto de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Con carácter general se plantea el interrogante de si no hubiese bastado con las agravantes genéricas de alevosía (aplicada por la jurisprudencia con la oposición de un sector de la doctrina) o abuso de superioridad (más discutible resulta la consideración de la edad del sujeto pasivo como elemento demostrativo de la brutalidad de la acción a los efectos del art. 421.1 del anterior CP, según hacía la STS¹¹⁹ de noviembre de 1992.

Según este autor, también sorprende la fijación del límite de los doce años, cuando en otros delitos una disposición de este carácter alcanza a toda la minoría de edad, tendencia que se impone en numerosas normas internacionales y de la Unión Europea que definen el niño como todo menor de 18 años.

Asimismo continúa diciendo que resulta chocante la asimetría que supone la no contemplación de tal agravación en el homicidio o la limitación de la misma a las lesiones del art. 147 en vez de haber optado por una cláusula de alcance más general sobre todos los delitos de lesiones. Con todo, no puede negarse la justificación de la mayor desvaloración recibida por las agresiones contra menores e incapaces, no sólo por su mayor indefensión, sino también por las consecuencias psíquicas sobre los

¹¹⁷ FELIP SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Tema 3. Las lesiones, Lecciones de DP PE, 36 y 74.

¹¹⁸ TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al Código Penal Español, 2011, 932.

¹¹⁹ STS núm. 2576/1992 de 25 de noviembre. RJ 1992\9517.

mismos. En caso de ser los padres los autores de las lesiones, deben tenerse en cuenta además los efectos agravatorios del art. 23 CP.

El fundamento de esta agravación del art. 148.3º CP radica, según la opinión mayoritaria¹²⁰, en la situación de indefensión de esta clase de víctimas y el abuso de superioridad por parte del autor. Por tanto, la concurrencia de la indefensión deberá ser constatada en cada supuesto. En todo caso, con la introducción posterior de la alevosía en el art. 148.2º CP por LO 1/2004, de 28 de diciembre, tal como es interpretada por la jurisprudencia en el caso de las personas desvalidas, apenas queda espacio propio para esta agravante. Por ello, algún sector de la doctrina mantiene la razón de ser de la misma es las consecuencias psíquicas más graves que una agresión física puede acarrear a esta clase de sujetos. Este argumento ha sido utilizado para excluir la aplicación del art. 148.3º CP a un caso de lesiones por dolo eventual a un bebé, dada su «falta de capacidad receptiva que acarree consecuencias psíquicas»¹²¹. En contra, sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria (cfr., por ejemplo STS de 30 de mayo de 2001)¹²².

Obviamente tanto la edad como las circunstancias de indefensión deben ser conocidas por el autor o, de lo contrario, sólo podrá castigarse por el tipo básico de lesiones. En consecuencia, el error, tanto vencible como invencible¹²³, sobre el elemento típico resulta en todo caso relevante e impide la aplicación del tipo, debiendo mantener la tipificación por el art. 147 CP, en virtud de lo prescrito en el art 14.2 CP.

En cuanto a la persona con discapacidad necesitado de especial protección, nos encontramos ante un concepto normativo, definido con carácter general, de acuerdo con un criterio material, en el art. 25 CP « [...] *persona con discapacidad necesitada de especial protección a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma*».

¹²⁰ FELIP SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Tema 3. Las lesiones, Lecciones de DP PE, 75.

¹²¹ SAP-Pontevedra núm. 27/2002 de 5 de marzo. RJ 2002\373.

¹²² STS núm. 979/2001 de 30 de mayo. RJ 2001\6359.

¹²³ TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al Código Penal Español, 2011, 933; DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 83.

D. Supuestos vinculados a la violencia doméstica

En paralelismo¹²⁴ con las previsiones de los arts. 153 y 173.2 CP, si la víctima es o ha sido **esposa o mujer** que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o es una **persona especialmente vulnerable** que convive con el autor, se agravará también la pena. Esto se encuentra dispuesto en los arts. 148.4º y 5º CP.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha introducido una serie de nuevos tipos delictivos, entre los que merece destacarse la creación de dos nuevos supuestos cualificados de lesiones en el art. 148 CP, los apartados 4º y 5º, la elevación a categoría de delito de las amenazas y de las coacciones leves mediante los nuevos apartados 4, 5 y 6 del art. 171 CP, y el número 2 del art. 172 CP, y el desdoblamiento del art. 153 CP, partiendo de la versión «*mutada*» de 2003, en dos modalidades distintas, con desigual penalidad, en función de los sujetos¹²⁵.

El elemento común a la modificación de los tres artículos anteriores, es el incremento punitivo, más o menos acusado según cuál de ellos se considere. Otro elemento común es el hecho de ser la ofendida esposa o mujer ligada con el sujeto activo por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Ello se corresponde con el concepto en torno al cual se estructura la Ley, el de *violencia de género*, destacando en el enunciado y en el encabezamiento de la Exposición de motivos, sin que deban pasar desapercibidas las referencias al mismo contenidas en la versión reformada de los arts. 83, 84 y 88 CP de la LO 1/2004. Tal elemento se ve complementado por otro, la referencia a «*víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor*», que **no** figuraba en el Proyecto de Ley de la LO 1/2004, y fue introducido durante la tramitación parlamentaria a partir de la presión ejercida por grupos de defensa de la infancia, y que resulta ajeno a la aludida construcción conceptual inspiradora de la norma.

La redacción en la LO 1/2004 de los arts. 148.4º, 153.1, 171.4 y 172.2 CP indica de modo inequívoco la exigencia, en los correspondientes nuevos tipos delictivos, de tres notas:

¹²⁴ FELIP SABORIT, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Tema 3. Las lesiones, Lecciones de DP PE, 75.

¹²⁵ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al Código Penal Español, 2011, 933.

- a) Que la víctima sea mujer.
- b) Que el sujeto activo sea un hombre.
- c) La existencia de una relación conyugal o de análoga afectividad pasada o presente, aun sin convivencia (lo cual incluye las relaciones de noviazgo, en la línea ya apuntada en la reforma de 2003).

En la LO 1/2015 también se han modificado los arts. 153.1, 171 y 172. CP en lo relativo a la violencia de género. La modificación del art.153.1 CP ha consistido en sustituir «...una lesión no definidos como delito en este Código...» por «... una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147...» para la adaptación de la supresión del Libro de las Faltas. Además, también se sustituye la referencia a «incapaz», por la de «persona con discapacidad necesitada de especial protección». En cuanto al art. 171 CP, se añade un nuevo apartado «7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior.»

Por lo que se refiere al art. 172 CP, se añade un nuevo apartado «3. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el

apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior.»

Todo lo anteriormente expresado concuerda con la construcción ideológica en torno a la que se vertebra la Ley de *Violencia de Género*¹²⁶. El concepto se definió en la IV Conferencia Mundial de Mujeres celebrada en Beijing en 1995 como «*cualquier acto de violencia basada en el género que tiene como resultado o es probable que tenga como resultado unos daños o sufrimientos físicos, psíquicos o psicológicos para las mujeres, incluyendo las amenazas de los referidos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto pública como privada.*»

La construcción conceptual, elaborada en el ámbito lingüístico inglés por impulso de las orientaciones sociológicas y jurídicas feministas (así, *feminist jurisprudence*), parte de la voluntad de distinguir entre *sex* y *Gender*; así como el sexo es una característica biológica, perteneciente al mundo del «ser», el género es una característica cultural, relativa al mundo del «debe ser». El derecho, también el penal, es concebido como tecnología de género, como proceso de producción de subjetividades, y se reclama, desde estos sectores, un uso «alternativo» del mismo, para que no sólo sea, como es de modo predominante, un instrumento patriarcal, un Derecho de género masculino, sino que asuma una posición militante en la superación de los valores androcéntricos¹²⁷.

Para explicar, y en algunos casos justificar, la cualificación penal de ciertas conductas atendiendo al sexo de la víctima y del autor, algunos han recurrido a la idea de discriminación positiva, que goza de arraigo y respaldo doctrinal y jurisprudencial en el ámbito internacional. Cabe recordar, en este sentido las *affirmative action* como uno de los instrumentos del Derecho antidiscriminatorio. En este caso, nos encontramos ante algo distinto a la discriminación positiva, concepto que se compadece poco con los fines y mecanismos propios del Derecho penal.

La creación de tipos cualificados en Derecho penal tiene su razón de ser a menudo en la existencia de situaciones de vulnerabilidad. Una buena política legislativa debe

¹²⁶ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al Código Penal Español, 2011, 934.

¹²⁷ GARCÍA ALBERO, en: La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española, Cuadernos de Derecho Judicial, 2004, 451 ss.

estar atenta a los colectivos vulnerables que reclaman especial atención y adoptar la técnica adecuada para dar respuesta a las correspondientes necesidades de protección.

El tipo no dice expresamente quién puede ser el *sujeto activo*¹²⁸; ahora bien, basta con atender a lo dispuesto en el art. 1 LOPIVG para concluir que sólo puede serlo un hombre.

2. Lesiones agravadas por el resultado.

Este tipo de supuestos se contemplan cuando se trata de un resultado que reviste una especial gravedad. Ello, como es obvio, requiere que la imposición de penas más duras que las vistas con anterioridad.

Estas conductas se encuentran recogidas en los arts. 149 y 150 CP, y requieren que el resultado sea imputable objetivamente a la conducta lesiva, y que además queden abarcadas, por lo menos, el dolo eventual.

A. Supuestos del Art. 149 CP.

El artículo que se encarga de tipificar este tipo de supuestos de especial gravedad es el art. 149 CP 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 persona con discapacidad necesitada de especial protección, 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 persona con discapacidad necesitada de especial protección.»

La redacción de este artículo sólo ha cambiado con la última reforma del CP en cuanto a la sustitución del término *«incapaz»*, por el de *«persona con discapacidad necesitada de especial protección»*. Salvo lo anterior, el resto de su redacción se dio por el número seis del artículo primero de la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de

¹²⁸ ACALE SÁNCHEZ, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), Lecciones y materiales para el estudio del DP. Tomo III. DP. PE. Vol. 1, 2011, 63.

medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros que entró en vigor el día 1 de octubre de 2003.

TAMARIT SUMALLA¹²⁹ señala que los supuestos de lesiones contemplados en este artículo, tienen una característica en común con los del art. 150 CP, si bien en este caso la gravedad de las lesiones es de menor entidad, en la regulación de ambos artículos se contempla la imposibilidad de curación con el consecuente mantenimiento de secuelas físicas, aunque quepa la posibilidad de una posible intervención reparadora extraordinaria.

A este respecto, en el caso de que se pudiera recuperar el órgano por medio de un trasplante y se recuperase la funcionalidad, seguiríamos hablando del tipo cualificado de lesiones, no obstante, si se trata de reimplantar el órgano mutilado, no se podría aplicar este tipo cualificado, al menos como delito consumado.

La nota más característica de este artículo es la elevada pena que lleva aparejada, acorde esta con la gravedad de las lesiones. La pena es de prisión de seis a doce años, lo que puede suponer que, en los casos más graves, estas conductas pueden llevar aparejada una pena superior a la del homicidio.

En cuanto a la acción típica es una de medios indeterminados, según DÍEZ RIPOLLÉS¹³⁰ de contornos parecidos a la incluida en el tipo básico del art. 147.1 CP. La nota característica del artículo en cuanto a la acción es la utilización del término genérico «*causare*». Este autor afirma que nada obsta en principio a la apreciación de comportamientos en comisión por omisión.

En otro orden de cosas, en cuanto al resultado material hay que decir que el denominador común en todas las figuras de lesiones es el menoscabo de la integridad corporal o salud física o mental, con la exigencia de que para su sanidad se requiera objetivamente, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

¹²⁹ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al Código Penal Español, 2011, 937.

¹³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, Los delitos de lesiones, 1997, 86.

En el caso del art. 149 CP el menoscabo producido será sobre miembros u órganos principales, que son partes del cuerpo (internas o externas) que desarrollan una actividad propia por tener una autonomía funcional¹³¹, órganos como el ojo¹³², riñón, mano, estómago, pene, etc.

En cualquiera de los casos, para que se trate de una lesión de especial gravedad digna del castigo previsto en este artículo, se exige que se dé una merma sustancial del órgano en cuestión desde un punto de vista objetivo.

Así, la principalidad de un miembro u órgano ha de entenderse subjetivamente, ya que no es lo mismo la amputación de un dedo meñique de un jubilado, que la de un pianista.

En este tipo de lesiones la casuística es extremadamente amplia, y en función del caso concreto se aplicará uno u otro artículo. Así, en cuanto a los testículos el TS¹³³ ha señalado que sólo se podría incluir en este precepto (art. 149 CP) si se trata de la pérdida o inutilidad de los dos, ya que es la única manera de que afecte a la función endocrina y exocrina que desempeñan. En el caso de que solo sea un testículo, y se sigan desarrollando con normalidad estas funciones, habrá que entender el hecho incluido entre los supuestos del art. 150 CP.

Siguiendo la literalidad del art. 149 CP, en cuanto a la privación de un sentido, no sólo debe centrarse en la vista o en el oído. MARTÍNEZ RUIZ¹³⁴ pone de manifiesto que el término «*sentido*» es tan amplio como el conjunto de todos ellos, así, hay que tener en cuenta también el gusto, el tacto y el olfato. Además, reconoce la dificultad de que en la práctica puedan llegar a perderse estos sentidos de forma aislada o autónoma respecto del miembro en que se localizan estos sentidos.

En cuanto a la impotencia se trataría de cualquier menoscabo que afecte a la capacidad del sujeto para realizar el acto sexual.

Asimismo, la esterilidad afectaría a la falta de capacidad para reproducirse, sin la amputación de los órganos genitales.

¹³¹ FELIP SABORIT, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Lecciones de DP PE, 2010, 76.

¹³² STS núm. 481/2002 de 15 de marzo. RJ 2002\4603.

¹³³ STS núm. 1856/2000 de 29 de noviembre. RJ 2000\10157.

¹³⁴ MARTÍNEZ RUIZ, Los delitos de lesiones, 2002, 94.

Para la valoración de la gravedad de la «*deformidad*», y ya que se trata de un concepto valorativo – estético es dependiente de las condiciones concretas del sujeto pasivo: edad, sexo, profesión, etc.¹³⁵ Existe jurisprudencia del TS¹³⁶, donde se golpea a la víctima con el puño cerrado y lleno de anillos en la cara. Como consecuencia del puñetazo, la víctima pierde dos piezas dentarias. Pues bien, en la STS, en su Fundamento de Derecho Tercero dice que « *Conforme a la doctrina tradicional de esta sala el concepto de deformidad al que se refieren los arts. 149 CP (deformidad grave) y 150 (deformidad sin adjetivos) viene configurado por los siguientes elementos:*

1º. Irregularidad física, es decir, anomalía en el cuerpo del lesionado.

2º. Permanente, esto es, que continúe después de la curación de las lesiones correspondientes y sin perspectiva de que pudiera desaparecer. No es obstáculo para la concurrencia de este elemento el que haya sido eliminada la deformidad por medio de intervención quirúrgica o que pudiera serlo con la que en el futuro pudiera realizarse.

3º. Visible en el sentido de que pueda detectarse a simple vista, aunque se encuentre en un lugar habitualmente cubierto por la vestimenta del sujeto.

4º. Tal irregularidad física, permanente y visible ha de tener una cierta entidad cuantitativa, de modo que produzca una desfiguración o fealdad, para lo cual ordinariamente habrá de considerarse el lugar del cuerpo en el que se encuentra.»

Por tanto, y vistos estos requisitos, podemos definir deformidad como toda irregularidad física, visible y permanente que afea o desfigura. En esta sentencia también se alude a que es irrelevante la edad, el sexo y la profesión de la víctima a los efectos de su inclusión en estos artículos 149 o 150 CP.

La grave enfermedad somática o psíquica es el último de los resultados que el art. 149 CP recoge. MARTÍNEZ RUIZ¹³⁷ considera que esta inclusión es una reiteración e un intento de abarcar las lesiones psíquicas además de las corporales.

¹³⁵ GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), DP español. PE, 1996, 155.

¹³⁶ STS núm. 1617/2003 de 2 de diciembre. RJ 2003\9397.

¹³⁷ MARTÍNEZ RUIZ, Los delitos de lesiones, 2002, 97.

La valoración de la gravedad en este tipo de supuestos es una tarea sumamente complicada, y de hecho es uno de los aspectos más discutibles¹³⁸. Según este autor, debe partirse de una contemplación global del contenido material del precepto, y con ello llegar a afirmar cuál es la gravedad en los casos en los que haya permanencia e incurabilidad, que es común al resto de las lesiones comprendidas en el tipo. A este respecto hay jurisprudencia que afirma que para calibrar la gravedad de la enfermedad somática o psíquica es posible sumar las distintas secuelas producidas¹³⁹.

Por su parte, el art. 149.2 CP alude de forma expresa a la mutilación genital. La inclusión de este precepto se produjo con la modificación del código penal dada por LO 11/2003, cuya Exposición de motivos se refiere a la misma, pero se refiere de forma concreta a la mutilación sexual de niñas y mujeres. A tal efecto, y desde el punto de vista procesal también se produjo la modificación de la LOPJ por LO 3/2005, de 8 de julio a fin de perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

Para ello se modificó el art. 23 de la citada Ley, incluyéndose la mutilación genital dentro de los delitos que dan lugar al principio de justicia universal.

Sin embargo, la LOPJ es más restrictiva que el CP, pues sólo prevé que el sujeto pasivo sea una niña o una mujer, y se ha obviado la mutilación masculina. Esta última será castigada por el art. 149.1 CP con idéntica pena de prisión, pero sin la imposición como pena principal la de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en atención al mejor interés del menor, aunque podrá ser impuesta como pena accesoria. Esta es la postura mantenida por ACALE SÁNCHEZ¹⁴⁰. Sin embargo, otra postura es la de GONZÁLEZ RUS¹⁴¹, que dice que en principio el precepto aparecía destinado específicamente a castigar los supuestos de ablación del clítoris, prácticas llevadas a cabo por etnias o grupo culturales inmigrantes principalmente de países africanos. Este autor mantiene que el contenido es más amplio, permitiendo incluir la castración, tanto de varón como de mujer.

¹³⁸ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al Código Penal Español, 2011, 940.

¹³⁹ STS núm. 1299/2005 de 7 noviembre. RJ 2006\237.

¹⁴⁰ ACALE SÁNCHEZ, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Lección 3. Las lesiones, 2011, 68.

¹⁴¹ GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), DP español. PE, 1996, 156.

B. Supuestos del Art. 150 CP.

Esta cuestión se encuentra regulada en el art. 150 CP «*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.*»

El estudio de este artículo es muy similar al anterior, dado que la estructura es la misma, así, por lo que al examen detallado se refiere nos remitimos a lo anteriormente expuesto.

MARTÍNEZ RUIZ¹⁴² considera que este precepto tiene carácter subsidiario, e incluso llega a calificarlo de contraproducente y «*pseudo tipo agravado*». Justifica esta afirmación en el hecho de que se introduce una nueva estratificación penológica que dificulta en exceso la aplicación por parte de Jueces y Tribunales decisiones fundadas en la proporcionalidad y la seguridad.

A su vez, existe una gran dificultad en delimitar los tipos existentes en este delito, ya sea el tipo básico (art. 147 CP), el agravado (art. 149 CP) o el del artículo que nos ocupa.

En cuanto a la consideración del miembro como no principal, la jurisprudencia viene considerando que es el que, gozando en principio de las mismas condiciones que el órgano principal, le falte la función autónoma por hallarse al servicio de otros miembros u órganos principales¹⁴³.

Siguiendo el tenor literal del art. 150 CP, habla de «*...deformidad...*», en este caso, y a diferencia del art. 149.1 CP, se omite «*grave*». Uno de los factores que se toman en cuenta a la hora de determinar la gravedad es la permanencia de las lesiones¹⁴⁴.

Asimismo, la jurisprudencia exige que el Tribunal lleve a efecto un juicio de valor sobre la deformidad¹⁴⁵, ello se hace para determinar si la deformidad reviste una determinada entidad o relevancia. Sin embargo, TAMARIT SUMALLA al respecto

¹⁴² MARTÍNEZ RUIZ, Los delitos de lesiones, 2002, 98.

¹⁴³ SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, en: SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Curso de DP. PE, 2012, 58.

¹⁴⁴ TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al Código Penal Español, 2011, 940.

¹⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Lección 3. Las lesiones, 2011, 67.

dice que no basta con observar la permanencia y la visibilidad de la lesión, sino que habrá que atender también a la naturaleza y parte del cuerpo afectada.

Como ejemplos de lesiones del art. 150 CP tenemos, entre otras, las cicatrices permanentes (incluidas dentro de la deformidad). Una de las condiciones que se deben valorar son la desfiguración y fealdad, junto con las circunstancias personales de la víctima, y la deformidad debe ser reclamada como tal. Así, existe jurisprudencia¹⁴⁶ que determina que, si la propia víctima no considera la cicatriz como generadora de fealdad, por no manifestarse en tal extremo, no le es de aplicación el art.150 CP.

Otras lesiones que podrían entrar en la calificación de este artículo, es la pérdida de piezas dentarias. En concreto, respecto de los incisivos existe un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de fecha 19 de abril de 2002 que establece que « *La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art.150 CP. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso, dicho resultado comportará valoración como delito, ...* ».

Más ejemplos de lesiones incluidas en el art. 150 CP serían fractura de nariz con moderado perjuicio estético, amputación parcial de un dedo, o inutilidad para la flexión, extirpación del bazo, pérdida de vesícula biliar, etc.

¹⁴⁶ STS núm. 759/2013 de 14 octubre. RJ 2013\6946.

VII. Actos preparatorios punibles (Art. 151 CP).

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

MARTÍNEZ RUIZ¹⁴⁷ mantiene que tienen plenitud de razón quienes consideran que en un Estado social y democrático de Derecho, tal y como se proclama en el art. 1 de nuestro Texto Fundamental, en el que la libertad constituye o, mejor aún, debiera constituir siempre un «*valor superior*», no resulta de recibo la conminación con la pena de conductas «carentes por sí mismas de lesividad».

Siendo así, y teniendo en cuenta lo anterior, se debe efectuar, con carácter general, una valoración positiva respecto a la inclusión en los arts. 17.3º y 18.2 CP de un sistema «*numerus clausus*» respecto a la punición de los actos preparatorios. Esta inclusión se ha producido por parte del legislador en el art. 151 CP en el cual se prevé de forma expresa el castigo de la provocación, la conspiración y la proposición para la comisión de cualquiera de los delitos de lesiones.

Dejando de un lado la perspectiva general, y atendiendo al caso particular que representa el art. 151 CP, hay que decir que llama la atención el hecho de la falta de pronunciamiento judicial para estos supuestos, lo que justifica lo acertado de las dudas puestas de manifiesto por parte de la doctrina. Así, OLMEDO CARDENETE¹⁴⁸, respecto a la adecuación de la punición de los actos preparatorios en este tipo de infracciones penales, dice que conduce nuevamente a preguntarnos hasta qué punto la previsión legislativa se encuentra en sintonía con el principio de lesividad.

MARTÍNEZ RUIZ¹⁴⁹ pone de manifiesto que la causa de las dudas estriba en el cierto e indubitado de que la *rebaja en uno o dos grados a la señalada para el delito correspondiente* a la que obliga este precepto, nos conducirá en la mayor parte de los supuestos a una pena aplicable tan ínfima que dejaría en entredicho la propia razón de ser de la instauración de un sistema cerrado de punición de los actos preparatorios, eso es, del castigo de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir «sólo en los hechos delictivos más graves» y, sobre todo respecto de bienes jurídicos que por

¹⁴⁷ MARTÍNEZ RUIZ, Los delitos de lesiones, 2002, 31.

¹⁴⁸ OLMEDO CARDENETE, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al Código Penal. Tomo I, Artículo 17, 1999, 867.

¹⁴⁹ MARTÍNEZ RUIZ, Los delitos de lesiones, 2002, 32.

sus especiales características, puedan resultar amenazados ya en la fase preparatoria, por concurrir una suerte de pronóstico de que con ulterioridad acaecerá la ejecución del hecho delictivo.

También es necesario subrayar que la delimitación de las tres modalidades de los actos preparatorios contemplados en el art. 151 CP ha de efectuarse en función de la interpretación auténtica verificada en los citados artículos 17 y 18 CP.

OLMEDO CARDENETE¹⁵⁰ dice que siguiendo un orden de mayor a menor proximidad a la lesión del bien jurídico protegido, nos situaremos en el ámbito de la proposición para delinquir, *cuando el que ha resultado cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo*, siendo presupuesto básico de esta primera modalidad, el dato de que «el destinatario de la propuesta **no** la acepte».

También señala¹⁵¹ que es en el art. 18 CP en el que el legislador aborda la regulación del tipo injusto propio de la provocación, indicando que esta ocurre *«cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito»*.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 17.1 CP, estaremos en presencia de la conspiración *«cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo»*.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN¹⁵² establecen que la nota diferencial de esta especie de coautoría –mediata o inmediata– anticipada respecto de la proposición estriba en que en este caso, la invitación efectuada por el proponente ha sido aceptada por el requerido, de ahí que, sin duda, pueda reputarse como una «progresión en la proposición delictiva».

Existen dos aspectos a tener en cuenta al respecto de esta última modalidad de acto preparatorio punible, por un lado la primera parte del art. 18 CP, que el mensaje provocador relativo a un hecho típico y antijurídico sea verificado por medio de la

¹⁵⁰ OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al Código Penal. Tomo I, Artículo 17, 1999, 873.

¹⁵¹ OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al Código Penal. Tomo I, Artículo 17, 1999, 895.

¹⁵² COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, DP PG, 1996, 651.

imprensa, la radiodifusión o cualquier otro medio que facilite la publicidad¹⁵³; por otro lado, que el desistimiento del mensaje no sea individualizable o determinable¹⁵⁴ por la concurrencia de personas.

Además de lo anterior, habrá que tener en cuenta lo dispuesto al final del apartado segundo del art. 18 CP, que dispone que «*si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción*». A esta cuestión, autores como GÓMEZ RIVERO¹⁵⁵ concluyen que «no tiene un valor declaratorio, sino que constituye sino que constituye una regla de determinación de la pena que, de otro modo, no se hubiera podido aplicar». Ello explica, que mientras la inducción privada no seguida de ejecución resulta impune en el marco de nuestro Ordenamiento punitivo, la provocación pública que ahora se analiza, aunque no sea seguida de la realización del delito, si resulta punible por la vía precisamente del art. 18 CP.

¹⁵³ GÓMEZ RIVERO, Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación, 1996, 1625.

¹⁵⁴ BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE en COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al CP. Tomo I, 1999, 899.

¹⁵⁵ GÓMEZ RIVERO, Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación, 1996, 1625.

VIII. Lesiones imprudentes (Art. 152 CP).

1. Consideraciones previas.

Para empezar a hablar de este tipo de lesiones, y siguiendo la sistemática de nuestro CP, es necesario en primer lugar, hacer referencia al art.12 CP. En él se dispone que *«Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.»*.

En esta línea, el art. 152 CP es el artículo encargado de tipificar expresamente las distintas modalidades de comisión imprudente de las lesiones. Este artículo ha sido uno de los modificados por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Mediante esta reforma, y dada la supresión del *«Libro III. Las faltas y sus penas»*, parte del antiguo art. 621 CP ha desaparecido, y otra parte de este artículo ha sido reubicada en el vigente art. 152 CP como delitos de menor gravedad.

A lo largo del presente capítulo se irá analizando, además del contenido del art. 152 CP, las modificaciones que sobre él han tenido lugar.

Así, el art. 152 CP dispone que *« 1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:*

1. ° Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.

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

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

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a cuatro años.

Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.

2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 será castigado con una pena de multa de tres meses a doce meses.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres meses a un año.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.»

Siguiendo la estructura del citado artículo, podemos observar que existen dos grupos diferenciados en cuanto a la causación de lesiones. El primero el art. 152.1 CP que recoge las lesiones producidas como consecuencia de una **imprudencia grave**, y el segundo el recogido en el art. 152.2 CP donde se contemplan las lesiones producidas por una **imprudencia menos grave**.

A su vez, dentro de las imprudencias graves podemos hacer otra distinción, que ya se daba en la anterior regulación. Por un lado tenemos la punición expresa de las lesiones cometidas, graduando la pena de acuerdo con el resultado producido, recogido en los puntos primero, segundo y tercero; y por otro, las disposiciones relativas a la imposición de penas, que se impondrán atendiendo al medio utilizado en la comisión del hecho delictivo, párrafos segundo y tercero y/o a que el resultado se haya originado como consecuencia de una imprudencia profesional¹⁵⁶.

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ PANTOJA, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al Código Penal, 1999, 426.

2. La imprudencia grave.

Este tipo de imprudencia se encuentra tipificada en el art. 152.1 CP. La imprudencia en las lesiones, al igual que en el resto de delitos, se configura como el límite mínimo para la imputación de resultado delictivo¹⁵⁷. Esta forma de imputación necesita la concurrencia de una serie de elementos que se deben apreciar en una conducta concreta para su posterior calificación como hecho imprudente, ello es la realización de una acción sin la diligencia debida, y la imputación objetiva del resultado en conexión causal con la acción imprudente realizada. Además la doctrina mayoritaria añade a la diligencia debida la previsibilidad, objetiva y subjetiva¹⁵⁸.

Actualmente existen actividades que entrañan un riesgo como por ejemplo el tráfico de vehículos, aéreo, competiciones, y también la práctica de ciertas profesiones, como el ejercicio de la medicina, son los llamados riesgos permitidos en la medida que son aceptados y tolerados por la sociedad, ya que son útiles para el desarrollo de la misma. Este es un aspecto característico de las lesiones culposas, que no se pone de manifiesto en las lesiones dolosas, ya que estas se producen en el desarrollo de actividades que están prohibidas.

Las lesiones culposas, siguiendo a TAMARIT SUMALLA¹⁵⁹, deben reunir las características propias de toda infracción imprudente, es decir, la parte objetiva del tipo (la infracción de la norma de cuidado, integrada por un doble deber de prever el peligro y acomodar la conducta a tal previsión), la parte subjetiva (que alcanza a la conducta peligrosa pero no al resultado típico) y la causación de un resultado típico, imputable objetivamente a la conducta peligrosa (desvalor de resultado) sin el cual el hecho permanecerá impune (no caben las formas imperfectas de ejecución).

El delito de lesiones cometido por imprudencia sigue la misma estructura que el resto de los delitos cometidos por imprudencia, como por ejemplo el homicidio. Así, podemos decir que, cuando se da una concurrencia de varios resultados lesivos imputables a una única conducta imprudente, debe calificarse conforme al art. 77.1 CP como un concurso ideal de delitos.

¹⁵⁷ MUÑOZ CONDE, DP. PE, ed. 19ª, 2013, 39.

¹⁵⁸ Cfr., por todos, MUÑOZ CONDE, DP. PE, ed. 19ª, 2013, 39; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al CP español, TOMO I, 2011, 945.

¹⁵⁹ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al CP español, TOMO I, 2011, 944.

Antes de la modificación del CP por LO 1/2015, se distinguía entre lesiones cometidas por imprudencia grave, y las producidas por imprudencia leve, porque en atención a la mayor o menor gravedad de la imprudencia las conductas eran encuadradas en el art. 152 CP o en el art. 621 CP respectivamente. Actualmente, y ante la desaparición del «Libro II. Las Faltas y sus penas», las faltas de lesiones por imprudencia grave, y las faltas de lesiones por imprudencia leve han desaparecido del CP, reconduciéndose a la vía civil tal y como se pone de manifiesto en el Preámbulo de la LO 1/2015. Fue la jurisprudencia la que se encargó de determinar cuáles eran los requisitos de la imprudencia, y la diferencia entre la imprudencia grave y la imprudencia leve, el número de Sentencias del Alto Tribunal es elevado por lo que hablamos de una consolidada jurisprudencia, entre ellas la STS¹⁶⁰ en la que se establecen estos requisitos, que vienen a ser los siguientes:

«1º) existencia de una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa;

2º) un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño;

3º) un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente;

4º) causación de un daño; y

5º) relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido»

Para determinar la gravedad de la imprudencia, es necesario atender a la importancia de los bienes jurídicos que se ponen en peligro con esa conducta llevada a cabo por el sujeto activo, y que va a ser determinante de que se cree la posibilidad de que se produzca el resultado¹⁶¹.

¹⁶⁰ TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 2252/2001 de 29 noviembre. RJ 2002\1787.

¹⁶¹ CASTRO CORREDOIRA/GUINARTE CABADA, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), Comentarios a la reforma del CP, 2015, 494.

Con la última reforma del CP, y a falta de jurisprudencia, es previsible que se utilicen los mismos criterios para diferenciar las lesiones cometidas por imprudencia grave, y las producidas por imprudencia menos grave, aunque esta última es una novedad que **no** se puede equiparar a la anterior imprudencia leve. Este extremo se abordará más adelante con mayor detenimiento.

TAMARIT SUMALLA¹⁶² expone que uno de los aspectos más complejos está en la postura jurisprudencial dominante desde la STS 14 de abril de 1970. En esta sentencia se defiende la «*degradación de la intensidad de la culpa*» en el supuesto de que la víctima haya contribuido por medio de una actuación imprudente. La búsqueda de la justificación del Tribunal Supremo de la conversión de la culpa grave en leve, radica en que el hecho no es ciertamente previsible, o el menor reproche social de esa conducta, e incluso se deja la puerta abierta a una posible exoneración de la responsabilidad del autor¹⁶³.

Como se ha apuntado anteriormente, la casuística en el campo de las lesiones imprudentes es sumamente amplia, tal es así, que lo conveniente para un estudio pormenorizado de esta materia sería necesario dividirla en grupos de casos. En esta línea, y a título de ejemplos de casos en los que se tiende a valorar la gravedad de la imprudencia, tenemos todos aquellos relativos al uso de las armas de fuego¹⁶⁴, ya sea por cazadores, ya sea por parte de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹⁶⁵, o cualquier otro profesional que en el desarrollo del ejercicio de sus funciones porte armas de fuego.

Otro campo en el que la jurisprudencia también es muy prolija, es el ámbito del vial, en lesiones producidas como consecuencia de accidentes de circulación que han sido motivados por conductas imprudentes, como conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas¹⁶⁶.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta, además de la graduación de la imprudencia en grave o menos grave, es el resultado lesivo que se ha producido como

¹⁶² TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al CP español, TOMO I, 2011, 946.

¹⁶³ Vid. TS (Sala de lo Penal), Sentencia de 30 diciembre 1987. RJ 1987\9906/ TS (Sala de lo Penal), Sentencia de 23 julio 1987. RJ 1987\5619.

¹⁶⁴ TS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 598/2013 de 28 junio. RJ 2013\6732.

¹⁶⁵ TS (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 192/1997 de 14 febrero. RJ 1997\1357.

¹⁶⁶ TS (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 1763/2001 de 19 diciembre. RJ 2002\278.

consecuencia de la imprudencia, porque en función de la gravedad de este resultado se determinará la pena correspondiente.

Así, si a través de la imprudencia grave se causan lesiones de las contempladas en el tipo básico del art. 147.1 CP, se impondrá una pena de prisión de tres a seis meses, o una multa de seis a dieciocho meses. Esto último se introdujo con la modificación del CP por LO 1/2015. Si las lesiones son las contempladas en el art. 149 CP, la pena será de prisión de uno a tres años; y se trata de las lesiones previstas en el art. 150 CP, se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años. Esta es la graduación de las penas para la imprudencia grave en función del resultado producido.

En la redacción dada tras la modificación del CP para el caso del art. 152.1 CP, y como novedad, se introducen dos supuestos que se deben dar para la determinación de la pena, en atención a dos circunstancias, la primera deberá ser la valoración del riesgo creado, y la segunda el resultado producido como consecuencia de la imprudencia llevada a cabo.

Estos dos presupuestos han sido incluidos en el precepto como consecuencia de la apreciación de los mismos, para determinar la existencia de imprudencia, que se viene dando por parte de la jurisprudencia¹⁶⁷.

La consecuencia inmediata de la incorporación de estos presupuestos es que se confiere la posibilidad de que operen dos veces, primero en la **valoración de la imprudencia**, y una vez determinada la existencia de la misma en su modalidad de grave, la **determinación de la gravedad de la sanción** para ser incluida dentro de los supuestos de los diversos apartados del número 1.

Antes de la última reforma del CP, el resultado lesivo producido como consecuencia de una imprudencia grave de las lesiones contempladas en el antiguo art. 147.2 CP (subtipo atenuado de las lesiones del art. 147.1 CP), estaba considerado como una falta que se recogía en el art. 621.1 CP. La conclusión que debemos extraer es, que con la nueva redacción esta conducta ha desaparecido, ya que no se hace alusión a ella en ninguna parte del texto punitivo, es decir, ya no está tipificada en el CP. Sin embargo, y a pesar de haber eliminado esto, se ha incorporado en el apartado

¹⁶⁷ CASTRO CORREDOIRA/GUINARTE CABADA, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), Comentarios a la reforma del CP, 2015, 495.

segundo del art. 152 CP la figura de la «*imprudencia menos grave*», que será analizada en el siguiente punto del Trabajo.

3. La imprudencia menos grave. ¿Nos encontramos ante una nueva categoría?

Esta terminología resulta nueva a partir de la modificación del CP por la LO 1/2015, ya que anteriormente no existía. Se alude a ella en el art. 152.2 CP que castiga las lesiones producidas por imprudencia menos grave incluidas en los arts. 149 y 150 CP. Este cambio de terminología llevado cabo por el legislador, va más allá de lo terminológico, ya que, atendiendo a determinados aspectos, no se puede comparar la antigua imprudencia *leve* con la actual imprudencia *menos grave*.

Así, la justificación de esta reforma dada por el legislador se encuentra en el Preámbulo de la citada LO 1/2015, cuando dice que en cuanto a las «[...]lesiones imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de [...] lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito [...] las lesiones graves por imprudencia grave ([...] apartado 1 del artículo 152), así como [...] lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves ([...] apartado 2 del artículo 152 del Código Penal). Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad.»

Esta resulta ser la justificación que se da por parte del legislador de la eliminación del CP, de la punición de las lesiones causadas como consecuencia de una conducta, que se lleva a cabo por *imprudencia grave*, en el caso de lesiones del subtipo atenuado

(art. 147.2 CP), y por *imprudencia leve* con resultado de lesiones de cualquier tipo (arts. 147.1, 149 y 150 CP).

4. Disposiciones relativas a la imposición de penas.

A. Por el medio utilizado en la comisión del hecho.

En cuanto a la imposición de penas, ya se han visto parte de las previstas por el artículo. Nos quedaría hablar de la privación de derechos, en atención al medio utilizado en la comisión del delito, que conllevarían las penas, cuya imposición se prevé obligatoria y acumulada a la pena privativa de libertad correspondiente por el tenor literal «...se impondrá...». Esta disposición pretende actuar sobre el «*medio peligroso*»¹⁶⁸ que ha dado lugar al resultado lesivo.

La privación de derechos se regula en los párrafos segundo y tercero del art. 152.1 CP, para el caso de las imprudencias graves, y en los párrafos segundo y tercero del art. 152.2 CP para el caso de las imprudencias menos graves.

Respecto a esta cuestión, la privación de estos derechos para los casos del art. 152.1 CP, no ha variado con relación a la nueva redacción del artículo, así, para el caso de que los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.

De la misma manera, si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a cuatro años.

En cuanto a la privación de derechos del art. 152.2 CP dentro de las imprudencias menos graves que causen lesiones de los arts. 149 y 150 CP, si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año, y si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres meses a un año.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ PANTOJA, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al Código Penal, 1999, 431.

La diferencia entre la redacción de ambos artículos radica en la gravedad de la imprudencia y se traduce en las consecuencias penológicas. Además, para el caso de la imprudencia menos grave, esta privación es facultativa del Juez, que podrá imponerla, o no, en atención a lo dispuesto en el artículo «*se podrá imponer*».

Estas penas son privativas de derechos en virtud de lo establecido en el art. 39.d) y e) CP, cuyos efectos vienen regulados en el art. 47 CP, que además de lo anterior establece que, *cuando la pena impuesta lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia y porte, respectivamente*. Estas, al igual que el resto de las penas del art. 152 CP, tienen carácter de *menos grave* en virtud de lo dispuesto en el art. 33.3.d) y e) CP.

B. La imprudencia profesional.

Esta variedad de imprudencia se encuentra regulada en el párrafo cuarto del art. 152.1 CP. En él se establece que «*Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.*»

Este párrafo del art. 152.1 CP es otro de los que ha sufrido modificaciones por LO 1/2015, y han sido para rebajar el límite inferior de la pena acumulativa de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo a seis meses frente al año de la anterior regulación.

Resulta importante tener en cuenta la ubicación de este párrafo, ya que se encuentra en el punto primero del artículo que se refiere a las **imprudencias graves**. Esto significa que este tipo de imprudencias sólo van a ser castigadas con pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión oficio o cargo, cuando se den en la modalidad de graves, no castigándose con esta pena las que revistan un carácter de menor gravedad a las que se refiere el punto segundo del artículo.

Como se ha visto anteriormente, este tipo de supuestos sólo pueden ser cometidos por imprudencia grave, que origina un resultado de lesiones que se encuentran previstas en los arts. 147.1, 149 y 150 CP. En relación a esto, FERNÁNDEZ

PANTOJA¹⁶⁹ define la imprudencia profesional como «*una imprudencia grave cometida por un profesional en el ejercicio de su oficio, ciencia o arte debida a una ignorancia, a una falta de habilidad o a una actuación contraria a los que se esperaba y exigía de él (vulneración de la *lex artis*) y que, en nuestro caso, origina la producción de un resultado de lesiones*».

La pena de inhabilitación como tal, se introdujo como una novedad en el Código penal en 1995. Las regulaciones anteriores utilizaban la terminología de «*negligencia e impericia profesional*», que se referían tanto a la realización de una actividad profesional peligrosa sin la preparación técnica que requiere, como la indebida aplicación de los conocimientos que ocasiona un resultado lesivo por una falta de atención o diligencia exigibles al profesional medio.

Este sistema anterior al CP 95, estaba configurado como sistema de agravación de la pena privativa de libertad en los supuestos de imprudencia profesional, que con la entrada en vigor del actual CP supuso la introducción de una pena de inhabilitación. TAMARIT SUMALLA¹⁷⁰ considera esta inclusión supuso un acierto, ya que con la antigua redacción se daban problemas a la hora de distinguir, por parte de la jurisprudencia, la «*culpa profesional*» y la «*culpa del profesional*». Esto se hacía habitualmente para evitar una pena de prisión que, en la mayoría de los casos resultaba desproporcionada y disfuncional desde el punto de vista político – criminal.

Tradicionalmente, y con el fin de evitar que este subtipo agravado se aplicase sistemáticamente a toda imprudencia grave cometida en el desempeño de una profesión, la jurisprudencia ha intentado distinguir la «*culpa del profesional*» de la «*culpa profesional*». Así, cuando en el ejercicio de una profesión se incurre en una infracción del deber de cuidado común que acaba produciendo un resultado lesivo, hablamos de culpa del profesional, por el contrario si el resultado es producto de la falta de conocimientos básicos o de la infracción de las reglas específicas de la actividad, estaremos ante la culpa profesional¹⁷¹, siendo esta la más grave. Esto se ha puesto de manifiesto en diversa jurisprudencia¹⁷², como por ejemplo una sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, que señala que «*Desde 1959, es conocida la*

¹⁶⁹ FERNÁNDEZ PANTOJA, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al Código Penal, 1999, 432.

¹⁷⁰ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al CP español, TOMO I, 2011, 946.

¹⁷¹ FELIP SABORIT, en: SILVA SANCHEZ (Dir.), Lecciones de DP PE, 2010, 73.

¹⁷² AP Ourense, Sentencia núm. 131/1998 de 7 octubre. RJ 1998\3821.

*disposición jurisprudencial entre **culpa profesional**, que es una imprudencia o negligencia cometida por un profesional en el específico ejercicio de su arte, ciencia u oficio, que descansa en un obrar con ausencia del conocimiento o inaplicación de las reglas que rigen la actividad que se realiza, es decir, con vulneración de la «lex artis», y la **culpa del profesional** que descansa en el descuido objetivo común y que no implica que el acusado desconozca o conozca mal o deficientemente su cometido, sino que no actuó como era esperable de su profesionalidad, esto es, omite la diligencia exigible, constitutiva de un descuido por imprudencia, en este caso grave y común cuando desempeñaba su actividad profesional».*

Las profesiones u oficios en las que, como consecuencia de su desempeño se pueden causar resultados lesivos, que vengan dados por una imprudencia profesional de gravedad son variadas, pero el ámbito profesional por excelencia donde surgen con más frecuencia, es en el sanitario. En él, los profesionales han de regirse esencialmente por la denominada «*lex artis*»¹⁷³, es que la pauta de actuación profesional sanitaria que será tomada como referencia a la hora de determinar la responsabilidad civil o en su caso penal de este tipo de profesionales.

Así, a continuación se expondrán algunos ejemplos de cómo se ha recogido en la jurisprudencia la idea de la imprudencia profesional, y la exigencia de la misma.

En STS¹⁷⁴ de octubre de 1997, dice que «...la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por definición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico (los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo mañana), la libertad en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales. La profesión en sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualificativo —no quita ni pone imprudencia, se ha dicho—, pero sí puede influir, y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad. La primera modalidad surge cuando se produjere muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional, equivalente al

¹⁷³ FERNÁNDEZ ENTRALGO, RJCYL, nº 3, 2004, 147.

¹⁷⁴ TS (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 1188/1997 de 3 octubre. RJ 1997\7169.

desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse; esta “imprudencia profesional”, caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un “plus” de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto, de suerte que a su lado conviven las modalidades comunes de imprudencia, la “culpa profesional sin impericia” en las categorías de temeraria y de simple, por el orden de su respectiva gravedad (v. S. de 8 de junio de 1994). Por lo demás —como ha puesto de relieve la S. de 5 de julio de 1989, de esta Sala— “existe ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso y pormenorizado respecto a la llamada imprudencia médica. En este sentido, hay que recordar lo siguiente:

1. Que, por regla general, el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable.

2. Queda también fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.

3. Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones.

Por ello y expresando una vez más la alta consideración que la medicina y la clase médica merecen por la transcendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio imponen, hay que poner de relieve que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la “lex artis” conduzcan a resultados lesivos para las personas”...».

Otro ejemplo lo constituye la STS¹⁷⁵ de febrero de 1997, que se centra en la culpa o negligencia con resultado de muerte o lesiones en el ámbito sanitario, así, pone de manifiesto que «...presenta ciertas peculiaridades con relación a otras actividades dentro de la vida social, como ocurre “ad exemplum” en el campo automovilista, pues

¹⁷⁵ TS (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 205/1997 de 13 febrero. RJ 1997\728.

mientras en éste con tal actuación ya se generan riesgos, la prestación médica y sanitaria se produce ya en situaciones de peligro y de variable gravedad no determinadas por lo general por el quehacer profesional que interviene precisamente para suprimir o aminorar tal peligrosa situación.

Pero, en todo caso, según la más moderna doctrina científico-penal el delito imprudente en la actividad sanitaria exige en la estructura de su tipo: a) La inobservancia de los deberes objetivos de cuidado que impone la concreta actividad. b) La producción de muerte o lesiones. c) Una relación de causa a efecto entre la conducta del agente y el resultado dañoso producido. d) Imputación objetiva del resultado.

Aparece así una diferencia entre las infracciones —dolosas— y las imprudentes, no sólo en el orden a la diferente forma de culpabilidad, sino en que aquéllas admiten una imperfección o deficiencia del resultado querido, al paso que ello resulta inconcebible en los delitos culposos, en los que tan sólo existe infracción punible cuando se ha producido el resultado lesivo o dañoso y en concreto en el ámbito médico-sanitario precisa un resultado de muerte o de lesiones. Se trata en definitiva de homicidios y lesiones imprudentes y no sólo con la promulgación del nuevo Código penal de 1995, que sigue el sistema de los “crimina culposa” junto a las infracciones dolosas correspondientes, sino incluso bajo el sistema del texto derogado del “crimen culpae”, pues no en vano el art. 565 exigía la ejecución de un hecho, que si mediare dolo, constituiría delito y a continuación se refería a la producción de muerte o lesiones y concretaba resultados específicos al referirse en dicho precepto a los arts. 418, 419 o 421.2 del mismo texto penal...».

Para finalizar, y en cuanto a la cuestión penológica, decir que la pena de inhabilitación especial para la profesión, cargo u oficio, conforme a lo establecido en el art. 45 CP, se concretará y expresará motivadamente en la sentencia, y priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena. Asimismo, y teniendo en cuenta la duración de la pena (de 6 meses a 4 años), esta se encuentra comprendida en los grupos de penas menos graves según lo dispuesto en el art. 33.3.b) CP.

5. Especial referencia a las lesiones derivadas de accidentes de circulación.

Como se ha expresado con anterioridad, el vial es uno de los ámbitos donde más lesiones se producen como consecuencia de los accidentes de circulación. En la mayor parte de los casos, estas conductas tendrán la consideración de imprudentes.

En este campo, las modificaciones llevadas a cabo por la LO 1/2015 han sido especialmente significativas, ya que las lesiones cometidas por imprudencia leve se han convertido en atípicas.

CASTRO CORREDOIRA/GUINARTE CABADA¹⁷⁶ ponen de manifiesto que la razón principal que motiva la modificación que expulsa de este precepto, y consiguientemente del ámbito penal las lesiones por imprudencia leve tiene que ver con los accidentes de tráfico y las lesiones producidas en los mismos. Con la regulación penal anterior se establecía un sistema dual de imprudencia en el que la distinción se realizaba entre imprudencia leve e imprudencia grave, pero ambas, si el resultado producido era típico de alguno de los delitos dolosos de lesiones, daban lugar a responsabilidad penal, ya fuera como falta, ya fuera como delito. La reforma expulsa las imprudencias leves del ámbito penal. Ello viene justificado en la enmienda núm. 819 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso¹⁷⁷, de la que deriva la redacción finalmente aprobada.

En la citada enmienda se argumenta que las lesiones por imprudencia leve tienen una aplicación práctica muy limitada: de una parte, porque si la imprudencia es grave (y conlleva un riesgo especialmente relevante), normalmente se producen lesiones más graves; y, sobre todo, porque una imprudencia que causa lesiones leves tiende a valorarse como leve. Se pone de manifiesto que, la anterior regulación producía, en el ámbito de las lesiones como consecuencia de accidentes de tráfico, unos determinados efectos, de un lado la degradación de las imprudencias, que de forma habitual se califican como falta, llegando a aseverar que el atestado se archivaba hasta que la víctima presentaba una denuncia, y en el caso de hacerlo, se valoraban las lesiones pericialmente, convocando a las partes a un juicio de faltas. Por ello, se sancionaban como faltas, conductas que causaban lesiones de extraordinaria gravedad. Y de otro, en sentido contrario, se canalizan a través del juicio de faltas conductas que carecen de

¹⁷⁶ CASTRO CORREDOIRA/GUINARTE CABADA, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), Comentarios a la reforma del CP, 2015, 496.

¹⁷⁷ BOCG, Serie A, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, 2014, 531.

verdadera relevancia penal: pero como el Juez toma conciencia de esa situación en un momento en el que ya tiene oportunidad de resolver sobre el importe de la indemnización que debe pagarse a la víctima, se opta habitualmente por calificar como falta cualquier ligera imprudencia que únicamente da lugar a una levísima pena de multa, y resolver sobre el fondo de la cuestión: la responsabilidad civil.

Visto el esquema de la regulación anterior, continua diciendo la enmienda¹⁷⁸ que, con los problemas que ello conlleva, se propone la descriminalización de las imprudencias leves, donde se persiguen los siguientes objetivos:

- A.** Garantizar la correcta sanción de las imprudencias graves, evitando que una imprudencia de gravedad que causa lesiones gravísimas pueda (como sucede de hecho) ser sancionada con una multa de escasa cuantía. La idea de la reforma es la siguiente: si no existen las «faltas», los jueces encauzarán todos los supuestos de gravedad hacia el procedimiento abreviado, en el que es posible imponer sanciones adecuadas a la gravedad de estos hechos; los supuestos carentes de gravedad (los accidentes) quedarán fuera del Derecho penal.
- B.** También se pretende facilitar que los accidentes de menor gravedad (aquéllos en los que el causante del accidente, en realidad, solamente creó con su conducta un riesgo ligeramente superior al habitual y permitido: se despista al salir de una rotonda cerrando al motorista que circula a su lado; en la salida de un cruce, mientras comprueba que no circula ningún vehículo por la vía a la que quiere incorporarse, no advierte que el coche que circula delante ha frenado, y lo golpea, etc.) queden fuera del Derecho penal.

En esta enmienda también se hace alusión al rechazo, que por parte de los colectivos de víctimas se había expresado, consistente en el temor de que la nueva regulación signifique una descriminalización general de todas las imprudencias: es decir, que los jueces fijen un umbral muy alto para considerar «grave» una imprudencia, y que eso signifique impunidad para conductores responsables de hechos que, a su juicio, sí son de gravedad.

¹⁷⁸ BOCG, Serie A, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, 532.

Para hacer frente a estas objeciones, se sustituye la anterior dicotomía imprudencia grave/leve por la de imprudencia grave/menos grave. De este modo el lenguaje —especialmente en contraste con la regulación antes vigente— evidencia que existe un espacio de conductas leves (los meros despistes que, si bien son responsabilidad de un conductor, no deben permitir calificar al responsable del hecho como un «delincuente»).

Frente a esos supuestos, otros de imprudencia «menos grave», que se limitarían a los casos de causación de lesiones de cierta gravedad (las de los arts. 149 y 150 CP), serían en todo caso constitutivos de un delito.

Algunas de las propuestas formuladas por el Gobierno para excluir del ámbito penal algunas lesiones imprudentes, se tacharon de radicales, y fueron criticadas por parte de la doctrina¹⁷⁹, diciendo que no era conveniente. Para ello se argumentaba que el perjudicado no contaría con un fiscal que sostuviese de oficio una acusación fundamentada. También que la reconducción a la vía civil perjudica notablemente a una víctima, a la que se priva del apoyo fiscal, y de las facilidades probatorias del procedimiento penal, a lo que habría que sumar los perjuicios económicos.

6. Concurso entre delitos contra la seguridad vial y delitos de resultado lesivo.

Con la actual regulación prevista para este caso en el art. 382, cuando se ocasione además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, la pena aplicable será la del delito más grave, aplicándola en su mitad superior.

El concurso entre estos tipos de delitos se encuentra regulado, como se acaba de expresar, en el art. 382 CP como una disposición común a los delitos tipificados en los arts. 379, 380 y 381 CP. Se establece que *«Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado»*.

¹⁷⁹ CASTRO CORREDOIRA/GUINARTE CABADA, en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), Comentarios a la reforma del CP, 2015, 498.

La redacción de este artículo fue dada por el apartado sexto del artículo único de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.

MUÑOZ CONDE¹⁸⁰ considera evidente que este precepto está pensado para casos en que se producen muertes o lesiones por imprudencia, y hace alusión a que en la regulación anterior a la reforma de 2007, existía un precepto similar en el art. 383 por el que se castigaban sólo las infracciones más gravemente penadas.

Con la regulación anterior a la modificación de la LO 15/2007, lo que realmente se contemplaba era un concurso de leyes (art. 8.4ª), sin tener en cuenta que se trata de dos delitos distintos, por un lado, el de peligro común, y por otro, el de resultado lesivo por imprudencia, ambos cometidos en la misma acción.

Sin embargo, la redacción dada por la LO 15/2007, apunta a la solución de un concurso ideal regulado en el art. 77 CP, dado que un solo hecho constituye dos infracciones, en él se disponía lo siguiente « 1. *Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.* 2. *En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.* 3. *Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado*».

MUÑOZ CONDE¹⁸¹ pone de manifiesto que la aplicación de este artículo parece la más lógica, y más concretamente la aplicación del punto tercero del artículo para el caso de que aplicada esta regla del punto segundo, se derive una pena superior a la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penasen por separado las infracciones.

El art. 77 CP ha sufrido una nueva modificación a través de la LO 1/2015, en el caso del punto núm. 1 se trata de una cuestión terminológica, en la que se cambia el término «...infracciones...» por el de «...delitos...». En cuanto al segundo y tercero su redacción ha quedado como sigue: « 2. *En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la*

¹⁸⁰ MUÑOZ CONDE, DP. PE, ed. 19ª, 2013, 701.

¹⁸¹ MUÑOZ CONDE, DP. PE, ed. 19ª, 2013, 702.

que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. 3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.»

Como se explicó antes con relación a la regulación anterior a la LO 15/2007, existe una falta de correspondencia entre las soluciones concursales previstas en el art. 8 CP, y la regulación del art. 382 CP, por lo que el concurso regulado en este último artículo se convierte en *sui generis*, que, en la medida que dé lugar a una penalidad superior a la que resultaría de acumular las penas de cada delito por separado, podría plantear graves objeciones desde el punto de vista de los principios de proporcionalidad y *non bis in ídem*¹⁸².

¹⁸² TRAPERO BARREALES, Los delitos contra la seguridad vial: ¿una reforma de ida y vuelta?, 2011, 511; en la misma línea OBREGÓN GARCÍA, RJUAM, nº 25, 2012, 161.

IX. Participación en riña tumultuaria (Art. 154 CP).

Conforme a lo dispuesto en el art. 154 CP, «*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*».

Esta redacción fue dada por el apartado quincuagésimo cuarto del artículo único de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

1. Bien jurídico protegido.

En atención al tenor literal del art. 154 CP «*...pongan en peligro la vida o integridad de las personas...*», el objeto de tutela es la vida o integridad de las personas, los que se protegerían frente al peligro de lesión que supondría para ellos la situación de riña en la que se utilicen medios o instrumentos objetivamente peligrosos.

JIMENEZ DÍAZ¹⁸³, expone que esta es una tesis, pero hay otras que se pueden observar en el derecho comparado, por ejemplo en la jurisprudencia italiana, o en parte de la doctrina alemana. Esta tesis mantiene el carácter pluriofensivo del delito de participación en riña, defendiendo que junto al bien jurídico ya mencionado también se protege el **orden público**¹⁸⁴. También menciona que en contra de esta postura se encuentra MAPELLI, en referencia a la regulación del art. 154 de la PANCP de 1983, argumentando que si se hubiese querido proteger también el orden público, se habría extendido la responsabilidad a todos los contendientes sin excepción, y no sólo a quienes empleasen armas.

Este delito de participación en riña con medios peligrosos, tiene como precedente legislativo los arts. 408 y 424 del anterior CP que correspondían a los delitos de homicidio y lesiones en riña tumultuaria respectivamente. Esto se modificó con la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, en cuya Exposición de Motivos se argumentaba respecto de este tema que existía incompatibilidad entre estos preceptos y la seguridad jurídica y el principio de culpabilidad, conduciendo a una

¹⁸³ JIMENEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al Código Penal, 1999, 532.

¹⁸⁴ Al respecto TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al CP español, TOMO I, 2011, 952.

modificación del art. 424 en el que se creaba un delito de peligro para la vida y la integridad en las personas¹⁸⁵.

Este mismo autor mantiene que el actual CP ha reproducido en lo esencial el anterior art. 424, aunque pone de manifiesto alguna excepción, como la de prescindir de la nota de «*confusión*», que de algún modo mantenía vivo el espíritu pragmático de los antiguos delitos de homicidio y lesiones en riña tumultuaria.

También lamenta que no se haya abandonado de forma total esta referencia histórica, optando por la criminalización de la mera agresión peligrosa, eliminando el requisito del acometimiento recíproco.

2. Elementos del delito.

Dentro de los elementos que conforman este artículo, lo que resulta determinante es que el hecho se cometa «...*utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas...*», por lo que se puede interpretar que la mera participación en riña, no está castigada¹⁸⁶.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA¹⁸⁷ mantiene que existen una variedad de sistemas en función del hecho de la riña y de las consecuencias que se producen en torno al bien jurídico protegido, la integridad física o la salud. Según este autor hay tres:

- 1º. Código sueco: impone una solidaridad penal absoluta en cuanto a la responsabilidad.
- 2º. Código argentino: atribuye el resultado de la muerte o de las lesiones producidas en la riña, imponiendo una pena disminuida a todos los que ejercieron violencia sobre la víctima, en el caso de que conste quienes fueron.
- 3º. Código italiano y español (con matizaciones): la riña se considera como delito autónomo y de peligro, en el que se castiga la sola participación en la misma a título de delito culposo.

En cuanto al acometimiento tumultuario se requiere que haya dos «*grupos*» de personas de dimensiones parecidas o equivalentes en cuanto a número o fuerzas¹⁸⁸. El

¹⁸⁵ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al CP español, TOMO I, 2011, 952.

¹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, DP. PE, ed. 19ª, 2013, 120.

¹⁸⁷ VÁZQUEZ IZURUBIETA, CP comentado, 2015, 290.

acometimiento también debe ser recíproco, de manera que se agredan entre los grupos mutuamente.

Tiene que haber también una imposibilidad de determinar la autoría de las agresiones producidas por la confusión propia de la dinámica comisiva de tales riñas¹⁸⁹, ya que si no existe confusión en el acometimiento, lo que se dará es una responsabilidad personal de cada uno de los integrantes que hayan participado en la riña.

SERRANO GÓMEZ¹⁹⁰ señala que es indiferente que la intervención de los participantes en la riña tumultuaria, se produzca desde el inicio de la misma, o por el contrario sobrevenga una vez comenzada la contienda.

Como se apuntaba anteriormente, un requisito fundamental, en atención al tenor literal del artículo, es la utilización de medios o instrumentos que sean aptos para la puesta en peligro del bien jurídico protegido, la vida o integridad física de los participantes en la riña. En este sentido, basta con que alguno de los miembros de una de las bandas porte este tipo de medios que pongan en peligro el bien jurídico protegido, para dar por aplicable el tipo a todos. Esto será así, siempre que el miembro del grupo que no lo porte, sepa que sí lo hace algún otro u otros de su mismo bando¹⁹¹. Asimismo, también afirma esta autora que se trata de un delito complejo en este punto, que permite distribuir los elementos típicos entre los distintos participantes.

El delito de peligro quedará absorbido en el de lesiones para el caso de que estas sean consumadas, si se puede imputar el resultado lesivo a alguno de los participantes, este responderá del delito cometido, pero cabe la posibilidad de que este sujeto haya creado un peligro concreto contra la vida o integridad física de otros contendientes, en cuyo caso, y respecto de estos, seguirá existiendo un delito de peligro¹⁹².

Hay jurisprudencia del TS¹⁹³ que avala la idea de que **no** hay riña si existe concierto previo para causar lesiones o matar.

¹⁸⁸ STS de 5 diciembre 1990. RJ 1990\9422.

¹⁸⁹ FELIP SABORIT, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Tema 3. Las lesiones, Lecciones de DP PE, 79.

¹⁹⁰ SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, en: SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Curso de DP. PE, 2012, 67.

¹⁹¹ ACALE SÁNCHEZ, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), Lecciones y materiales para el estudio del DP. Tomo III. DP. PE. Vol. 1, 2011, 73.

¹⁹² SANCHEZ-JUNCO MANS, en: SERRANO BUTRAGUEÑO (Coord.), CP de 1995: (Comentarios y jurisprudencia), 1998, 988.

¹⁹³ STS de 14 de noviembre de 1974/STS de 21 de octubre de 1976.

Desde el punto de vista subjetivo, el CP prevé únicamente su comisión dolosa. El dolo debe abarcar el conocimiento de la situación de peligro para la vida o integridad de las personas derivada de la propia actuación.

3. Problemas concursales.

En contra de otras posiciones doctrinales, que sostienen la existencia de un concurso de delitos para el caso de que, presentado el peligro, sobrevenga la lesión del bien jurídico protegido, TAMARIT SUMALLA¹⁹⁴ defiende la postura de que debe ser un concurso real de delitos, y lo justifica en que la causación de la muerte o lesiones absorbe el peligro existente sobre un concreto sujeto, pero no las amenazas contra otras personas.

Este autor sostiene la misma solución para el caso de que la agresión vaya acompañada de la intención de causar la muerte, o lesiones graves, y estas no lleguen a consumarse.

En la misma línea que este autor, JIMENEZ DÍAZ¹⁹⁵ sostiene que el concurso de delitos entre el que corresponda por el resultado lesivo y el delito de participación en riña, sólo es viable cuando el autor, además de lesionar o matar a alguien, pone en concreto peligro la vida o integridad de otra u otras personas distintas del que ha resultado lesionado o muerto.

4. Referencia a la modificación del CP de 2015.

Como se ha explicado anteriormente, además de la utilización de medios o instrumentos objetivamente peligrosos, también es necesario la puesta en concreto peligro de la vida o integridad de las personas, por lo que, si no se cumple la segunda condición, no habría delito. Con la regulación del CP anterior a la LO 1/2015, y a falta de esta puesta en peligro, se castigaba como una falta del art. 620.1º CP, el cual disponía que « *Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito*». Pues bien, esta falta ha desaparecido, y no ha sido incluida en el actual art. 154 CP con la consideración de un delito menos grave, al igual que ha

¹⁹⁴ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al CP español, TOMO I, 2011, 955.

¹⁹⁵ JIMENEZ DÍAZ, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al Código Penal, 1999, 560.

sucedido con otras partes del articulado. Por este motivo, cabría pensar que se ha despenalizado esta conducta.

Visto lo anterior, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ¹⁹⁶ considera que para la anterior conducta recogida en el art. 620.1º CP sería posible la aplicación del nuevo art. 171.7 CP, el cual dispone que «*Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal...*». Si esto fuera de aplicación para los casos del antiguo art. 620.1º CP, supondría a nivel penológico un aumento sustancial de la pena, ya que, con la regulación anterior se castigaba con pena de multa de diez a veinte días, y con la actual la pena sería de uno a tres meses.

¹⁹⁶ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios a la reforma del CP de 2015, 2015, 45.

X. Consentimiento del lesionado (Arts. 155 y 156 CP).

1. Consideraciones generales.

A la cuestión del consentimiento dedica el CP los dos últimos artículos del Título tercero de las lesiones, resaltando la importancia que tiene a la hora de ponerlo en relación con las lesiones.

SANCHEZ-JUNCO MANS¹⁹⁷, pone de manifiesto la relevancia del consentimiento del ofendido en materia de lesiones, aludiendo además a que ha sido objeto de una tradicional polémica doctrinal.

Tradicionalmente se ha admitido la validez del consentimiento del ofendido para la exclusión de la responsabilidad, pero sólo para el caso de que sean afectados bienes jurídicos disponibles por parte de su titular. Pero asimismo se ha mantenido que la vida y la salud e integridad física son bienes *indisponibles*, por lo que no podría eximirse de responsabilidad al causante de lesiones. Esto ha sido así hasta el punto que en determinados países como Alemania se declaraban expresamente antijurídicas lesiones consentidas que lesionaran las buenas costumbres.

En cuanto al bien jurídico protegido podemos decir que es la salud, frente a la anterior postura de indisponibilidad, hay autores que defienden que este bien jurídico es *disponible*¹⁹⁸, que determina la eficacia del consentimiento. Esta afirmación está basada en fundamentos constitucionales como la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, o el libre desarrollo de la personalidad. A todo esto habría que añadir que, si se niega la disponibilidad de la salud, sería como sancionar una posible obligación de estar sano, lo cual no tendría mucho sentido.

La discusión en torno a la eficacia o ineficacia del consentimiento en este tipo de delitos, se remonta a mucho tiempo atrás enfrentando a la doctrina en posturas afirmativas y negativas respecto a la relevancia del consentimiento¹⁹⁹. Como consecuencia de esto, el legislador de 1963 intentó responder a tales discusiones incluyendo el antiguo art. 428 CP que establecía *«las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos, aun cuando mediere el consentimiento del lesionado»*. Esto, además de no arrojar luz a la cuestión seguía

¹⁹⁷ SANCHEZ-JUNCO MANS, en SERRANO BUTRAGUEÑO (Coord.), CP de 1995: (Comentarios y jurisprudencia), 1998, 989.

¹⁹⁸ GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), DP español. PE, 1996, 143.

¹⁹⁹ FERNÁNDEZ PANTOJA, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al Código Penal, 1999, 566.

generando enormes problemas en cuestiones tales como los tratamientos e intervenciones médico – quirúrgicas destinadas a mejorar o preservar la salud del paciente o en las lesiones ocasionadas en la práctica de un deporte. En 1983 se añade un segundo párrafo en el que se incluían una serie de supuestos en los que se otorgaba validez al consentimiento, pero sin incluir todavía los relevantes supuestos apuntados anteriormente. Estos supuestos eran el trasplante de órganos, las esterilizaciones y la cirugía transexual. Resulta curioso que en ese tiempo, se pasó a legalizar la cirugía transexual, y sin embargo otro tipo de intervenciones que se realizaban con más frecuencia, como una operación de apéndice, seguían siendo típicas.

FERNÁNDEZ PANTOJA²⁰⁰ señala que la regulación vigente encuentra su auténtico precedente en el Proyecto de 1992, de él pasaría al Anteproyecto de 1994 llegando al texto definitivamente aprobado con algunas variaciones.

2. Consentimiento y requisitos en los delitos de lesiones.

El consentimiento se encuentra regulado en los arts. 155 y 156 CP.

El art. 155 CP dispone 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 será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.»

Este artículo sólo ha sufrido una modificación en cuanto a la terminología del segundo párrafo sustituyendo *«incapaz»* por *« persona con discapacidad necesitada de especial protección»*, en virtud de lo dispuesto en el art. 258 de la LO 1/2015.

En cuanto a los requisitos TAMARIT SUMALLA²⁰¹ pone de manifiesto que se trata de una institución propia del Derecho penal que sirve para la determinación de los presupuestos del merecimiento de pena a la que no es aplicable la teoría del consentimiento elaborada en el ámbito del Derecho privado. La principal manifestación de ello es la exigencia de emisión expresa.

²⁰⁰ FERNÁNDEZ PANTOJA, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al Código Penal, 1999, 569.

²⁰¹ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al CP español, TOMO I, 2011, 957.

Siguiendo lo dispuesto en el art. 155 CP, el primero de los requisitos es la *validez*. Respecto de esta hay que hacer mención al párrafo segundo del artículo, donde se configura una negación absoluta de la validez del consentimiento otorgado por menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, a diferencia de lo que ocurre con el art. 156 CP, en el que sí se hace referencia a la intervención de los representantes legales.

En cuanto a la exigencia de *libertad y espontaneidad*, TAMARIT SUMALLA²⁰² expone que se corresponde con la teoría del consentimiento dominante, que trata de evitar que el consentimiento haya sido manipulado por terceros o prestado en condiciones análogas a la inculpabilidad (miedo insuperable o trastorno mental transitorio). Asimismo, mantiene que la espontaneidad no puede entenderse en el sentido de ausencia de toda influencia de terceros (incluida la mera inducción), sino como ausencia de coacción o intimidación que vicien la voluntad.

El último requisito al que se alude en el artículo es que el consentimiento haya sido emitido *expresamente*. Su efecto más concreto consiste en la negación de la eficacia del consentimiento presunto en el caso de incapacidad de prestarlo personalmente.

GONZÁLEZ RUS²⁰³ sostiene que tales requisitos sirven para el consentimiento que opera en «*los delitos de lesiones*»; esto es, cuando el comportamiento es, por lo menos típico y antijurídico.

Fuera del ámbito de aplicación del art. 155 CP 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 CP), que nada tiene que ver con el ámbito de aplicación del art. 155 CP²⁰⁴.

²⁰² TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al CP español, TOMO I, 2011, 957.

²⁰³ GONZÁLEZ RUS, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), DP español. PE, 2ª ed., 2005, 144.

²⁰⁴ MUÑOZ CONDE, DP. PE, 19ª ed., 2013, 114.

3. Exención de responsabilidad criminal mediando consentimiento.

En este apartado se tratará lo dispuesto en el art. 156 CP, que con el art. 84 de la LO 1/2015 ha recibido una nueva redacción. En él se establece que: *«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.»*

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.»

En este artículo se tratan los supuestos en los que se declara la absoluta exención de la responsabilidad criminal cuando concurre el consentimiento, y se cumplen los requisitos establecidos. Estos requisitos aluden de manera concreta a los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual.

Los requisitos para el consentimiento que operaban en el caso del art. 155 CP, serán los mismos que para el art. 156 CP, con la salvedad de que en este último se sustituye la palabra *«espontanea»* por *«consciente»*. FERNÁNDEZ PANTOJA²⁰⁵ entiende que la razón de ser se encuentra en la alusión que aquí se hace al *«consentimiento informado»*. Las intervenciones médico – quirúrgicas que este artículo regula (trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual) deberán ser reguladas por la normativa²⁰⁶ que disciplina la prestación del consentimiento y que viene a garantizar que todo aquel personal sanitario que realiza o participa en cualquiera de estas intervenciones no se verá inmerso en una posible responsabilidad criminal. En el art. 10 de esta Ley es donde se regula la prestación del consentimiento.

²⁰⁵ FERNÁNDEZ PANTOJA, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Comentarios al Código Penal, 1999, 577.

²⁰⁶ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

En cuanto a la forma de otorgarse el consentimiento, este será anterior a la producción de las lesiones, o de forma simultánea, el prestado con posterioridad es irrelevante. Además, puede ser revocado antes de la ejecución de los hechos²⁰⁷.

Como se ha expresado anteriormente, el art. 156 CP ha sido objeto de reforma por la LO 1/2015. La reforma substituye, en el párrafo segundo la alusión al «*incapaz*» (tras la reforma del art. 25CP, discapacitado), por la referencia a «*persona que carezca absolutamente de aptitud para prestar consentimiento*», dando una nueva redacción al párrafo.

La reforma del último apartado de este artículo, de mayor calado que el primero, sí ha vuelto a sacar a la palestra la discusión sobre la legitimidad de las esterilizaciones llevadas a cabo sin el consentimiento del afectado. Desde ciertos sectores se ha pedido la supresión del citado artículo por considerar que viola, por ejemplo, la Convención de la ONU²⁰⁸ sobre los derechos de las personas con discapacidad y atenta contra los Derechos Humanos.

CASTRO CORREDOIRA/GUINARTE CABADA²⁰⁹ ponen de manifiesto que el eje fundamental de la modificación se encuentra en la modificación de los requisitos para la despenalización total de la esterilización de personas que no puedan prestar su consentimiento de modo alguno.

Esta decisión se justifica en base a un pretendido mejor tratamiento de la esterilización acordada por órgano judicial, circunscrita en exclusiva a supuestos excepcionales donde se produzca un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, obviamente, de titularidad de la persona sometida a esterilización, extremo este puesto de manifiesto por el legislador en el preámbulo de la LO 1/2015.

También ha sido criticado, como ponen de manifiesto las enmiendas núms. 33²¹⁰ y 92²¹¹ formuladas por el Grupo Parlamentario Mixto del Congreso, el hecho de que habitualmente el interés protegido no coincida con el interés superior del sujeto pasivo, para prevenir lo cual, estas enmiendas proponían:

²⁰⁷ SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, en: SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Curso de DP. PE, 2012, 69.

²⁰⁸ MUÑOZ RUIZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), Estudios sobre el CP reformado, 2015, 368.

²⁰⁹ CASTRO CORREDOIRA/GUINARTE CABADA, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), Comentarios a la reforma del CP, 2015, 498.

²¹⁰ BOCG, Serie A, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, 2014, 32.

²¹¹ BOCG, Serie A, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, 2014, 65.

- 1º. La supresión completa del segundo párrafo.
- 2º. La inclusión de un nuevo inciso en el texto que estableciera que « *Será punible la práctica de la esterilización forzada conforme a lo dispuesto en los estándares de derechos humanos y tratados internacionales de los que España es parte*».

En el mismo sentido GARCÍA ÁLVAREZ²¹² también pone de manifiesto que el problema reside en el hecho de que el legislador parece vincular o, claramente vincula, la excepcionalidad de la admisibilidad de estas esterilizaciones a la existencia de un grave conflicto entre dos bienes jurídicos, con lo que introduce una gran inseguridad jurídica. En primer lugar, porque habrá que determinar cuándo el conflicto es “grave”, concepto éste absolutamente indeterminado; y en segundo término habrá que determinar cuál o cuáles son esos “bienes jurídicos” con los que la capacidad procreadora de una persona puede chocar y ésta puede ceder, incluso, sin contar con su voluntad en tal sentido.

Como se ha expresado anteriormente, con la nueva redacción, los casos en que se acuerde la esterilización por el órgano judicial se reservan a supuestos excepcionales donde exista un grave conflicto entre bienes jurídicos protegidos. El CGPJ²¹³, el Consejo de Estado²¹⁴ y el Consejo Fiscal²¹⁵ se han pronunciado acerca de la conveniencia del mantenimiento, en este extremo de la regulación anterior. Por una parte, el Informe del Consejo General del Poder Judicial entiende que la alusión al grave conflicto de los bienes jurídicos protegidos refleja un criterio mucho más restrictivo, y el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto, así como el Informe Consejo Fiscal, por otra parte, entienden que la nueva redacción dota al precepto de una peligrosa indefinición.

El requisito de que se produzca un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos tampoco es pacífico. En caso de conflicto ¿cuál debe ser el bien prevalente? A

²¹² GARCÍA ÁLVAREZ, Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, en: RECPC 16-13, 2015, 30.

²¹³ Informe de 16 de enero de 2013 al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal., 160.

²¹⁴ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>, 46.

²¹⁵ Informe de 8 de enero de 2013, al Anteproyecto de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, 134.

propósito de la regulación anterior, MUÑOZ CONDE²¹⁶, apelando al tenor del precepto, subraya que en estas esterilizaciones el problema a resolver no es el consentimiento que siempre será inválido, sino el mayor interés del *incapaz* (con la nueva regulación *que carezca absolutamente de aptitud para prestarlo*), que ha de ser en todo caso el criterio rector a tener en cuenta.

Hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015 la esterilización se autorizaba mediante expediente de jurisdicción voluntaria. Hoy, según establece el nuevo art. 156 inciso segundo, se estará a lo dispuesto en la legislación civil. A la esterilización se refiere la Disposición Adicional 1ª de la citada Ley, que establece que « La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento».

Las críticas a este punto, también han quedado patentes en los Informes del CGPJ²¹⁷, Consejo de Estado²¹⁸ y el Consejo Fiscal²¹⁹, quienes han aconsejado que se elimine de este diseño de cauce procesal, dado que no se trata de una materia que deba regularse en el Código Penal, sino a través de la ordenación procesal correspondiente.

Por lo que respecta al art. 156 bis, no ha sufrido ninguna reforma por la LO 1/2015. Este artículo fue introducido por el apartado trigésimo sexto del artículo único de la LO 5/2010 como un delito más de lesiones el tráfico ilegal de órganos humanos.

Según la Exposición de Motivos de esta Ley, la nueva tipicidad refleja la preocupación a nivel mundial suscitada por el cada vez más frecuente tráfico de órganos, realizado sobre todo en países pobres, en los que mucha gente está dispuesta a cambio de dinero a vender órganos no vitales (sobre todo riñones, pero también

²¹⁶ MUÑOZ CONDE, DP. PE, 19ª ed., 2013, 114.

²¹⁷ Informe de 16 de enero de 2013 al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal., 159.

²¹⁸ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>, 47.

²¹⁹ Informe de 8 de enero de 2013, al Anteproyecto de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, 133.

testículos o corneas) que luego son trasplantados en países ricos a otras personas que pagan grandes cantidades por ello²²⁰.

La ubicación sistemática de este artículo, y dado que los arts. 155 y 156 CP regulan el valor del consentimiento de la persona lesionada a los efectos de los delitos de lesiones, tiene importancia.

ACALE SÁNCHEZ²²¹, respecto de la ubicación, pone de manifiesto que la intención del legislador es que en esta sede, el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido no tiene efecto atenuatorio alguno; ni por supuesto eximente. Es más, el presupuesto de la nueva figura delictiva es que se ha prestado dicho consentimiento. También manifiesta que en los casos de trasplantes de órganos no tendrá valor alguno lo establecido en el art. 156 CP, ya que el presupuesto del art. 156 bis es realizar la cesión del órgano fuera de los casos previstos en la ley, mientras que el primero dispone «*con arreglo a lo dispuesto en la ley*».

4. Expansión de la medida de libertad vigilada (Art. 156 ter).

La libertad vigilada es una medida que se introdujo en la LO 5/2010. En ella sólo la contemplaba para delitos contra la libertad sexual y delitos de terrorismo, en virtud del nuevo art. 156 ter ahora también se podrá imponer a los condenados por la comisión de uno o más delitos de los comprendidos en el Título III, esto es, los delitos contra la integridad física (los delitos de malos tratos y las lesiones), cuando la víctima fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP.

La libertad vigilada fue planteada en el texto que se remitió al Senado como una medida que debía ser aplicada a todos los condenados por la comisión de uno o más delitos de los comprendidos en este Título, pero sin hacer alusión alguna a la víctima del delito. Sin embargo, entre las enmiendas introducidas por el Senado²²² el 25 de marzo de 2015 se incluye, la de supeditar la aplicación de la medida a que las víctimas de esos delitos sean, necesariamente, alguna de las personas del art. 173.2, es decir: 1. Quien sea o haya sido cónyuge del autor; 2. Persona que está o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; 3. Descendientes, ascendientes o hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios del autor o 4.

²²⁰ MUÑOZ CONDE, DP. PE, 19ª ed., 2013, 121.

²²¹ ACALE SÁNCHEZ, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), Lecciones y materiales para el estudio del DP, Tomo III, DP PE, vol. I, ed. 1ª, 2011, 75.

²²² BOCG, Senado, 23 de febrero de 2015, Núm. 475

Del cónyuge del autor 5. Del conviviente del autor; 6. Menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el autor; 8. De quien convive con él; 9. Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar del autor; 10. Así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

MUÑOZ RUIZ²²³ concluye que, aunque el legislador confiere al Tribunal la potestad de aplicar o no la medida de libertad vigilada –como se desprende de la propia norma– en realidad, con esta precisión viene a reconocer implícitamente la peligrosidad de los sujetos imputables que realizan hechos delictivos de esta naturaleza, lo que no concuerda con el carácter excepcional que la LO 5/2010 atribuía a esta medida.

²²³ MUÑOZ RUIZ, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), Estudios sobre el CP reformado, 2015, 371.

CONCLUSIONES

La elaboración del presente trabajo ha supuesto la comprensión de una figura extremadamente trascendental en el ámbito del Derecho Penal como es la figura del delito de lesiones.

En el estudio actual se ha puesto de manifiesto la gran importancia que la causación de lesiones tiene, ya que el bien jurídico protegido, la salud, posee una gran relevancia para la sociedad en general. Esta cuestión ha quedado patente a lo largo de las diversas modificaciones del CP, demostrando así los esfuerzos del legislador para regular los aspectos más significativos en este ámbito.

Así, entre las múltiples reformas acometidas, las más significativas en el campo que nos ocupa, las lesiones, han sido la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, para modificar el art. 147 CP. Otra reforma importante fue la que se produjo con la LO 15/2003, que también modificó el art. 147 CP. Por su parte, la LO 1/2004, fue de suma importancia en cuanto a la violencia de género.

Pero la gran reforma desde que entrase en vigor el CP de 1995 en cuanto al delito de lesiones, entre otros, se produce con la aprobación de la LO 1/2015. La reforma, como justifica el legislador en el Preámbulo ha sido de vital importancia, pero hay aspectos que, cuando menos son cuestionables.

Siguiendo el orden sistemático planteado en el CP, se deben poner de manifiesto las siguientes conclusiones:

- 1º. Respecto del art. 147 CP (tipo básico), es claro que se debe causar una lesión que menoscabe la integridad corporal o salud, que puede ser tanto de carácter físico, como psíquico. Esto último no siempre ha sido así, ya que las psíquicas no siempre se han considerado lesiones.

Otra particularidad de este artículo es que se requiere, objetivamente, para la sanidad de la lesión, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

Otra característica, que se desprende de la última modificación del CP, es la inclusión de las antiguas faltas de lesiones o maltrato de obra sin causar

lesión en este artículo, eliminando la pena de localización permanente, y aumentando las respectivas penas de multa. También se establece en su cuarto punto el requisito de la denuncia de la persona agraviada para estos dos casos.

- 2°. Por lo que se refiere al art. 148 CP, en él se agravan las penas en función del medio empleado, existencia de ensañamiento o alevosía, o de la condición de la víctima. En la última reforma del CP no se introducen cambios, con la salvedad de la sustitución del término «*incapaz*» por el de «*persona con discapacidad necesitada de especial protección*».
- 3°. En los arts. 149 y 150 CP tampoco se producen cambios con la LO 1/2015, salvo lo dicho anteriormente respecto del término «*incapaz*». En ellos se tiene en cuenta la gravedad de las lesiones producidas. En el primero de los artículos se refiere a pérdida o inutilidad de un órgano o miembro «*principal*», un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, también la mutilación genital; se trata de los casos más graves. En el segundo, se trata la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro «*no principal*», o la deformidad; en este caso, los supuestos son de menor gravedad que el anterior.
- 4°. En cuanto al art. 151 CP, se tratan los actos preparatorios que son punibles para la comisión de los anteriores delitos. Estos actos son: la provocación, la conspiración y la proposición. Estos actos preparatorios están limitados a supuestos de especial gravedad, como es el caso. Esto está justificado en el art. 17.3 CP respecto de la conspiración y la proposición, que determina que sólo se castigarán en los casos previstos en la ley, y en el art. 18.2 CP, donde se establece lo mismo para la provocación.
- 5°. Por lo que se refiere al art. 152 CP, que regula las lesiones causadas por imprudencia, es uno de los artículos que ha sufrido una gran modificación. En él, se ha estructurado la imprudencia en grave, y menos grave. En la primera se tiene en cuenta el riesgo creado, y el resultado producido, y en función de ello se establecen penas según se trate de lesiones del art. 147.1, 149, o 150 CP. Además se contempla la causación de las lesiones con vehículo a motor o un ciclomotor, arma de fuego o por imprudencia profesional. En la segunda sólo se tienen en cuenta las lesiones de los arts. 149 y 150 CP, atendiendo a la menor gravedad de la imprudencia. También se tiene en cuenta la causación de

las lesiones con vehículo a motor o un ciclomotor y arma de fuego, quedando fuera las lesiones cometidas por imprudencia profesional cuando la imprudencia sea menos grave. En el caso de la imprudencia menos grave, además sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal.

En cuanto a la reestructuración de este artículo, parece acertada la modulación realizada entre imprudencia grave e imprudencia menos grave.

- 6°. En mi opinión lo que parece un acierto es la eliminación de determinadas conductas del CP. Por ejemplo en el caso de las faltas de lesiones por imprudencia grave, o las faltas de lesiones por imprudencia leve, se trata de hechos que tienen escasa relevancia porque carecen de la gravedad suficiente como para ser merecedoras de reproche penal.
- 7°. En el art. 154 CP se tipifica la participación en riña tumultuaria. Se trata de un delito que requiere varios sujetos activos y pasivos, que simultáneamente son agresores y agredidos, en el marco de una riña mutuamente aceptada. Además, el artículo requiere que se utilicen medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas. En base a esto, se puede concluir que la mera participación en riña, no está castigada.
- 8°. Los arts. 155 y 156 CP regulan el consentimiento en las lesiones. El primero no ha sufrido modificación tras la reforma de la LO 1/2015, salvo lo relativo al término «*incapaz*». Por lo que se refiere al segundo, es controvertida su reforma por lo que respecta a la esterilización acordada por órgano judicial, ya que, si bien es cierto que se refiere a supuestos excepcionales, habla 1) de que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos, y 2) de salvaguardar el mayor interés del afectado, pero en ningún momento queda claro cuáles son los bienes jurídicos que entran en conflicto, aunque no cabe duda que el interés del afectado ha de ser el que prevalezca.

Asimismo, también cabe destacar que con la reforma operada por LO 1/2015 se incluyó el art. 156 ter. De este modo se hace significativa la reincidencia en la comisión de este tipo de delitos, por lo que se podrá imponer la medida de libertad vigilada en el caso de que la víctima sea de las enumeradas en el apartado 2 del art. 173 CP.

Esta medida fue concebida para ser aplicable con carácter excepcional en atención a la peligrosidad de los sujetos, cosa que según el legislador ocurre en este tipo de delitos.

- 9º.** Otra conclusión que se puede extraer en cuanto a la última reforma acometida del CP es que, al igual que otras ocasiones, se han tenido en cuenta hechos puntuales que han generado gran alarma social, y más que atender a los datos estadísticos de la comisión de estos delitos y a la reflexión, se ha cedido a las presiones mediáticas.
- 10º.** Además, en cuanto a los delitos de lesiones, si bien es cierto que con la modificación se han despenalizado determinadas conductas, apoyándose en el principio de intervención mínima o última ratio del Derecho Penal, las que se han convertido en delitos menos graves han sufrido un aumento considerable de la pena.
- 11º.** Parte de la reforma se ha conducido hacia principios de economía procesal, en definitiva descongestionar los juzgados y tribunales. En mi opinión, la pregunta que queda en el aire es ¿Qué es más importante, salvaguardar bienes jurídicos de máxima relevancia, o atender a criterios cuantificables?

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ACALE SÁNCHEZ, María, en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir.), Lecciones y materiales para el estudio del DP, Tomo III, DP PE, vol. I, ed. 1ª, Iustel, Madrid, 2011.
- ❖ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, El delito de lesiones, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- ❖ BERISTAIN IPIÑA, Antonio, Observaciones acerca de las lesiones en el DP español y comparado, RGLJ, 1971.
- ❖ BRAGE CENDÁN, Santiago Bernardo, Los delitos de lesiones en el Código Penal de 1995, Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 8, Nº 1, 1999.
- ❖ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de derecho penal. Parte especial, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991.
- ❖ CALDERÓN CEREZO, Ángel/CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, DP. Tomo II. PE, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1999.
- ❖ CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (Coord.), Comentarios al Código penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ❖ CASTRO CORREDOIRA, María/GUINARTE CABADA, Gumersindo, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), Comentarios a la reforma del CP, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- ❖ COBO DEL ROSAL, Manuel/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra las personas, Madrid, 1962.
- ❖ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, Los delitos de lesiones, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ❖ FELIP SABORIT, David, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.), Lecciones de DP PE, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2011.
- ❖ FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La Lex Artis. Criterios jurisprudenciales, RJCYL, Nº 3, 2004.

- ❖ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Comentarios a la reforma del CP de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ❖ FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), Comentarios al Código Penal, EDERSA, Madrid, 1999.
- ❖ GALDEANO SANTAMARÍA, Ana, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Delitos de lesiones: art. 147 CP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ❖ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la lo 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-13, 2014.
- ❖ GISBERT CALABUIG, José Antonio, Medicina legal y toxicología, Masson, Barcelona, 1998.
- ❖ GONZÁLEZ RUS, Juan José, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.), Derecho Penal español. Parte Especial, 2ª ed., Dykinson, S.L., Madrid, 2005.
- ❖ GONZÁLEZ RUS, Juan José, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), Curso de Derecho Penal español. Parte Especial, I, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ❖ JAÉN VALLEJO, Manuel/PERRINO PÉREZ, Ángel Luis, La reforma penal de 2015, Dykinson, S.L., Madrid, 2015.
- ❖ LÓPEZ GARRIDO, Diego/GARCÍA ARÁN, Mercedes, El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al Texto y al debate parlamentario, 1996.
- ❖ MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), Comentarios al Código Penal, EDERSA, Madrid, 1999.
- ❖ MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, Los delitos de lesiones, Bosch, Barcelona, 2002.
- ❖ MUÑOZ CONDE, Francisco, DP. PE, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- ❖ MUÑOZ CONDE, Francisco, DP. PE, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ❖ MUÑOZ RUIZ, Josefa, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), Estudios sobre el CP reformado, Dykinson, S.L., Madrid, 2015.

- ❖ OBREGÓN GARCÍA, Antonio, Los concursos entre delitos contra la seguridad vial y delitos de resultado lesivo tras las últimas reformas penales: estudio del art. 382 CP, RJUAM, nº 25, 2012.
- ❖ OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), Comentarios a la legislación penal, EDERSA, Madrid, 1992.
- ❖ RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho penal español. Parte especial, Dykinson, Madrid, 1993.
- ❖ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales, Diario La Ley, núm. 8524, 2015.
- ❖ ROMEO CASABONA, Carlos María, El médico y el derecho penal. Vol. 1, La actividad curativa: Licitud y responsabilidad penal, Bosch, Barcelona, 1981.
- ❖ ROMEO CASABONA, Carlos María, Los delitos contra la integridad corporal y la salud, en: CEREZO MIR, José/SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio/BERISTAIN IPIÑA, Antonio/ROMEO CASABONA, Carlos María (Eds.), El nuevo CP: presupuestos y fundamentos, Libro homenaje al Profesor Doctor Ángel Torío López, 923 a 948, Comares, Granada, 1999.
- ❖ ROSAL BLASCO, Bernardo, en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), Comentarios a la legislación penal, EDERSA, Madrid, 1992.
- ❖ SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier, en: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coord.), Código penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia, COMARES, Granada, 1998.
- ❖ SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso, en: SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso /SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, Curso de DP. PE, DYKINSON, Madrid, 2012.
- ❖ TAMARIT SUMALLA, Josep María, La reforma de los delitos de lesiones, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.
- ❖ TAMARIT SUMALLA, Josep María, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), Comentarios al CP español, TOMO I, 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- ❖ TAMARIT SUMALLA, Josep María, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- ❖ TRAPERO BARREALES, María A., Los delitos contra la seguridad vial: ¿una reforma de ida y vuelta?, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ❖ VÁZQUEZ IZURUBIETA, Carlos, CP comentado, Atelier, Barcelona, 2015.

Páginas web consultadas

- ❖ <http://lema.rae.es>
- ❖ <http://www.boe.es>
- ❖ <http://www.poderjudicial.es>
- ❖ http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- ❖ <https://www.fiscal.es>
- ❖ <https://www.westlaw.aranzadi.es>