

*Revista del  
Foro Canario*

*Revista del Foro Canario*

89

*Las Palmas de Gran Canaria, 1994*



*Portada:* Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.  
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL  
35008 LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPÓSITO LEGAL: G.C. 258/80

I.S.S.N.: 0211-0903

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

Salvador Trujillo Perdomo

**Decano del Colegio**

Jaime Santana Castellano

**Diputado Primero**

Antonio Inglott Domínguez

**Diputado Segundo**

Javier Ayala Galán

**Diputado Tercero**

Juan Delgado Rodríguez

**Diputado Cuarto**

Jaime Rubio López

**Diputado Quinto**

José C. Vidal Martínez

**Diputado Sexto**

Josefina Navarrete Hernández

**Diputado Séptimo**

Noemi Fernández Álvarez

**Diputado Octavo**

Luis F. Naranjo Sintes

**Bibliotecario-Contador**

Javier Marrero Pulido

**Tesorero**

Rafael Vera Cominges

**Secretario**

## **COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO**

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintes

## **COORDINACIÓN**

Juan Antonio Martínez de la Fe

## **REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN**

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6  
35001 Las Palmas de Gran Canaria

# LOS DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA Y CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MENTAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

**JOAN JOSEP QUERALT**  
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL  
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

## SUMARIO

- I. NECESIDAD, SENTIDO Y ALCANCE LA REFORMA DE  
LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD  
FÍSICA Y MENTAL.
- II. DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE.
  - A) Delitos suprimidos.
  - B) Delitos subsistentes.
    - a) Homicidio.
      - aa) Homicidio doloso.
      - ab) Penalidad.
      - ac) Homicidio imprudente.
      - ad) Penalidad.

- b) Asesinato.
  - ba) Nueva formulación típica.
  - bb) Penalidad.
- c) Inducción y auxilio al suicidio.
  - ca) Formulaci3n típica.
  - cb) Penalidad.
  - cc) La eutanasia.

### III. DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA NO DEPENDIENTE.

- A) Delitos suprimidos.
- B) Delitos subsistentes.
  - a) Modalidades típicas.
    - aa) Tipos relativos a la gestante: penalidad.
    - ab) Tipos relativos a terceros.
    - ac) Penalidad.
- C) El aborto imprudente.
- D) Las causas de impunidad.
  - a) Sistema de indicaciones.
  - b) Innovaciones.

### IV. DELITOS DE LESIONES: UNA NUEVA FORMULACI3N.

- A) Delitos suprimidos.
- B) Delitos subsistentes.
  - a) Innovaciones típicas.
  - b) Las mutilaciones.
  - c) Las lesiones stricto sensu.
  - d) Nueva clasificaci3n.
  - e) Penalidades.
- C) Nuevos delitos.
  - a) Variantes.
  - b) Penalidades.
- D) El consentimiento.
- E) Las lesiones imprudentes<sup>(1)</sup>.

(1) La novedad que introduce el PCP en materia de protecci3n de la vida humana por aspectos relativos a la manipulaci3n genética o embrionaria no pueden ser tratados aqu3. El alcance de estos nuevos tipos requiere un análisis propio y pormenorizado, lo cual desbordaría el marco de las líneas que siguen.

## **I. NECESIDAD, SENTIDO Y ALCANCE DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MENTAL**

El PCP da comienzo a la Parte Especial, precisamente, con los delitos tradicionalmente denominados contra la vida y la integridad física y mental. Este encabezamiento de la porción que el texto punitivo dedica a cada una de las infracciones penales en sí mismas consideradas suponen un giro copernicano en la sistemática de nuestro texto criminal básico.

Ciertamente, se han alzado voces <sup>(2)</sup> contra la sistemática actual por entender que encabezar la Parte Especial con los delitos contra el Estado, lato sensu entendido, es impropio de la sensibilidad social y política de nuestros días. El legislador, prelegislador más correctamente, se ha hecho eco de este estado de opinión y ha enfatizado este cambio.

Dejando de lado los no pocos problemas prácticos que ponen patas arriba un Código centenario como el nuestro supone <sup>(3)</sup>, la afirmación que se efectúa en la Exposición de motivos del PCP no puede ser tenida como realmente seria, pues no se llega a producir vuelco alguno en el área de la protección penal de la vida. Estamos en presencia de supuesto paradigmático de legislación simbólica, puesto que el único efecto plausible de la reforma, en líneas generales, no es el reforzamiento real de la protección de la vida humana, sino la apariencia de que tal cambio se ha producido.

Tres argumentos de diversa índole me llevan a sustentar tan radical opinión y a censurar, por tanto, en este aspecto, el PCP. Considero, de una parte, que la regulación de la imprudencia y de la responsabilidad civil contenida en el PCP, y, de otra, la actuación diaria de algunos poderes públicos perturbando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los justiciables son pruebas palpables del auténtico espíritu que anima al PCP.

Si observamos la regulación propuesta de la imprudencia veremos que sólo el homicidio imprudente grave es delito (art. 148. 1. PCP); el homicidio imprudente leve es falta (art. 600. 2. PCP), que además, sólo será perseguible de mediar previa denuncia del ofendido <sup>(4)</sup>. Para más inri nos encontramos con que el PCP no contiene referencia alguna a si la negligencia o impericia profesional es equiparable a la imprudencia grave, trasunto, al parecer, de la clásica imprudencia temeraria.

(2) Vid., por ejemplo, QUINTANO, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I/1º, 1972 — ed. a cargo E. GIMBERNAT —, págs. 14 ss., 25 ss.

(3) Cfr. QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, 1992, pág. VIII.

(4) Sobre la problemática de que la falta de homicidio imprudente pueda ser proseguido sólo si media denuncia del ofendido vid. infra B) ac).

Así las cosas, pudiera muy bien resultar que la mayor parte de las imprudencias en materia de homicidio quedan relegadas a falta, lo que, en no pocas ocasiones acarrearía, mediando compensación económica o no, la impunidad<sup>(5)</sup>. Una impunidad tan amplia en materia de delitos contra la vida casa mal con el declarado propósito del prelegislador de proteger jurídicamente penalmente con la amplitud que se merece dicho bien jurídico.

En segundo lugar, nos encontramos con la regulación de la *responsabilidad civil* cuando el obligado al pago de la misma es un ente público. La vida y la impericia de determinados agentes públicos van de la mano en no pocos casos. Rememoremos aquí sólo dos haces de supuestos: los disparos policiales y las impericias médicas. Pues bien: cuando el sujeto pasivo o sus causahabientes dispongan de una sentencia penal favorable, ésta sólo podrá hacer referencia al aspecto penal. Tratándose el obligado al pago subsidiario —o directo— un ente público<sup>(6)</sup>, el Tribunal penal deberá abstenerse de todo procedimiento (art. 122 II PCP), y el interesado, de querer resarcirse económicamente por la pérdida de un bien como la vida o la integridad física, tendrá que acudir a un procedimiento administrativo, primero, y casi con certeza contencioso-administrativo, después. Tal sistema llevado al terreno de la protección jurídico-penal de la vida e integridad física, que, a no dudar, uno paradigmático, no deja de ser curioso.

Y no vale argumentar diciendo que la responsabilidad civil es una institución de carácter privado y no jurídico-penal. Ello supone *confundir* dos cuestiones diversas; por un lado, la naturaleza jurídica del instituto, que es civil<sup>(7)</sup>, y otra muy distinta, cual es la funcionalidad político-criminal del instituto y su clara vertiente de protección específica de la víctima, de sus allegados y de los demás perjudicados por el delito.

Finalmente, para proteger jurídicamente penalmente la integridad física de las personas no basta con una alteración simbólica en la sistemática positiva.

- 
- (5) Piénsese que si el proceso penal se inicia por falta, el período de prescripción de estas infracciones es relativamente corto (ahora dos meses; en el futuro, quizás, seis —art. 137. 3. PCP—); en consecuencia, si el hecho inicialmente denunciado se presenta como falta, la posibilidad de protección jurídico-material de la víctima es mínima y puede tener cierta relevancia criminológica.
  - (6) Estado, Comunidad Autónoma, Municipio y demás entes públicos reza el art. 122 II PCP. Entre estos entes públicos se encuentran los organismos autónomos (INSALUD —para las actuaciones facultativas—, los Colegios profesionales —por el visado de servicios, p. ej.—, Consejo de Seguridad Nuclear,...). No menos interés tiene saber si “ente público” vendrá determinado por el giro jurídico o por su adscripción administrativa o por la titularidad de su propiedad; así, los casos de RENFE o RTVE —y sus homólogas autonómicas—; piénsese en un accidente ferroviario o en una condena por intromisión en la intimidad con ocasión de la difusión de un programa emitido por una cadena pública de radio y/o televisión.
  - (7) Vid., por todos, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, págs. 28 ss.; el mismo, *Derecho penal. Parte General*, 1990, págs. 14 ss.

Hace falta algo más: y ese algo no es más que una tutela judicial que, cumpliendo a pies juntillas el programa constitucional, sea realmente efectiva. Y no podrá ser realmente efectiva tal tutela judicial si, por más celeridad que intenten imprimir los órganos judiciales a las causas penales en las que se enjuicia una lesión o puesta en peligro de la vida o la integridad física de los ciudadanos, el Ministerio Fiscal, que depende en no poca medida del Poder Ejecutivo no cumple taxativamente con las funciones para las que está diseñado constitucionalmente; entre otras “promover la acción de la justicia” (art. 124. 1. CE), aun cuando los acusados sean funcionarios públicos o el responsable civil sea un ente público. Igual recriminación ha de hacerse a la actuación del Abogado del Estado cuando, en un torticero entendimiento del derecho a la tutela judicial de un ente público, dilata el cumplimiento de una sentencia mediante la interposición de recursos a los que es más que dudoso que tenga derecho constitucional<sup>(8)</sup>. Que un ente público, alegando tal discutible derecho fundamental a la tutela judicial, deje sin efecto el derecho a la tutela de un ciudadano —sujeto cabal de los derechos públicos fundamentales— es algo más que sorprendente<sup>(9)</sup>. Erradicar esta posibilidad sería mucho más efectivo para la vida —y otros no menos relevantes derechos, fundamentales o no— que el cambio situacional de los preceptos.

Desde esta perspectiva, pues, no es extraño que el cambio posicional de los delitos contra la vida e integridad física y mental, encabezando la Parte Especial, no se considere más que un esfuerzo simbólico y sin alcance real, pues ello no supondría eliminar trabas reales en su protección, sino que dichas trabas se agigantan con el PCP.

(8) El derecho constitucional, de acuerdo al art. 6. 3 CEDH y art. 14. 5 PIDCP, a una doble instancia lo es sólo para el condenado criminalmente; y el responsable civil no lo es. Por lo tanto, no existe ningún obstáculo en privar a los entes públicos de esa revisión de la condena civil, máxime cuando no afianzan su cumplimiento ni se acepta su ejecución provisional; cfr., por todas y con toda claridad STC 37/1988, f. j. 7.

(9) Ello es mucho más grave cuando, tratándose por ejemplo de un homicidio frustrado en la persona de un recluso, la Abogacía del Estado acepta ante la Audiencia —obligado por la doctrina jurisprudencial más reciente —SSTS 20.10 y 26.12.1989, 23.1.1990, entre otras— el pago de ciertas indemnizaciones y, al formular el recurso de casación a la vista de la indemnización a la que ha sido condenada la Administración pública —condena de todo punto racional, dicho sea de pasada: indemnización al recluso y a su familia por el daño sufrido, más una serie de pensiones vitalicias por el estado de coma en que se encuentra irremediamente sumido aquél—, abandona su posición inicial y niega cualquier derecho reparador a la víctima. Lógicamente, aparte de inadmitirse el citado recurso —ATS 28.7.1993—, se afirma que nadie puede ir contra sus propios actos —f. j. 1—.

## II. DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

En lo esencial, la reforma pivota sobre los mismos delitos que hasta la fecha: homicidio, asesinato e inducción y auxilio al suicidio. Ahora bien, el tono dado fundamentalmente a esta última figura permite adivinar, como veremos, un enfoque *político*-criminal radicalmente distinto del legislador en materia de delitos contra la vida que el sostenido hasta ahora.

No obstante, antes de entrar a analizar las modificaciones producidas o, mejor dicho, planeadas, veamos cuáles han sido los delitos que desaparecen y qué sentido cabe dar a tal desaparición.

### A) Delitos suprimidos

Abandonado ya el homicidio en riña tumultuaria por la reforma practicada por la LO 3/1989, atendidas por fin razones de sobra conocidas relativas a la presunción de inocencia, el PCP plantea expulsar del acervo penal tanto el parricidio como el infanticidio. Ambas supresiones merecen, desde mi punto de vista, aplauso.

Por lo que respecta al *parricidio*, y aunque pudiera sonar a perogrullo, la supresión de figuras penales ha de ser siempre bien recibida, si, como dice también la Exposición de Motivos, nos hallamos ante un movimiento despenalizador. En segundo lugar, existe una fundamentación sociológica, o, si se quiere, ideológica: la sociedad ha dejado de ser patriarcal, por un lado, y, por otro, tiende al igualitarismo. En este contexto no es de extrañar que la figura del parricidio, ajena, además, al Derecho comparado, resultara un anacronismo; máxime, después de haber perdido tras la reforma de 1983 el honor de ser la figura más grave del CP<sup>(10)</sup>, lo que ha sido absurda fuente de no pocos problemas<sup>(11)</sup>.

Por lo tanto, sin entrar ahora en la polémica de si el delito de parricidio es un delito autónomo o no<sup>(12)</sup>, no cabe duda de que, manteniéndose en lo esencial el sistema peculiar español de circunstancias atenuantes y agravan-

(10) Sin que se sepa bien por qué, en 1983 se incrementó la pena del asesinato, convirtiéndolo en el delito más grave. Tradicionalmente, pese a la identidad de penas, dado que el parricidio abría el título de delitos contra la vida, y dado que el legislador abre los títulos con el delito más grave, se tenía al parricidio por el delito más grave contra la vida.

(11) Cfr., por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La relación concursal parricidio-asesinato después de la reforma de 1983*, en *La Ley*, 1983; CARBONELL, *¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes?*, en *ADPCP*, 1986; MIR PUIG, *Sobre la relación entre parricidio y asesinato*, en *Homenaje a Fernández Albor*, 1989.

(12) Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 1991, pág. 52.

tes, matar a ascendientes y descendientes en primer grado continuará siendo más grave que matar a un tercero, pero, como en la actualidad, menos grave que si se le hubiera asesinado. Ahora bien, si concurren, además del parentesco (art. 22 PCP), alguna de las circunstancias del asesinato, procederá la aplicación de esta figura con la citada circunstancia mixta; de este modo, el actual problema concursal existente entre parricidio y asesinato desaparece.

E igualmente desaparece buena parte de la problemática relativa a la coautoría y participación del extraneus en el parricidio. Si el PCP se convierte en Derecho positivo, sólo podrá apreciarse la agravación de la mentada circunstancia mixta en aquellos sujetos en quienes concurra. Así es: ello viene impuesto por el futurible art. 62. 1 PCP, trasunto literal del art. 60 I CP aún vigente.

Por lo que hace relación al *infanticidio* su supresión, como justifica la Exposición de Motivos, era aún más necesaria. En efecto, reconducido el honor —y la honra, versión sexual de ése<sup>(13)</sup>— a un terreno menos virulento, la permisividad en las relaciones sexuales y la existencia, si bien aún cicatera y restringida, de causas de impunidad en el aborto, el infanticidio<sup>(14)</sup> debía pasar a mejor vida. Ello ha de ser así, si, además tenemos en cuenta que los abuelos maternos, sin consentimiento de la madre podían dar muerte al bebé y beneficiarse de la misma reducción punitiva que aquélla, aun sin mediar su indicación o consentimiento. El intento del Código republicano de ampliar el ámbito de lo punible, trocando la expresión “hijo que no haya cumplido tres días” por “recién nacido” no fue, allá en 1932, secundado por la jurisprudencia y la doctrina se ha mostrado muy crítica respecto de esta figura<sup>(15)</sup>. En fin, el delito de infanticidio concebido como privilegiado parricidio resulta incabable con la protección del ser vivo que debe brindarle el Estado social y democrático de Derecho; si existen problemas personales en la madre, éstos deben ser resueltos antes del nacimiento, ya sea mediante la adecuada utilización y facilitamiento de métodos anticonceptivos, ya sea acudiendo, cuando sea legalmente posible, al aborto. Únicamente cometido, si el PCP se convierte en Derecho positivo, un asesinato, caso de dar muerte al recién nacido, cabría aplicar las reglas generales de la disminución de la imputabilidad —y correlativamente de la penalidad— si se entiende alterada, a la vista de las circunstancias del caso, la norma motivabilidad de la autora. Dejar jugar libremente las reglas generales, que para eso son generales, es mejor que la

(13) Vid. la acertada STS de 9.3.1989; cfr., igualmente, COBO/CARBONELL en VIVES (Coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 1990, págs. 528 ss.

(14) La Exposición de motivos califica al infanticidio de asesinato, lo cual, ciertamente, en cuanto a su parte ejecutiva no es descabellado; sin embargo, se trata, como es obvio, de un parricidio privilegiado.

(15) Por todos, vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal cit.*, 1991, pág. 56.

previsión, como sucede en ocasiones en el Derecho comparado y que el Proyecto de 1980 efectuaba, de una figura de infanticidio atenuado por el puerperio.

## B) Delitos subsistentes

### a) *Homicidio*

#### aa) *Homicidio doloso (art. 144)*

Comparando las dicciones del aún vigente art. 407 CP y propuesto, las diferencias estriban en una modificación meramente estilística y en la pena.

Por lo que hace referencia al cambio de términos empleados en la confección del tipo, ha de señalarse que ninguna precisión nueva se gana. Trocar “como homicida” por “reo de homicidio” tiene sentido únicamente si se considera que la expresión secular de nuestro código contenía una alusión al autor y no al hecho, es decir, que era, acaso, una muestra de Derecho penal de autor. Mantener esto con la sola ayuda de un pasaje supone un empeño vano, pues muy otros y más graves son los problemas de la legislación y la política criminales. Más bien ha de tomarse esta expresión —y la que se propone— como un prurito estilístico del legislador, sin trascendencia alguna que pretenda, además, dotar de nomen iuris a un delito de sobras conocido<sup>(16)</sup>.

#### ab) *Penalidad*

Más significativa resulta la aparente rebaja en materia de *punición*<sup>(17)</sup>. En efecto, la pena prevista, prisión de 10 a 15 años, es inferior en un 20% a la actual de 12 a 20 años. Sin embargo, y esto lógicamente es de general aplicación a todos los delitos, dado que *desaparece la redención de penas* por el trabajo, el actual art. 100 CP, la penalidad, *de hecho se ve incrementada*.

Este *incremento real* resulta *criticable*<sup>(18)</sup>, pues denota una política criminal conservadora: la represión es el instrumento principal de acción estatal sobre la criminal y sus causas. Este neoconservadurismo penal es del mayor interés, puesto que endurece la posición del Estado respecto al delincuente, propiciándose de este modo un más intenso y acelerado proceso de marginalización social. Este proceso resulta a todas luces preocupante.

(16) Este esfuerzo denominador no se da en la inmensa mayoría de infracciones, siendo la doctrina y la jurisprudencia, de la mano de la Historia, quienes, por lo general, bautizan las diversas infracciones.

(17) De acuerdo al art. 78. 4. PCP. de causar una sola acción varios delitos de homicidio o asesinato, se penará cada uno por separado. Aunque el PCP no lo diga, se entiende que con el límite del art. 77 PCP.

(18) Sin embargo, el art. 94 PCP permite entender que fuera de los casos de terrorismo, rebeldes o bandoleros, pueden aplicarse ciertos beneficios teniendo en cuenta la pena no totalmente impuesta sino la realmente extinguida.

Cierto es que las reducciones de pena, al igual que los indultos, se prevén cuando el legislador es consciente de la injusticia, o cuando menos inconveniencia, de castigar un hecho o de castigarlo con la pena que lo hace. Desahacerse de dichos mecanismos significa la confianza del legislador en sus propias decisiones valorativas, es decir, en la justeza de las previsiones típicas y punitivas.

Centrando estas consideraciones en nuestro tema resulta que los hechos que se cometan tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal sufrirán, en la práctica mayor castigo que en la actualidad, en la que, como mínimo, la reducción nominal de la pena impuesta es de un 30%. Efecto directo de esta política de endurecimiento será el incremento de la población penitenciaria, salvo que se recurra a las alternativas legales al ingreso en prisión, más generosas en el PCP que en el CP vigente. Otra alternativa, indeseable desde todo punto de vista por quedar sustraída a todo control y ser constitucionalmente dudosa, es la de recurrir al indulto particular, tal como, yendo más allá de lo previsto en el aún vigente art. 2.2, establece el proyectado art. 1.3.

En consecuencia, la pena del homicidio no ha sufrido una disminución, sino que, a la vista de las posibilidades reales de ejecución puede afirmarse que se ha incrementado respecto a la situación real actual.

ac) *Homicidio imprudente (arts. 148, 600. 2)*

Como es sabido, todos los proyectos desde 1980 han pretendido acabar con el sistema tradicional de incriminación abierta de la imprudencia. No vamos a entrar aquí en polémica, aunque, sin duda, pese a la plasticidad del sistema aún vigente, el propuesto, de ser diseñado con atención, será político-criminalmente satisfactorio y, sin duda, más atento con el principio de legalidad.

Dicho esto, no parece que pueda cuestionarse que el homicidio es una de las infracciones en que parece ineludible construir un tipo o tipos imprudentes. Lo que llama la atención es el hecho de que aplicando al homicidio el nuevo planteamiento del delito culposo, obtenemos unas tipificaciones, que, como mínimo, cabe calificar de sorprendentes.

En efecto, dado que el PCP sólo conoce dos clases de imprudencia<sup>(19)</sup>, la grave y la leve, la primera es constitutiva de delito y la segunda de falta. Con lo que tenemos una falta de homicidio imprudente leve (art. 600. 2 PCP). Este diseño legal, al menos en lo que a nuestro concreto tema concierne resulta más que problemático. Y ello por varias razones, unas de índole general y otras de índole específica del delito de homicidio; así:

(19) La tabla de adecuaciones de las actuales modalidades de imprudencia en relación con las creadas en el PCP no se contempla en las prolijas disposiciones transitorias de éste.

I) nada dice el PCP que haya que entender por imprudencia grave o leve;

II) nada hay en el PCP que obligue a considerar la imprudencia temeraria actual como la grave futura;

III) nada hay en el PCP que obligue a considerar la negligencia o impericia profesionales, hasta ahora generalmente equiparadas a la imprudencia temeraria, a la imprudencia grave en el PCP;

IV) resulta difícilmente aceptable que una destrucción de la vida, siquiera imprudente, sea merecedora sólo de ser inhibida mediante una pena mínima y aun sujeta a denuncia previa del ofendido.

Repasamos, aunque someramente, las precedentes consideraciones. Así, para:

I) La indefinición que genera el que la imprudencia pueda ser entendida como grave o leve sin mencionar criterios legales que lo hagan hacedero, supone desperdiciar la ocasión que la Exposición de Motivos dice haber aprovechado para asegurar el *principio de legalidad*. En efecto, si, entre otras cosas<sup>(20)</sup>, la alteración radical de la imprudencia obedece a preservar el principio de legalidad, mal puede entenderse éste preservado mediante la introducción de *cláusulas valorativas* que dejan a los operadores jurídicos inermes ante su propio arbitrio.

Ciertamente, la imprudencia puede ser grave tomando en consideración el grado de desatención de la norma de cuidado o a la vista de la lesión del bien jurídico. Sin embargo, esta dicotomía dista de ser tan tajante como parece ser entendida por cierto sector doctrinal<sup>(21)</sup>. En efecto, el hecho de hallarse el sujeto activo en una posición potencialmente peligrosa para un bien jurídico de importancia debe integrar necesariamente la valoración que se haga sobre el deber interno de cuidado y, por tanto, integra el grado de gravedad de la imprudencia. De esta suerte, el concatenado de objeciones efectuadas puede abordarse muy críticamente.

II) Huérfana la dicción prelegal de criterios, se corre el riesgo, por mor de buscar una pauta de seguridad jurídica, de equiparar la imprudencia temeraria a la grave y la simple a la leve; ello impediría matizar la existencia de otras modalidades de imprudencia, reconducibles a grandes rasgos a las dos típicas y reconocibles a la hora de medir la pena a imponer al hecho con-

(20) El principio de intervención mínima entre otras; vid. Exposición de motivos —*Boletín de Las Cortes Generales*, 23.9.1992—, págs. 4/II, 5/I.

(21) Vid. VIVES, en BOIX/ORTS/VIVES, *La reforma penal de 1989*, 1989, pág. 28.

creto. Si ello se admitiera, y admitiendo que la entidad del bien jurídico penalmente protegido ante el que el sujeto se halla debe ejercer una función de llamada, cuya desatención integra la gravedad de la imprudencia, podríamos castigar la muerte imprudente de un hombre siempre como homicidio imprudente, en grado mínimo si se quiere, puesto que no existe siempre y en todo caso temeridad —el grado sumo de la imprudencia, lo diga o no la Ley—. Pero ello se halla desmentido por el citado art. 600. 2 PCP, que, por primera vez, rompe con la oscuridad legal habitual<sup>(22)</sup>, y se hace referencia expresa a que la muerte por imprudencia simple de un ser humano constituye una falta sometida, además, a la *condición de perseguibilidad* que supone la *denuncia del ofendido*.

A diferencia de otros pasajes legales en que se hace referencia al “perjudicado”, aquí el pretexto, como se ha puesto ya de relieve anteriormente, siguiendo el art. 586 bis CP, sólo tiene presente al “ofendido”. En buena lógica, material y no meramente procesal, el ofendido es el titular del bien jurídico; una vez fallecido, tal titular desaparece. Dado que, por otro lado, la denuncia no está configurada en nuestro ordenamiento como un derecho subjetivo, la persecución de la falta imprudente de homicidio queda más que en el aire. El que el lesionado pueda perseguir a su lesionador y los deudos del fallecido sólo puedan instar una acción civil de responsabilidad contra el causante imprudente de la muerte de su familiar suena algo chusco. Es algo que, ciertamente, debería ser corregido, salvo que, orquestando una ceremonia de la confusión, hagamos decir a la ley lo que no dice y que sean una vez más los operadores jurídicos quienes, extravasando su función, colmen las deficiencias, de otro lado elementalmente evitables, que produce el prelegislador con más frecuencia de lo que la seriedad aconseja.

III) Particular importancia tiene, de otro lado, el que no figure mención alguna a la negligencia o impericia profesionales, toda vez que, como ya apunté más arriba, dos fuentes paradigmáticas entran aquí en juego: las actuaciones policiales y las médicas. Sólo una interpretación, que es una propuesta y no el cumplimiento de un inequívoco mandato legal, permitirá equiparar dichas modalidades de imprudencia a la imprudencia grave y, por tanto, permitirán castigar el homicidio imprudente como delito y no como falta. De no ser así, ello, además, podría verse agravado por la limitación en materia de perseguibilidad de la falta; o lo que es lo mismo: un entendimiento técnico-jurídico pulcro, que es, sobra decirlo, el siempre exigible, hará que la acción penal que quede a los perjudicados sea nula en materia de homicidio

(22) Las faltas vienen hablando en el Derecho vigente de “mal a las personas”; vid. GARCÍA ARÁN, en MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, pág. 134.

imprudente, aunque éste sea por negligencia profesional. Si se califica de falta, estando ausente, por ser imposible su nacimiento, la denuncia del ofendido, sólo la acción civil por responsabilidad extracontractual será la puerta que permita el resarcimiento por la indebida pérdida del allegado<sup>(23)</sup>.

IV) Si la vida fuera el bien supremo y fundamental que la Exposición de motivos del PCP afirma enfáticamente, no podría darse ningún ataque contra la vida e integridad física y mental que fuere constitutivo de falta. Todos los ataques, dolosos e imprudentes a tan preciado y elemental bien jurídico, deberían ser castigados como delito. Así es en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Ello lleva a efectuar desde aquí una propuesta que se ha hecho desde otros foros: la *desaparición de las faltas* y, en todo caso, *no considerar nunca falta cualquier ataque contra los bienes personalísimos* de los ciudadanos.

El mantenimiento de las faltas atenta contra el principio de *última ratio* del Derecho penal, por un lado, y contra el principio de indemnidad de bienes jurídicos, por otro. Despenalizar, o lo que es lo mismo, reducir el Derecho penal a lo que en cada momento se consideren sus justos términos es un postulado ciertamente irrenunciable. Pero no es menos irrenunciable asegurar jurídico-penalmente la plena protección de ciertos bienes jurídicos, máxime cuando la jurídico-penal es la única que, por mor de la prevención general, puede desplegar efectos razonables.

#### ad) *Penalidad*

Por lo que respecta la *penalidad*<sup>(24)</sup> del homicidio imprudente grave, dejando de lado lo dicho ya sobre la aparente rebaja de las penas, la aquí prevista puede considerarse acertada y supone una rebaja del 50% respecto de la vigente. En cambio, la pena por falta de homicidio imprudente (pena de multa de uno a dos meses) parece más bien ridícula.

#### b) *Asesinato (arts. 145 y 146)*

Por un lado, el asesinato recibe una correcta simplificación y, por otro, experimenta una agravación específica.

#### ba) *Nueva formulación típica*

En efecto, las modalidades típicas sufren una drástica reducción. En primer término se hace desaparecer una redundancia, pues, en puridad, la

(23) Con ello, máxime en una materia como la vida, la protección de la víctima queda penalmente muy diluida.

(24) La previsión específica, relativa a la privación del permiso de conducir, contenida en el art. 148. 2 PCP resulta lógica.

actual múltiple circunstancia 3ª del art. 405, no representa más que modalidades de alevosía<sup>(25)</sup>.

La premeditación suponía, en el fondo, un castigo del fuero interno por mostrar una tendencia interna intensificada. Quien premedita no es más peligroso, sino que puede manifestar mayor perversidad, es decir, puede manifestar una tacha moral. Pero por una disposición moral no es lícito en el Derecho penal democrático del Estado social de Derecho imponer a alguien la pena del asesinato. Y todo ello sin entrar, por ejemplo, en las enormes dificultades reales de distinguir el dolo de la premeditación, cuando la ejecución del hecho requiere un plan medianamente minucioso. A ello se añade la no renuncia jurisprudencia a hacer compatible la premeditación con causas de semiimputabilidad<sup>(26)</sup>. En suma la supresión de este subjetivismo debe ser recibida con aplauso.

#### bb) *Penalidad*

La *penalidad* del asesinato merece un breve comentario. Por un lado, la penalidad básica baja del grado máximo de la reclusión mayor, es decir, de los veintiséis años, ocho meses y un día a treinta años, a una pena sustancialmente inferior, al menos nominalmente: de quince a veinte años. Esta rebaja merece, por igual, aplauso, dado que supone una rebaja sustancial comparada la virtualidad imperante.

En cambio, no merece igual elogio el que, de concurrir dos elementos del asesinato, la pena se incremente por encima del marco típico (de veinte a veinticinco años). Se rompe el sistema aún vigente consistente en considerar la circunstancia no constitutiva de asesinato como una agravante genérica, con lo que la pena se imponía en grado medio o máximo, pero sin superar el citado marco típico.

#### c) *Inducción y auxilio al suicidio (art. 149)*

Los tres primeros apartados de este precepto contienen conductas análogas a las actuales contenidas en el art. 409 CP. Pero si bien las conductas punibles son igualmente tres, dos cuestiones llaman poderosamente la atención, la disminución general de las penas nominales con relación al Derecho aún vigente y la diferenciación de las coincidentes castigadas. Conductas por esta segunda cuestión, es decir, la relativa a la diferenciación de comportamientos.

(25) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal* cit., 1991, pág. 41.

(26) Cfr. QUINTANO, *Tratado* cit., I, 1972, págs. 310 ss.; QUERALT, *Derecho penal* cit., 1992, págs. 27 ss.

ca) *Formulación típica*

Por fortuna el prelegislador lleva a cabo una tarea elemental: distingue en la letra de la ley lo que es diferente en el mundo real. Así se distingue, de mayor a menor: el auxilio ejecutivo al suicidio, la inducción al suicidio y la complicidad en el suicidio. Y distingue porque atribuye tres penas diferentes, en lugar de las dos actuales.

Como en el Derecho vigente se distingue la penalidad entre el auxilio ejecutivo —que ahora, además, no se equipara al homicidio— y la inducción al mismo. Esta diferenciación ha de permitir que no se incluyan en el tipo de inducción comportamientos que no sean constitutivos de inducción, es decir, de la producción en el sujeto, por medios psicológicos directos, de la determinación de llevar a cabo la acción. Es más: argumentar contrariamente a esto e incluir, por ejemplo, la divulgación de las ideas relativas a la muerte digna o la creación de una asociación en tal dirección, a la vista de la regulación que de la buena muerte efectúa el último párrafo del art. 149, resultaría ahora, además, político-criminal absurdo. La inducción al suicidio tanto dogmática como político-criminalmente debe mantener en los términos de la inducción del actual art. 14, 2º CP o del futuro art. 25, 2º PCP.

La distinción decisiva que ha introducido el PCP estriba en la diferenciación que se efectúa entre la inducción y la cooperación. A diferencia del texto vigente, la cooperación aquí es una conducta secundaria y marginal. A la vista de tal consideración legal carece de mayor interés distinguir entre cooperación necesaria o mera complicidad; la razón estriba en la penalidad, ya muy degradada con relación al auxilio ejecutivo, que asigna el PCP a este haz de comportamientos.

Ha de añadirse una cuestión de no poco interés y que, en buena lógica, deberá cerrar una polémica: la de la cooperación por omisión. A la vista de que el PCP (art. 149. 2) exige que la cooperación se realice mediante *actos*, no me parece ya posible seguir, no ya incluyendo cooperación por omisión, sino, simplemente, hablar de esta cuestión. Se trata de una clara restricción de la materia de lo punible.

Y en conexión con la *restricción de la punibilidad* debe ponerse de relieve un punto significativo. Dado que en el PCP sólo son punibles los actos preparatorios cuando su punición está específicamente prevista, al no estarlo aquí, sólo podrá castigarse alguna de las figuras a las que aquí pasamos revista si se produce el delito consumado.

cb) *Penalidades*

El proyectado art. 149. 3 PCP, que contempla el auxilio ejecutivo al suicidio, *rompe con un tabú secular*: la equiparación de esta figura a la del

homicidio, equiparación que algunos creyeron era un privilegio, pues, en realidad, estaríamos ante un asesinato atenuado<sup>(27)</sup>.

Sin necesidad de entrar ahora en las profundidades morales y antropológicas del llamado homicidio-suicidio, lo cierto es que considerar que el auxilio ejecutivo al suicidio no debe tener ni tan siquiera la pena del homicidio, hace patente una concepción del hombre diversa a la judeo-cristiana que, por unas u otras razones, ha sido dominante en Occidente durante los últimos 20 siglos. El que el consentimiento o la petición del suicida para que un tercero lleve a cabo su muerte o participe directamente en la ejecución de la misma sea tenido en cuenta para modificar a la baja la pena tradicionalmente asignada a este delito no puede sino significar que se considera que el hombre es más dueño de su propia vida y que, por tanto, puede disponer de ella en mayor medida.

Y es más: la experiencia demuestra que la cooperación ejecutiva al suicidio, fuera de los casos de eutanasia, responde, en la inmensa mayoría de casos, a situaciones anímicas que, aunque alejadas de la enfermedad, entran en el campo de la patología de la desesperación y que quien da muerte a otro, a petición sería de éste, normalmente mediante un pacto de doble muerte, experimenta no poca desesperación por sobrevivir a tal pacto de sangre. Por ello, el legislador de un Estado social y democrático de Derecho, partiendo del pluralismo ideológico y cultural de la sociedad, hace bien en reconocer estas situaciones. Cosa distinta es el límite hasta donde la prudencia debe llevar la atenuación de la pena y la eventual despenalización, legal o judicial<sup>(28)</sup>.

A no dudarlo, éste es un aspecto tan novedoso como polémico, que generará controversias encendidas. Lo significativo es, desde mi punto de vista, que se ha iniciado una época en que el pluralismo también se reconoce en aquellos recovecos más íntimos del ser humano y pasan de estar penalizados, incluso gravemente penalizados, a verse con mucha mayor humanidad y comprensión, sin pretender imponer con la fuerza de la coacción estatal un determinado modo de ver y entender el mundo y al hombre mismo.

cc) *La eutanasia*

A no dudar, la previsión que contiene el último párrafo del art. 149 PCP levantará no pocas ampollas, por ahondarse un grado más en la ruptura del tabú que antes comentaba. Dicho lo que antecede sobre el reconocimien-

(27) Vid. QUINTANO, *Tratado* cit., 1972, págs. 382 ss.

(28) Piénsese en la aplicación de la eximente incompleta de trastorno mental y la posibilidad, en consecuencia, de remisión condicional de la pena, si tal atenuante se aprecia como muy cualificada.

to del pluralismo cultural e ideológico, no creo que deba añadirse nada más en tal sentido.

Procede, pues, únicamente, el análisis de este tipo, atenuando en relación con el auxilio ejecutivo al suicidio, en atención a una modalidad de disposición sobre la propia vida.

La *acción* típica prevista es la de poner fin directamente a la vida del doliente o bien cooperar activamente en el suicidio; estos conceptos ya nos son conocidos por haber sido previamente definidos en los apartados 3 y 2 del art. 149, por lo que a lo allí dicho hay que remitirse ahora. En todo caso, constituye un acierto no limitar los *sujetos activos* de este delito atenuando a los médicos u otro personal sanitario; el que puedan ser incluidos en este preciso título los parientes, familiares o allegados del doliente supone, a mi modo de ver, un claro acierto.

Por lo que respecta a la petición —lo que excluye el consentimiento, es decir, el conformarse con ser eliminado—, ésta ha de ser *expresa y seria*. Ello significa que, de una parte, tal petición sólo puede tener lugar o bien mediante una declaración previa a la situación al modo del denominado testamento vital —lo que genera algunas reticencias lógicas—, o bien ha de ser formulada en el caso concreto por el interesado. Ello *excluye* la *eutanasia directa* basada en un consentimiento presunto de la víctima; y, de igual modo, queda excluida la *eutanasia precoz*.

Estas restricciones, en principio, parecen acertadas; o lo que es lo mismo: lo que no pueda quedar cubierto bajo la impune *eutanasia pasiva o indirecta*, se verá sometido a pena. Así no prolongar inútilmente la vida de un sujeto, cuando el momento final está próximo, o ayudarle, aliviándole sus dolores, físicos o psíquicos, a dejar ésta, entra dentro de las prácticas médicas y pietistas socialmente aceptadas. Así, en estos contextos, el consentimiento expreso del sujeto no es, pues, imprescindible ante lo irreversible de la situación. En cambio, dar paso al acortamiento directo de la vida sin mediar petición expresa del interesado, puede resultar, hoy por hoy, más que cuestionable: simplemente resulta inadmisibile.

Además de la petición expresa, hace falta que ésta sea *seria*. Sobre qué sea serio o no, el texto, como suele ser habitual, no da pista alguna ni menos aún ofrece criterios para llegar a tal consideración. Desde mi punto de vista, la seriedad de la petición sólo puede venir dada por la situación de postración en la que sin remisión se halla sumido el que solicita se acabe, o se le ayude a acabar, con su vida. La constatación de esta situación no parece que haya de resultar difícil y, por tanto, no considero que haya que acudir a autorizaciones judiciales o a la de comités médicos o consultivos ad hoc. La falta

de esperanza de vida digna que se le ofrece al paciente, que contempla directamente su estado, es tal, que, precisamente, le lleva a adoptar la decisión de quitarse la vida; y, tan penosa es su situación, que para llevar a cabo su designio necesita el concurso más o menos pleno de un tercero. Es más: si no se hallara en tal situación, no sólo no requeriría tal concurso, sino que ni tan siquiera pensaría en quitarse la vida.

Finalmente, y antes de entrar en la penalidad, ha de subrayarse que la situación en que se halle el dolente puede ser tanto la del enfermo terminal como la del dolente no terminal, pero sumido en padecimientos que la hacen insostenible seguir viendo; algunos enfermos crónicos, totalmente impedidos, pero conscientes, pueden ser un ejemplo paradigmático y sobrecogedor.

En materia de *penalidad* es donde, con todo, reside mayor novedad. Las penas a imponer, de acuerdo con el art. 70. 2 PCP, podrán ser para los ejecutores de un año y seis meses a tres años y de tres a seis años; para los cooperadores, de seis meses a un año y de uno a dos años. Ello supone que para la inmensa mayoría de supuestos la pena de prisión podrá ser sustituida por multa o arresto fin de semana. De esta suerte, se diseña un área de semiimpunidad virtual. Esta situación, por el momento, puede ser un lenitivo para la introducción efectiva, y mejor regulada, de la impunidad radical de la eutanasia. Sólo desde esta perspectiva posibilista merece asentimiento esta modificación de la situación actual, aunque, como he intentado demostrar en otro lugar <sup>(29)</sup>, una argumentación jurídica con las normas constitucionales, permite llegar más allá que lo que ha llegado el prelegislador.

### III. DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA NO DEPENDIENTE

El delito de aborto ha sufrido una modificación esencialmente formal, lo que ha supuesto una depuración técnica de los tipos y agravaciones específicas y comporta una nueva causa de impunidad, torturando aún más el sistema de indicaciones que tímidamente se acogió en 1985.

#### A) Delitos suprimidos

Del PCP desaparecen, siguiendo el orden sistemático y no el numérico, el aborto honoris causa (art. 414 CP), el delito cualificado por el resultado (art. 411, II CP), el tipo marginal de ejecución (art. 412 CP), los tipos marginales relativos, en lo esencial, a facilitar medios para el aborto (arts. 415 III y

(29) Vid. *mi Eutanasia: perspectivas actuales y futuras*, en ADPCP (XLI-I), 1988, passim.

416). Estas supresiones de catálogo punitivo reducen la materia penal y conllevan una depuración sistemática de un capítulo tan complejo y sometido a tensiones como es el del aborto. Ahora la regulación es más transparente, aunque, como veremos, no está exenta de ciertas imprecisiones.

## **B) Delitos subsistentes**

### *aa) Tipos relativos a la gestante: penalidad*

La refundición de algunas figuras, como se ha expuesto, comporta, en primer lugar una sensible disminución, en cualquier caso, de la penalidad que recibe la mujer que realiza su aborto o consiente que un tercero se lo practique. Se trata de una reducción de pena real y efectiva. En efecto, la penalidad precitada es la de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses. Esta disminución de la pena supone un cambio de actitud del legislador para con la mujer que se ve en el trance de practicarse o consentir en la práctica de un aborto. Se pondera, aun sin llegar a la despenalización, más la situación de la mujer que el bien que supone la *spes vitae* y, en consecuencia, se produce una reducción sensible del castigo.

Además, la materia de injusto queda disminuida al no establecer castigo de los actos preparatorios punibles, es decir, la conspiración, proposición y provocación para delinquir.

### *ab) Tipos relativos a terceros*

Las conductas realizadas por terceros siguen, en lo esencial, la regulación vigente. Nos hallamos con dos grandes tipos: uno de participación (art. 151. 1 PCP) y otro de autoría (art. 150). Este último, empero, se ve atenuado con relación a la sistemática vigente, lo cual puede resultar discutible, si el consentimiento de la mujer ha sido obtenido mediante violencia, amenaza o engaño.

En cambio, supone una novedad de interés la sustitución del problemático precepto del art. 411 II por una nueva figura de incremento del riesgo. Así es: el art. 152 PCP establece un incremento de las penas, hasta su mitad superior, cuando se haya creado un riesgo grave para la embarazada a consecuencia de haber utilizado los medios que se han utilizado o por la forma imperita de actuación.

Esta regulación permite castigar la práctica de los abortos inidóneamente realizados, sean por causas objetivas o subjetivas, por la propia creación de un riesgo que, en todo caso, ha de ser grave. Si bien nada se dice sobre cómo haya que determinar la gravedad del riesgo, ésta ha de superar, en todo caso, el propio de este tipo de intervenciones de acuerdo a la *lex artis* y ha de estar ligado a la práctica inidónea del aborto.

Ahora, cuando tal riesgo se verifique y se cometa un homicidio o lesiones imprudentes —infracciones que pueden ser constitutivas sólo de falta—, la pena en muchas ocasiones no superará la que merezca el aborto inidóneo, a la vista del régimen de penalidad de esta modalidad delictiva y la del concurso ideal de delitos (art. 78. 2 PCP). Es más, de producirse un delito de lesiones dolosas o imprudentes al feto (arts. 165 s.), que supone un delito de aborto intentado, la pena a imponer será más grave, de mediar el riesgo típico que nos ocupa, que la de las lesiones ocasionadas a persona real. Esta consecuencia valorativa del prelegislador resulta más que discutible, pues supone una grave incorrección tanto dogmático como político criminal que debe ser urgentemente corregida.

ac) *Penalidades*

La penalidad genérica comprende ahora la pena privativa de libertad y una inhabilitación especial, que se aplica tanto al personal facultativo como al que no lo es. Esta pena supone, como siempre, un freno a la práctica de abortos en condiciones higiénicas bastantes y se fuerza la existencia de escenas de auténtico aquellarre.

Además, aun con menos crudeza que en la actualidad, se incrementa la pena igualmente en la mitad superior (art. 152. 2º. 1. PCP) en caso de habitualidad. Si, además, concurre precio, se añade una nueva pena: esta vez de multa de doce a dieciocho meses. Este encarnizamiento penal fuerza, lamentablemente como se ha reiterado en multitud de ocasiones, a incrementar el riesgo físico para la mujer al verse compelida a la marginalidad abortista.

**C) El aborto imprudente (154)**

Como ya hemos señalado antes ha desaparecido el insólito precepto que se contenía en el art. 412.

Ahora, por mor del castigo individualizado de la imprudencia, se castiga el aborto imprudente sólo en el tercero; o lo que es lo mismo: la mujer gestante queda excluida del ámbito punitivo. Lógicamente, como es tónica casi general en la tipificación de los delitos imprudentes, la imprudencia debe ser grave.

Además, la pena a imponer es de multa, en este caso de seis a veinticuatro meses, lo cual, desde una perspectiva más pluralista del delito de aborto resulta bienvenido.

#### D) Las causas de impunidad (art. 153)

##### a) *Sistema de indicaciones*

Como sabemos, en el sistema vigente, tras la reforma de 1985, se rige la impunidad en la interrupción voluntaria del embarazo por el denominado *sistema de las indicaciones*. Este sistema ya es suficientemente conocido y ha sido criticado por un amplio sector doctrinal, acaso mayoritario, por considerar preferible el sistema de los plazos.

Sea como fuere, el sistema vigente es el que es, y sobre el mismo existe un amplio consenso respecto a su insuficiencia. Por ello, de forma ciertamente insatisfactoria, el PCP amplía la impunidad e introduce —o amplía, según se mire— una nueva indicación en atención a la angustia que experimente la madre. Estamos en presencia, pues, de la indicación psicológica, si se me permite el calificativo.

Con todo, no es esta la única innovación, pues existen otras dos que pasamos, junto con la anterior, a analizar a continuación.

##### b) *Innovaciones*

aa) La primera innovación consiste en modificar en el último párrafo de la denominada indicación terapéutica la conjunción “y” por la “o”. En la redacción actual, en los supuestos de riesgo vital para la gestante, puede *prescindirse* tanto del dictamen médico como del consentimiento de la gestante; en cambio, en el *futuro* sólo podría *prescindirse* de uno de los dos, pero no de los dos. Esta conclusión no es forzosa, pero no es ajena a la letra del pretexto legal y, consecuentemente, cabe entender restringido, sin fundamento alguno, el aborto terapéutico en caso de necesidad. Restricción, por otro lado, innecesaria, a la vista de que el Tribunal Supremo<sup>(30)</sup> admite ahora la aplicación al aborto de las causas ordinarias de exención de la pena del art. 8 CP.

bb) La segunda innovación en orden de importancia, estriba en la ampliación del llamado aborto ético o jurídico. Se amplía, ante la injustificada restricción anterior, el supuesto a que la gestante haya sido víctima de cualquier delito contra libertad sexual e, incluso, de inseminación artificial, in consentida.

Esta ampliación, a la vista, como he señalado, de lo injustificadamente restrictivo de la situación vigente, debe ser recibida favorablemente.

cc) La innovación que pretende ser de mayor calado es la que he denominado *indicación psíquica*, aunque, como veremos, tal denominación sea

(30) Por ejemplo, vid. STS 11.12.1990.

acaso corta. En efecto, el PCP añade, tras la indicación terapéutica, esta nueva indicación, de factura oscura y tortuosa.

Por un lado, tiene bastante en común con el aborto terapéutico, pues tiene la misma finalidad: preservar la integridad física y moral de la embarazada. Ahora bien, tal objetivo se cumple desde otros parámetros y su realización parece apartarse de dicho objetivo, lo cual sería, claro está, una redundancia.

Veamos: por un lado, se formula un límite legal, a saber: esta modalidad de aborto sólo podrá ser llevada a cabo dentro de las doce primeras semanas de embarazo. Por otro, se exige una actividad propia de la embarazada, es decir, que se haya informado en un “centro público de orientación familiar o de servicios sociales, acerca de otras posibilidades alternativas, así como de los derechos y ayudas previstos en favor de la embarazada y de la madre”. Se requiere, *además*, que un médico, aquí, cualquier médico, “haya certificado la existencia de un estado de angustia o ansiedad en la gestante y un pronóstico de riesgo para su salud de continuar adelante el embarazo, atendidas, en su caso, sus condiciones personales, sociales o familiares”.

A la vista de esta compleja regulación, la conclusión no puede ser más contundente: o estamos ante una modalidad del aborto terapéutico o estamos ante una cicatera modalidad de indicación social. Ahora bien, sea como fuere, dado que el aborto terapéutico contempla como objetivo, también, la salvaguarda de la integridad psicológica de la mujer y sin límite de plazo, no se entiende muy bien qué papel viene a representar esta modalidad que me he permitido calificar de indicación psicológica.

#### **IV. DELITOS DE LESIONES (Arts. 155 ss.)**

De nuevo nos hallamos ante una reformulación del delito de lesiones; reformulación que, de otra parte, ya se ha hecho habitual en las recientes reformas penales. Dejando a salvo las faltas dolosas de lesiones que, con las modificaciones penales necesarias, se mantienen intactas en su redacción típica y en su lugar sistemático, es decir, como tipo básico (art. 597. 1. PCP) y maltrato de obra común (art. 597. 2. I PCP) y maltrato de obra a ciertos parientes (art. 597. 2. II PCP). El resto de lesiones, incluyendo las imprudentes es objeto de reforma, como veremos a continuación.

### A) Delitos suprimidos

Desaparecen los delitos de mutilaciones, puesto de los posibles correlatos, los arts. 157 y 158 PCP, se ha eliminado la secular expresión “de propósito”. Desde ahora, todas las lesiones, sean constitutiva de mutilaciones o no, pueden ser cometidas dolosa o imprudentemente. Igualmente desaparecen los delitos de automutilaciones para excluirse del servicio militar que, simplificando, pasan a integrarse en el art. 581 dentro del capítulo dedicado a la defensa nacional. En el traspaso se han perdido la automutilación y figuras asimiladas para excluirse de la prestación de un servicio de obligado cumplimiento.

### B) Delitos subsistentes

Se mantienen los actuales arts. 420 y 421, es decir, los tipos agravados de lesiones, pero con la salvedad de que en las agravaciones del segundo de los preceptos citados, desaparece, por coordinación lógica con las nuevas mutilaciones dolosas y depuración de subjetivismos peligrosos desde el punto de vista de las garantías, la mención a la brutalidad (art. 421, 1º, in fine), todo el nº 2 del art. 421 y el 3º actual y la tortura se troca por el ensañamiento. El prelegislador parece haber atendido algunas de las críticas que se le han formulado.

Se conserva, reformado, el delito introducido en la reforma de 1989, consistente en el ejercicio de violencia sobre ciertos familiares y personas dependientes del sujeto activo (art. 425 CP). Se depura este precepto (art. 161); la precisión de que este delito tendrá lugar sin perjuicio de que las violencias generen otro delito, de lesiones propiamente dichas en este caso y de mayor gravedad, ha de ser bien recibida. Del mismo modo, en el nuevo párrafo segundo aclara lo que haya que entenderse por habitualidad: ésta queda establecida por la condena por tres hechos idénticos, constitutivos de delito o falta, durante los cinco años anteriores a la conducta enjuiciada.

La riña tumultuaria (art. 162 PCP), finalmente, se mantiene con la rebaja sustancial de pena.

### C) Los nuevos delitos

Estos nuevos delitos los constituyen las mutilaciones, como se ha apuntado. Las nuevas mutilaciones, que podrán ser dolosas (arts. 157 y 158 PCP) e imprudentes, en forma de imprudencia grave<sup>(31)</sup>, suponen una refundición

(31) La imprudencia leve de mutilaciones se engloba dentro de la falta imprudente leve de lesiones (art. 600. 3. PCP).

de los anteriores arts. 418 y 421, 2º, por un lado, del 429 CP, por otro, aún vigentes. A destacar que, como podía ocurrir con el anterior art. 421 CP — anterior a la reforma de 1983—, el contagio es un medio comisivo de esta modalidad de lesiones. El contagio, ahora por excelencia, es la transmisión del sida en cualquier estado que se halle su portador.

Las *penas* de estas nuevas mutilaciones, tanto dolosas como imprudentes se reducen y, además, se desequiparan a la tradicional igualación punitiva con el homicidio. Esta modulación de la pena debe ser considerada positivamente, pues distingue la gravedad de diversos injustos, máxime cuando las descripciones típicas han ido en aumento.

#### **D) Las lesiones imprudentes**

Partiendo de una filosofía penal que impediría que ningún ataque a los bienes y los personalísimos pudieran tener la consideración de falta, llama la atención el mantenimiento del tipo básico de lesiones entre las faltas (art. 597. 1. PCP).

Pero es aún más censurable, por las razones ya expuestas, que las lesiones graves (art. 155 PCP) cometidas por imprudencia grave tengan la consideración de falta (art. 600. 1. PCP), precepto que, para más inri, precede en la redacción a la falta de homicidio por imprudencia leve.

La regulación que se analiza comporta una clara banalización de los bienes jurídicos de la vida y la integridad física y sobre el particular huelgan mayores comentarios.

#### **E) El consentimiento**

El consentimiento en el Derecho penal y en las lesiones especialmente son un problema que aún está por resolver. Y el PCP no ayuda, desde mi punto de vista, a resolverlo. Junto al mantenimiento del actual art. 428 CP, con la salvedad del consentimiento para eximirse del servicio militar (art. 164 PCP), se introduce un precepto de nuevo cuño, el art. 163 PCP, que se limita a rebajar la pena un grado cuando aquél se preste para los delitos de lesiones anteriores (incluidas las violencias familiares —!—).

Esta regulación, desde el punto de vista de la libertad del adulto normalmente motivable resulta inexplicable; es más, considero que se trata de un ataque a la libertad de disposición del propio cuerpo.

Por un lado, que la fórmula de emisión del consentimiento ha de ser “libre, espontánea y expresa” es más que equívoca. En efecto, la espontaneidad del consentimiento pudiera ser entendida como irreflexiva, con lo cual el

precepto diría lo contrario que lo que quiere decir. Espontáneamente, dicción que entorpece la redacción legal, sólo puede ser entendida como propia y no resultado de injerencias de terceros; pero esta limitación, en determinados casos también resulta discutible.

De todos modos, ha de tenerse presente que el consentimiento sólo puede operar sobre lesiones, no sobre resultados idénticos a los de las lesiones que no menoscaben la salud o integridad física del sujeto, desde un punto de vista objetivo; así, por ejemplo, los tratamientos médicos. Cuando la lesión resulte sólo beneficiosa desde el punto de vista subjetivo, pero, al parecer desde una inexistente moral oficial, dañina, entrará en juego la atenuación del consentimiento.

Pero, así las cosas, el PCP puede entorpecer el recto entendimiento de la función del consentimiento para una actividad peligrosa que realiza otro en beneficio del otorgante del consentimiento o en beneficio mutuo. El consentimiento lo es sólo sobre el beneficio y no sobre una defectuosa ejecución de lo convenido o acordado. Por lo tanto, si, mediante aquél, una operación quirúrgica es negligentemente realizada, nacerá responsabilidad criminal, pues sobre la imprudencia no se ha consentido.

\* \* \*

A modo de *conclusión*, ha de señalarse que los aspectos estudiados en las líneas precedentes del PCP presentan, a mi juicio, claros y oscuros, tanto desde el punto de vista técnico como político-criminal. Junto a avances sustanciales, como la nueva regulación dada al auxilio al suicidio, por ejemplo, conviven fórmulas como la de la falta de homicidio imprudente difícil de asimilar. Igual sorpresa suscita el juego de penas que parece va a desplegarse, máxime cuando el sistema de penas se mantiene, en lo esencial, idéntico al que rige en la actualidad.

Algunas objeciones son de fácil evitabilidad. Basta con realizar ajustes gramaticales o meramente técnicos. La redacción enviada a las Cortes denota una inexplicable precipitación, motivada, me aventuro a opinar, en la falta de un debate serio y maduro sobre todos y cada uno de los preceptos en particular y su incardinación sistemática en general. Pese a que se viene trabajando, para sólo remontarnos a la época democrática, desde hace casi quince años en un nuevo texto punitivo, ese debate político, forense y académico se echa en falta. Confiamos que aún estemos a tiempo para llevarlo a cabo.