

## INTRODUCCIÓN

El delito de lesiones, tipificado en el Libro II Título III artículos 147 a 156 del CP, sufrió una profunda reforma por Ley 3/21 de junio de 1989, reforma mantenida en el vigente Código Penal con algunas modificaciones a las que se añaden las recientes de la L.O. 11/2003 de 29 de septiembre, la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre y la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre. En aquella profunda modificación de 1989 se plantearon problemas interpretativos que aún siguen, en su mayoría, ocasionando inseguridad jurídica sobre todo en lo referente a ‘primera asistencia facultativa’ y ‘tratamiento médico-quirúrgico’.

El delito de lesiones, configurado como delito contra las personas, tiene especial relevancia en el Derecho Penal por su frecuencia en Juzgados y Tribunales, así como por el estudio realizado por amplios sectores doctrinales, no sólo españoles sino extranjeros.

Los próximos capítulos profundizan en tipos específicos de este delito: los tipos agravados y cualificados que se regulan en los artículos 148, 149 y 150, caracterizados todos ellos por el común denominador de la comisión delictiva con carácter doloso. No obstante, el estudio pormenorizado de estos tipos exige un estudio previo de ciertos temas necesario para comprender las lesiones agravadas y cualificadas.

El primer problema que plantea la materia objeto de exposición es el de determinar, según la legislación positiva, qué se entiende por ‘lesión’ siendo fundamental conocer cuál es el bien jurídico protegido por los delitos contemplados bajo la rúbrica “De las lesiones”.

Otro problema planteado en este delito, trasladable a los tipos cualificados y agravados, es el estudio de los medios comisivos y en estrecha relación con ellos el contagio de enfermedades, especialmente las sexuales; ello sin perjuicio de profundizar en el capítulo dedicado a ocasionar una enfermedad somática o psíquica grave.

Como se ha apuntado al principio, la determinación de primera asistencia y tratamiento médico-quirúrgico debe ser analizada, al menos someramente, por los problemas interpretativos que conllevan y por ser conceptos fundamentales para determinar una conducta como delito y no como falta de lesiones, destacando que no se desarrolla

en este trabajo pero si es el primer peldaño para el estudio pormenorizado de las lesiones dolosas cualificadas. De hecho, la dificultad para delimitar qué se entiende por tratamiento médico-quirúrgico es palpable, pues desde hace años se han dado, entre los autores, distintas definiciones destacando, cada una de ellas, los distintos aspectos que les han llamado más la atención.

Establecidas las bases del delito de lesiones, en general, se desarrollará, en diferentes capítulos, el estudio de los tipos agravados y cualificados, en particular, siguiendo el orden sistemático del CP; esto es, los artículos 148, 149 y 150 en sus tipos objetivo y subjetivo, así como la relación de causalidad, el iter criminis, los concursos y la penalidad.

Se inicia la exposición de la materia con las lesiones del artículo 148, el cual se configura como un tipo agravado facultativo del artículo 147.1º aunque aportando unos contenidos adicionales diferenciales. Importante es el análisis de este precepto por las variaciones que ha sufrido respecto de la Ley 3/89, suprimiendo la acusada brutalidad y la tortura, regulando las lesiones cometidas con ciertos medios, con ensañamiento o alevosía y si la víctima es menor de doce años o incapaz, o unida por relación conyugal o análoga o vulnerable y conviviente con el agresor. Todo ello da lugar a ciertos problemas interpretativos, respecto de la delimitación del contenido de esos conceptos, máxime cuando todavía no hay una línea jurisprudencial bien definida por el escaso espacio temporal desde la modificación. Esta doctrina jurisprudencial si es clara en relación a los medios peligrosos, pues ya se regulaba en la Ley Orgánica de 1989, o en el ensañamiento que, como circunstancia específica del asesinato, aparece bien delimitada en múltiples resoluciones desde hace años; sin embargo, la jurisprudencia no está definida respecto de la comisión de lesiones por la particularidad de la víctima, añadiéndose a ello la diferencia conceptual de incapaz existente en el ámbito civil y en el penal.

El desarrollo de los tipos objetivos continúa con el artículo 149 del CP. Es éste un precepto importante puesto que regula la mayor parte de las lesiones cualificadas (pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal, de un sentido, impotencia, esterilidad, grave deformidad, grave enfermedad somática o psíquica; añadiendo la actual regulación de la mutilación genital) y es el pilar fundamental para delimitar el contenido del artículo 150 del CP. Los problemas que plantea el precepto son numerosos, aunque el actual CP haya mejorado, sobre la base de la L.O 3/21 de junio de 1989, la regulación de codificaciones anteriores.

La resolución de los problemas exige un estudio de legislaciones extranjeras, destacando la francesa y la italiana por su proximidad cultural y geográfica. A esto se añade la doctrina española anterior al CP y la actual, así como la abundante jurisprudencia española e italiana.

Analizados los elementos generales del precepto, el primer problema que se plantea es la delimitación de conceptos tales como: órgano, miembro, principal, pérdida e inutilidad. Ayuda un somero análisis médico, si bien el ámbito jurídico difiere de éste; el concepto ‘función’ también es esencial para aportar algo de claridad a este precepto. Las derogadas ‘mutilación’ y ‘castración’ contribuyen a desarrollar el contenido de expresiones como ‘pérdida de órgano o miembro principal’, ‘esterilidad’ o ‘impotencia’. Todo ello se complica ante la falta de coordinación, por parte de los Tribunales, respecto de ciertos órganos y miembros: bazo, clítoris (ahora clarificado por el párrafo 2 del artículo 149), himen, ojos, dientes (éstos también se pueden encuadrar dentro de la categoría de deformidad), manos, dedos, etc. En algunos casos, es difícil determinar si estamos ante ‘órganos’ o ante ‘miembros’, en otras ocasiones, no se sabe con certeza si el ‘órgano’ o ‘miembro’ es ‘principal’ o ‘no principal’ y, otras veces, una acción punible se puede encuadrar en varias categorías (así: pérdida de órgano o sentido, pérdida de órgano o miembro principal y grave deformidad,...). La legislación italiana puede ayudar en lo que a pérdida o inutilidad se refiere pero no en cuanto al término ‘principal’.

No obstante, la legislación actual ha supuesto alguna mejora técnica respecto de legislaciones anteriores; este es el caso de la ‘pérdida de sentido’ que incluye los cinco y no sólo la ceguera o la sordera, como sucedía anteriormente.

Conceptos como ‘impotencia’ y ‘esterilidad’ también ocasionan problemas debido a la variada clasificación médico-legal existente y a la posibilidad de reversibilidad de la contracepción en algunas ocasiones; además se debe tener en cuenta la relación con la derogada ‘castración’ y la actual ‘pérdida de órgano o miembro’. Todo ello se completa con la esterilidad de incapaces que, aunque no es objeto de este libro, conviene dejar apuntado por la conexión que tiene con la esterilidad.

La deformidad es, si cabe, una de las categorías más conflictivas de los tipos cualificados de lesiones. La distinción entre grave y simple ha agravado el problema, máxime cuando en otras legislaciones no tiene acogida y las resoluciones de nuestros Tribunales no han establecido todavía una línea uniforme y clara. La utilización de prótesis, de cirugía reparadora, etc, incide en el ámbito de la responsabilidad civil pero también a la hora de calificar las lesiones. Por otra parte, es importante destacar el cambio de criterio doctrinal y jurisprudencial respecto de las directrices seguidas para determinar la gravedad de la deformidad (sexo, edad, etc.).

Por último, el desarrollo del tipo objetivo finaliza con la ‘grave enfermedad somática y psíquica’ y con la ‘mutilación genital’. Definir qué es enfermedad grave y el contagio del Sida (¿es tentativa de homicidio? o ¿es lesión grave consumada?) son los dos puntos básicos. En este sentido, la doctrina italiana será de ayuda, para clarificar ambos, tanto por el concepto de enfermedad cierta o probablemente incurable como por el tratamiento jurídico del Sida. la mutilación genital ¿supone una regulación superflua en nuestro Código Penal?

El estudio del artículo 150 del CP es subsidiario del artículo 149 en cuanto que los supuestos contemplados en aquél se delimitan en relación con los supuestos de éste. Ahora bien, la cuestión fundamental del art. 150 se centra en la definición de los conceptos de ‘órgano o miembro no principal’ y ‘deformidad’. En ambos casos, la delimitación vendrá determinada por la exclusión que se haya realizado respecto de las categorías contempladas en el art. 149 del CP: ‘órgano o miembro principal’ y ‘grave deformidad’. Aquí radica la subsidiariedad del precepto estudiado.

La situación actual es compleja al no haberse resuelto, en el actual Código, la problemática que se arrastra, desde los comienzos de la codificación, en materia de lesiones. Ya hemos señalado la inconveniencia de la distinción entre ‘principal’ y ‘no principal’; distinción que, por otra parte, no ha sido contemplada en muchas legislaciones extranjeras, entre ellas la italiana, ampliamente desarrollada en este libro. A este problema se añade la distinción que la legislación actual realiza respecto del concepto ‘deformidad’ pues se la ha clasificado como grave y simple. Por tanto, la delimitación que se realice de principalidad y gravedad será fundamental para el desarrollo del art. 150.

La jurisprudencia no sigue un criterio uniforme y, a la hora de calificar la ‘deformidad simple’ todavía no hay unas directrices claras al respecto y lo mismo cabe decir sobre órgano y miembro no principal.

La inseguridad jurídica es palpable. A todo ello se une el hecho de que determinados órganos o miembros pueden presentar especiales dificultades al ser englobados por los Tribunales, indistintamente y según el caso concreto, en ‘principales’ o ‘no principales’ (claro ejemplo de ello es el bazo); añadiéndose la posible concurrencia de inutilizaciones de más de un órgano o miembro no principal. Otro problema radica en la determinación de los conceptos ‘inutilidad’ y ‘pérdida’, ya definidos a propósito del tipo objetivo del art. 149 del CP.

La deformidad conlleva sus dificultades a raíz de la distinción entre grave y simple; delimitando la deformidad grave se habrá definido la simple. La jurisprudencia un tanto diversa se completa con derecho comparado para intentar aportar algo de luz a la oscuridad en la que se ve sumida. No obstante, no hay paridad en el extranjero, es más puede haber diferencias importantes; así, los italianos contemplan la ‘deformazione’ y el ‘sfregio’, éste último sin equivalente en nuestra legislación, aunque puede ayudarnos para entender que la deformidad en el rostro es deformidad grave y por tanto aplicable el art. 149 y no el art. 150.

Por todo lo dicho, se puede concluir diciendo que el CP de 1995 no sólo no ha salvado los escollos de la legislación anterior, respecto de órgano o miembro no principal, sino que los ha agravado al distinguir entre deformidad grave y simple; y si a efectos punitivos tal diferenciación es apropiada no lo es respecto de su concepto.

El cambio de perspectiva, en el estudio de los tipos agravados de lesiones, es evidente al abandonar el terreno objetivo y adentrarnos en el subjetivo.

El tipo subjetivo es muy importante a la hora de calificar el hecho delictivo, sobre todo en las lesiones, por la confusión que puede surgir en torno a si el hecho es un delito de homicidio intentado o unas lesiones consumadas. Por ello hay que desarrollar el tipo subjetivo en sí: los tipos cualificados exigen dolo. La imprudencia no es objeto de este estudio ya que nos centramos en los artículos 148, 149 y 150 del CP, tipos agravados y cualificados dolosos, y no en el artículo 152, tipo imprudente. En el estudio del tipo subjetivo se hace necesaria la referencia a la derogada preterintencionalidad, sobre todo si legislaciones extranjeras la contemplan. El tipo subjetivo, propiamente dicho, se complementa con otro tema esencial: el animus. Dependiendo de la existencia de *animus necandi o animus laedendi* el delito será homicidio o lesión, siendo su distinción objetiva harto problemática al pertenecer a la esfera interna del sujeto agente. Ahora bien, previamente se estudiará el dolo de matar y el dolo de lesionar. Se terminará dicho análisis con una institución no contemplada en nuestro derecho, pero sí en el italiano: las lesiones como consecuencia de otro delito; esta institución, extraña a nuestro derecho, puede aportar matices al desarrollo del tipo subjetivo.

A continuación, el análisis del *iter criminis* puede dar lugar a varias cuestiones, sobre todo en el ámbito de la tentativa conectado con el delito de homicidio y sobre todo con el *animus laedendi* y el *animus necandi*, analizado en el tipo subjetivo. En España no hay especiales problemas teórico-doctrinales, a diferencia del derecho italiano; los problemas en nuestra legislación son de orden práctico, esto es determinar la clase de *animus* en el caso concreto.

Los concursos, suponen un aspecto relevante de los tipos que nos ocupan. Cuestión compleja que no ha tenido especial resonancia en la doctrina, respecto de las lesiones. Se realizará un estudio de los distintos delitos regulados en el CP exponiendo las opiniones de la doctrina.

Respecto de la penalidad el estudio de la materia exige una exposición de las penas aplicables a las lesiones cualificadas, sus consecuencias y relaciones con otros delitos y con otras legislaciones extranjeras. Además se tendrán en cuenta sentencias de los distintos Tribunales.

Se pretende llevar a cabo una exposición detallada de las lesiones cualificadas o agravadas en el derecho español. Para ello se desarrollarán los criterios seguidos, por toda la doctrina española, sobre el tema; además el estudio se completará con las directrices seguidas por el Tribunal Supremo, fundamentalmente, y por otros Tribunales no sólo desde la entrada en vigor del nuevo CP sino con anterioridad. No hay que olvidar que la doctrina elaborada antes del CP ha servido de base para configurar la actual regulación.

Además es interesante un estudio de otras legislaciones de nuestro entorno cultural y de otros completamente diferentes.

Expuestas las bases, sobre las que se asienta la problemática de los tipos cualificados de lesiones, se intentarán clarificar aquellos puntos más oscuros dando posibles soluciones, y, en algún caso, teniendo en cuenta los criterios de legislaciones comparadas.

Con este estudio se pretende una exposición, lo más detallada posible, de la doctrina y jurisprudencia sobre los tipos agravados y cualificados de lesiones, así como unas breves pinceladas de la legislación comparada tanto europea como sudamericana. El objetivo pretendido es si no solventar todos los problemas técnicos y sustantivos de nuestra legislación sobre la materia (objetivo imposible pues se requeriría un cambio de los artículos 148, 149 y 150 del CP), al menos clarificar, en la medida de lo posible, las dificultades existentes. Y exponer las corrientes doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia.

Finalmente, señalar la denominación de los artículos 148, 149 y 150 como tipos agravados y cualificados por la mayor pena y lesiones específicas que conllevan respecto al tipo básico del artículo 147. La doctrina generalizada denomina lesiones agravadas sólo a las contempladas en el artículo 148 del Código penal y lesiones muy graves a las reguladas en los artículos 149 y 150. Sin embargo, una unificación en la denominación de las lesiones contempladas en los tres preceptos mencionados supone una delimitación más concreta frente a las lesiones básicas, menos graves e imprudentes que se desarrollan en el Título III del Libro II del Código Penal.