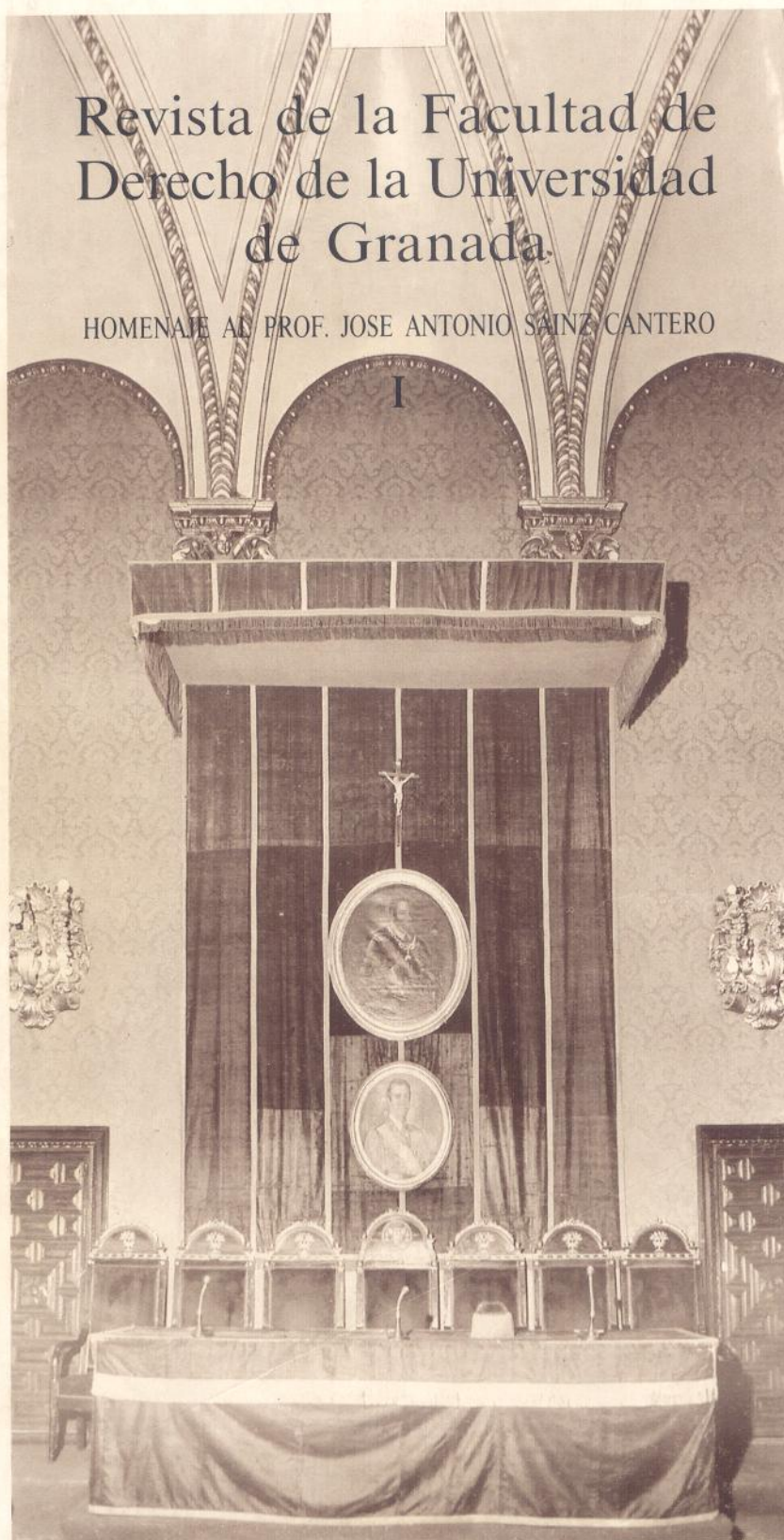


Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

HOMENAJE AL PROF. JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO

I



12
1987

1.º cuatrimestre

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada

Homenaje al profesor JOSÉ ANTONIO SAINZ CANTERO

Consideraciones acerca de la incidencia de la reforma de 1983 en la naturaleza del consentimiento

Aurora García Victoria

(*) Profesora titular de Derecho penal de la Universidad de Granada.

Transcurrido ya tiempo suficiente para que se posibilite un análisis de los problemas resueltos o irresueltos que determinó en la Parte General del Derecho penal español la Reforma de 1983, nos ha merecido especial atención su incidencia en una de las cuestiones que en mayor grado propició dicha Reforma, como es el consentimiento, al cual se quiso dotar de planteamientos más acordes con las nuevas directrices social y jurídicamente instauradas a su respecto, viniendo a configurarse como uno de los medios adecuados para tal finalidad, la modificación de la ley penal vigente, por cuanto, y especialmente en determinadas materias, como esta que nos ocupa, se había revelado jurídico y político-criminalmente obsoleta e inoperante.

Y dentro del tema, se hace especialmente importante, por las implicaciones que deriva, la verificación de su naturaleza, ahora en mayor grado controvertida, al habersele sumado algunos elementos que contribuyen a su confusión. Intentarlo, por tanto, es el objeto de nuestro trabajo, en el que cabe empezar señalando genéricamente, y para una primera toma de contacto con el estado de la cuestión, que su presencia en ciertas descripciones típicas hace que se estime por algunos autores, cuyo parecer compartimos, elemento constitutivo relevante de éstas; mientras para otros representa una causa de justificación; y para otros, ambas posibilidades indistintamente, dependiendo de los temas, opinión esta última quizás mayoritaria, y sobre cuyo fundamento ha venido distinguiéndose en base a las diferencias establecidas principalmente en el campo de la doctrina alemana¹, entre dos grupos de delitos:

- El primero de ellos se halla constituido, a su vez, por sendos supuestos: uno, donde se incardinan las conductas encaminadas directamente a coartar la voluntad de la víctima y su libre ejercicio, desapareciendo la lesividad de tales comportamientos si el sujeto no se opone a estas injerencias, como sucede, por ejemplo, en los delitos que atacan contra el derecho a la intimidad; y otro, compuesto por infracciones no dirigidas únicamente al menosprecio de la voluntad ajena, y en las que el aspecto delictivo cesa cuando el sujeto otorga su aquiescencia ante la privación del bien jurídico de que es titular, y a cuya desposesión voluntariamente aceptada el Derecho reconoce validez, según ocurre, por ejemplo, en los delitos patrimoniales. La doctrina alemana utiliza en este primer conjunto de hipótesis, un término específico para designar la conformidad del sujeto pasivo, capaz de excluir la lesión del bien jurídico afectado: el 'acuerdo'.

- En el segundo grupo, el consentimiento de la víctima opera frente a comportamientos que atacan bienes jurídicos en cierto modo disponibles, pero cuya lesión no desaparece a pesar de haber prestado su anuencia el titular, como acontece, por ejemplo, en algunos delitos de

¹ Vid., una completa exposición de estas diferencias señaladas en: MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*. Barcelona, 1985, pp. 446 y ss. También al respecto: CARBONELL MATEU, J. C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y límites*. Madrid, 1982, pp. 51 y ss.; CASAS BARQUERO, E., *El consentimiento en el Derecho penal*. Córdoba, 1987, pp. 31 y ss.; ROMEO CASABONA, C., *El médico y el Derecho penal*. (Tomo I. La actividad curativa). Barcelona, 1981, pp. 292 y ss.

lesiones. Aquí, el consentimiento excluye la responsabilidad penal por tratarse de dicha clase de bienes jurídicos, pero no impide su lesión. Este segundo grupo de casos se denomina ‘consentimiento’, en sentido estricto.

Sobre el primer grupo (acuerdo) existe unanimidad en cuanto a resultar excluida la tipicidad, pues la conformidad del afectado impide la lesión del bien jurídico. Por tanto, no sólo desaparecería la antijuridicidad, sino que ni siquiera llegarían a concurrir los elementos que fundamentan positivamente la tipicidad.

En cambio, en el segundo grupo (consentimiento) se discute si sucede lo mismo, o por el contrario concurre sólo una causa de justificación no excluyente de la tipicidad positiva, pues el consentimiento del titular no impide la lesión de dichos bienes, sino que resulta solamente tolerada, existiendo, por tanto, una justificación de la conducta, bien por el abandono del interés y la renuncia a su protección jurídico-penal, bien porque el valor representado por la libertad de disposición del individuo pesaría más que la lesión producida, supuestos ambos en los que se perfila la estructura de conflicto de intereses, característica de toda causa de justificación.

En la dogmática española, sin embargo, no resultan tan acentuadas estas diferencias a efectos de terminología, utilizándose normalmente las palabras “consentimiento” y “acuerdo” como sinónimas. Por contra, dicho criterio diferenciador alcanza mayor relieve en sus efectos, al trasladarlo algunos autores al campo científico, aún cuando utilicen la misma denominación².

No es este en cambio nuestro parecer, en cuanto juzgamos que no sólo por motivos de léxico, sino de operatividad jurídica sobre todo, la mencionada diferenciación puede carecer de trascendencia efectiva en Derecho español, si se acepta que discurren los efectos del consentimiento por un único cauce, el de la exclusión de la tipicidad, pues como señala, entre otros tratadistas, Bacigalupo, en tal sentido: “quienes distinguen entre el valor protegido y el sustrato material, pueden admitir que hay una lesión del bien jurídico ya cuando la acción recae sobre el sustrato material de éste: por ejemplo, cuando se ha dañado una cosa ajena se habría realizado la acción típica, por lo que cabría preguntar a continuación por el consentimiento del titular de la cosa. Diversa es la postura de quienes entienden que, en realidad, en los bienes jurídicos disponibles, es decir, respecto de los que el consentimiento puede excluir la responsabilidad, la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico. Desde este ángulo la lesión del sustrato material del bien jurídico es irrelevante. En consecuencia, el consentimiento, si tiene relevancia (lo que depende del poder de decisión sobre el mantenimiento del bien que el orden jurídico, otorgue al particular), excluirá en todos los casos el tipo

² Parecen adoptar este planteamiento entre otros autores: COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. S., *Derecho penal. Parte General*. Valencia, 1987, pp. 335 y ss.; ROMEO CASABONA, C., “El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*. Tomo II. Barcelona, 1983, pp. 867 y ss., y *El médico...*, cit. pp. 300 y ss.; GOMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*. Madrid, 1987, cit., pp. 426-427; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal. Parte General*, 10.^a Edición revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Madrid, 1986, pp. 506-507; CARBONELL MATEU, cit., pp. 51 y ss., BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal español. Parte General*. Barcelona, 1984, p. 222.

penal”³, juzgando el autor, como se advierte, preferible el criterio que apuntamos, y del cual iremos desarrollando sucesivamente los argumentos en que nos basamos para su estimativa.

Así, y centrándonos como momento previo en el análisis del primer grupo, se argumenta que el consentimiento sólo resulta eficaz cuando impide la realización del tipo. Ello depende de su interpretación, que ha de poner de manifiesto la exigencia de concurrir el consentimiento del sujeto pasivo, sea porque así se deduzca expresa o tácitamente de la redacción legal, sea porque mediando desaparece el objeto de protección penal. Naturalmente, esto último sólo podría admitirse en la medida en que el bien jurídico correspondiente pueda identificarse con la libertad de disposición sobre determinado objeto, y no con este objeto mismo, o por lo menos con el valor que su titular concede a dicho objeto, y no con el valor que objetivamente tiene.

Y es evidente que falta toda lesión al objeto protegido por la ley en el primer grupo de casos antes examinados (acuerdo), sea por tratarse de hechos que no afectan al bien jurídico tutelado, ó porque el sentido de la redacción legal obliga-, a, entender que el objeto afectado, (por ejemplo, un bien patrimonial) no se tutela legalmente por sí mismo, sino sólo como manifestación de la libertad de disposición del titular (así, por ejemplo, la cosa cuya destrucción permite su propietario deja de ser protegida por la ley).

A esto una nota más cabe añadir, recordando que la mayoría de los tipos penales se establecen en base a la ausencia de consentimiento del titular del bien jurídico individual, o en su caso, de la persona sobre la que recae la acción, pues de mediar éste, el comportamiento se estima atípico, como sucede en los considerados “bienes jurídicos disponibles”, en donde el consentimiento supone una causa de atipicidad, al evitar que el sujeto activo infrinja el bien jurídico ajeno⁴; todo lo cual nos parece enteramente aplicable también al segundo grupo, siempre que, naturalmente se verifique ya que es condición indispensable para un consentimiento eficaz, el ser otorgado no sólo por quien posea competencia suficiente para que el Derecho acuerde eficacia a la renuncia de la protección sobre sus propios bienes jurídicos, sino también que éstos se muestren como susceptibles de disponibilidad. Y en nuestra opinión, tales requisitos se cumplen en todas las actuaciones en que el consentimiento válidamente emitido por quien tiene capacidad para ello ejerce su intervención, impidiendo la lesión del bien jurídico; ante lo que desestimamos, consecuentemente, la aplicación al Derecho penal español de la segunda parte de la teoría diferenciadora citada.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, es evidente que el, consentimiento no ha aparecido nunca, con identidad propia, recogido entre las causas de justificación previstas en el artículo 8.º, ni de él se ha hecho mención en ningún lugar de la parte general del Código. Parece entonces lógico suponer, que el legislador no ha pensado utilizarlo para tal objetivo.

En cambio, una perspectiva concreta muestra su referencia como elemento integrante de ciertas tipicidades, significando que tal es la finalidad llamado a cumplir, y la explicación, ya comentada es, que ante su incidencia, en determinados casos no se quebranta ningún bien jurídico, pues al ser disponible, su titular, mediante el consentimiento, lo sustrae válidamente a la protección jurídica dispensada. Por ello, estos

³ BACÍGALUPO, E., *Principios de Derecho penal español. II.- el hecho punible*. Madrid, 1985, p. 83. Vid. también al respecto: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987, pp. 47-49.

⁴ . GOMEZ BENITEZ, *cit.*, p. 422; MIR PUIG, *cit.*, pp. 446 y ss.

comportamientos no infractores de bienes jurídicos, son atípicos. Ej.: hurto, allanamiento de morada, algunos supuestos de descubrimiento y revelación de secretos, etc.⁵.

Y en base a dichos motivos no compartimos tampoco el parecer de quienes al tomar como exponente concreto de su juicio, el párrafo segundo del actual artículo 428, referido al consentimiento sobre las lesiones⁶ –verdadera piedra de toque en esta discusión sobre la naturaleza del consentimiento, y por lo que a su análisis se destina mayormente este trabajo– aprecian una causa de antijuricidad en las intervenciones quirúrgicas para trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual, tratándose así, en su opinión, de conductas típicas, pero legitimadas con posterioridad por el consentimiento; lo cual vendría a constituir un ejemplo del segundo conjunto de delitos citados.

Bajo nuestro criterio, sin embargo, tal conclusión no es correcta, por entender, como antes advertimos, que el consentimiento es siempre causa de atipicidad, incluso en el supuesto aludido, ya que para nosotros ofrece posibilidades interpretativas distintas a la de causa justificante, pues en efecto, resulta perfectamente deducible, al menos en nuestra opinión, que incluso a nivel meramente aproximativo –y sin perjuicio de otras razones que después se expondrán–, la simple lectura del texto muestra que el primer apartado va referido a la descripción de conductas típicas, es decir, de aquellas que aún mediando consentimiento del lesionado revisten tal cualidad, al ser ineficaz éste. Pero a continuación, en el apartado segundo se introduce la cláusula: “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior...”, viniendo a significar que si en el primer párrafo se define la tipicidad, con el

⁵ Cfr. al respecto mi libro: *El derecho a la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución de 1978*, Pamplona, 1983, en general.

⁶ Véanse sobre la problemática del consentimiento en las lesiones: BAJO FERNÁNDEZ, M., “La intervención médica contra la voluntad del paciente”. *Anuario de Derecho penal*. 1979, pp. 491 y ss.; “Agresión médica y consentimiento del paciente”. *Cuadernos de Política Criminal*, 1985, núm. 25, pp. 127 y ss.; *Manual de Derecho penal. Parte Especial*. (Delitos contra las personas). Madrid, 1986; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., “El consentimiento en las lesiones”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 14, 1981, pp. 203 y ss.: *El delito de lesiones*. Salamanca, 1982, “El consentimiento en las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto”, en Documentación jurídica. Tomo I, enero-diciembre, 1983, pp.409 y ss.; Honor..., cit., pp. 47 y ss.; COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTON, T. S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal. Parte Especial*. Vol. I., Valencia, 1987, pp. 575 y ss. en especial; BERISTAIN IPIÑA, A., *Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado*. Madrid, 1968; COBO DEL ROSAL, M., “El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en el Código penal”, *Anuario de Derecho penal*, 1962, pp. 303 y ss.; “Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código penal”, *Anuario de Derecho penal*, 1964, pp. 243 y ss.; JORGE BARREIRO, A., “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *Cuadernos de Política criminal*, núm. 16, 1982, pp. 5 y ss.; GARCIA ARAN, M., “Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho penal español”, en Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria. Tomo I, Barcelona, 1983, pp. 251 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “La reforma del consentimiento en las lesiones”, en *Comentarios a la Legislación penal* Tomo V, vol. 2, Madrid, 1985, pp. 933 y ss.; ROMEO CASABONA, C., *Los trasplantes de órganos*, Barcelona, 1978; *El médico...*, cit.; SUÁREZ MONTES, R. F., *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona, 1959; Las lesiones consentidas en el Proyecto de Código penal de 1980, Oviedo, 1983; VILLANUEVA CAÑADAS, E., “El límite del deber de curar”, en *Actas de las I Jornadas Nacionales sobre los derechos del enfermo*. Murcia, 1987, pp. 131 y ss.

Vid., asimismo en dicha publicación, sobre problemas más específicos de responsabilidad civil en el ejercicio de la profesión médica: ROCA JUAN, J. y ATAZ LOPEZ, J., “Problemas de responsabilidad civil en el ejercicio profesional del médico”, pp. 1 y ss., DE ALBA, A., “Los derechos del enfermo ¿realidad o utopía?”, pp. 120 y ss.; “sobre el derecho del paciente a ser informado para emitir un consentimiento válido”: CARRACEDO, A., “El derecho del enfermo a ser informado”, pp. 36 y ss.; VALENZUELA, A.; VALENZUELA, F.; LUNA, A., “Problemas médico-legales de la historia clínica: el acceso a la misma”, pp. 83 y ss.; *sobre la obligatoriedad de la prestación médica*: LANDROVE DIAZ, G., “El médico y la omisión del deber de socorro”, pp. 16 y ss.

término “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior” el legislador deja patente su voluntad de que, a “contrario sensu”, ésta se suprima de los comportamientos descritos en el segundo, por consideración a lo especial de las circunstancias mencionadas en dicho párrafo, que le determinan a apreciar la necesidad de un consentimiento eficaz sobre ellas. Y como prueba puede aducirse que, cuando de nuevo se perfila en el tercer apartado el mismo tipo de supuestos que en el primero, se advierte por el legislador que se dan los requisitos típicamente precisados, tales actuaciones volverán a ser delictivas, a pesar del consentimiento. Por tanto, dejan de serlo únicamente en relación con el segundo párrafo, que expresamente se remarca bajo la fórmula “no obstante...”, señalando así el hecho de tratar con hipótesis distintas, y ante ello, merecedoras de calificación jurídica distinta también. En resumen, se describen conductas típicas en los párrafos primero y tercero, y atípicas en el segundo.

Y en cuanto al análisis de su actual contenido⁷, cabe distinguir varios problemas necesitados de examen, bajo el prisma y en coherencia con la interpretación que propugnamos.

Primeramente, y desde una perspectiva global, comenzaremos recordando, aunque sin entrar detenidamente en ella por exceder su comentario pormenorizado los objetivos del trabajo, la polémica mantenida entre autores para quienes el consentimiento sobre las lesiones es ineficaz, y aquellos que, en cambio, sostienen su transcendencia:

Los primeros deducen esta irrelevancia de la declaración contenida en el párrafo primero de dicho artículo, y de la cual el párrafo segundo constituye una excepción para determinados supuestos muy concretos, si bien no obsta la ineficacia en tal sentido, a que desde otro quepa su compatibilidad con algunas eximentes, de las cuales constituye un presupuesto en su apreciación, como el ejercicio de un derecho, relativa al paciente, sobre el tratamiento médico quirúrgico consentido, en beneficio de su salud, y del cumplimiento de un deber, atinente al facultativo, para efectuar el tratamiento, a pesar de las lesiones o del riesgo implicado en las intervenciones⁸.

A la mencionada conclusión se opone, entre otros autores partidarios de su eficacia⁹, Bajo, por estimar que el artículo 428 tiene otra inferencia, como es el que el párrafo primero posibilita la eficacia del consentimiento, excepto si incumple los necesarios requisitos de validez, en contraposición a la teoría anterior, y censurando en ésta la

⁷ Al tratarse de una cuestión sin influencia específica en la determinación de la naturaleza de esta eximente, omitimos entrar en mayores profundidades sobre la situación anterior a la promulgación del artículo 428. No obstante, puede verse una interesante exposición del tema en: OCTAVIO DE TOLEDO, *cit.*, pp. 933 y ss.; COBO/CARBONELL, *cit.* pp. 578 y ss., ROMEO. CASABONA, *El médico...*, *cit.*, pp. 29 y ss., y “Revisión...”, *cit.*, pp. 853 y ss.

⁸ Entre los partidarios de la irrelevancia del consentimiento: SUAREZ MONTES, *El consentimiento...*, *cit.*, pp. 96 y ss., y *Las lesiones...*, *cit.*, pp. 8 y ss., COBO DEL ROSAL, “El artículo 426...”, *cit.*, pp. 243 y ss., y “Revisión...”, *cit.*, pp. 263 y ss.; COBO/VIVES, *Parte General*, *cit.*, p. 336; COBO/CARBONELL, *cit.*, pp. 78 y ss., OCTAVIO DE TOLEDO, *cit.*, pp. 958 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, Bogotá, 1984, p. 123; ROMEO CASABONA, *El médico...*, *cit.*, pp. 89 y ss.; SAINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho penal, Parte General*. Tomo II. Barcelona, 1988, p. 325.

⁹ Entre los partidarios de la relevancia del consentimiento: QUINTANO RIPOLLES, A., *Comentarios al Código penal*. Madrid, 1966. 2ª Edición puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, pp. 779-780; GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, anterior, pp. 794 y ss., RODRIGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español, Parte Especial*, 11ª Edición revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Madrid, 1988, pp. 159 y ss.; MIR PUIG, *cit.*, p. 453, nota 20; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual...*, *cit.*, pp. 153 y ss. BERDUGO GÓMEZ DE LÁ TORRE, “El consentimiento...”, *cit.*, pp. 203 y ss.

admisión de la eximente n.º 11, la cual sólo puede ejercitarse si media un consentimiento sustancial, siendo así que se alega irrelevancia por sus partidarios. Sin contar con que razones de política criminal evidencian que si el consentimiento fuese irrelevante, se convertiría al paciente en un mero instrumento del médico.

Consecuentemente, sólo caben dos opciones, a su juicio: una, afirmar la inconsistencia general del consentimiento, y estimar en principio la punibilidad de las lesiones, si bien descartándola en el párrafo segundo por la vía de la eximente, n.º 11 o de la atipicidad, según los casos, lo que se contradice con declarar ineficaz el consentimiento, pues ambas soluciones están en función de él, y' por lo cual esta alternativa debe rechazarse; y otra, considerar relevante el consentimiento' y con ello impunes las lesiones permitidas, sin constituir obstáculo a tal afirmación el párrafo primero del artículo 428, pues en realidad su tenor literal dice, no que a pesar del consentimiento existe delito de lesiones, sino que las penas se impondrán aún cuando concurra aquél. Pero como su imposición resulta supeditada a la previa comisión de un delito, es necesario antes comprobar si; en algún caso la presencia del consentimiento determina que la conducta no sea delictiva¹⁰.

A sus observaciones, creemos, pueden hacerse algunas puntualizaciones:

En primer lugar, el hecho de negar validez al: consentimiento en algunos tipos de lesiones, que es además lo que; parece querer decir el legislador, incluso muy categóricamente mediante el párrafo primero del artículo 428, no vemos en qué obstaculiza su actuación en otros comportamientos ni en otros campos tan dispares como el de la' eximente n.º 11, la cual, si bien tiene incidencia' en este tema de las lesiones, lo hace desde una perspectiva; tan distinta, que en realidad nada obsta ni puede obstar a que forme parte de ella, ya que su campo de operatividad es otro, según se irá poniendo de relieve, pues lo que el legislador rechaza es que el bien jurídico "salud" sea enteramente disponible, pero no niega ni impide que un paciente tenga derecho a ser atendido médicamente en sus necesidades, ni que el facultativo tenga el deber de asistirle en ellas, y en todo este proceso el consentimiento juegue un importante papel. Por tanto se trata de cosas distintas, y una no se opone a la otra.

Y con respecto a la deducción formulada sobre el párrafo primero como fundamento de su parecer, entendemos que de admitirse, dicho párrafo sería innecesario –sin perjuicio de que lo sea, efectivamente, por otros motivos más adelante comentados– para tal cometido, al resultar obvio que las penas se aplican si previamente se demuestra la existencia de un delito, aunque medie consentimiento. Pero un principio como éste, asignable por demás a todo el sistema jurídico penal, y en consecuencia a todos los delitos, no es preciso, ni se hace, recogerlo en-un artículo de la Parte Especial del Código penal, dedicado a un tipo penal concreto.

Por tanto pensamos que la interpretación puede ser otra, y en mayor grado parecida a la de los autores primeramente mencionados, acerca de suponer formalmente el párrafo primero la declaración, con carácter general, de la irrelevancia - del consentimiento, y de la cual representa una excepción el párrafo segundo, actuando aquí, bajo nuestro criterio, como causa de atipicidad para los supuestos en él contemplados¹¹.

¹⁰ BAJÓ FERNÁNDEZ, Manual..., cit., pp. 153 y ss.

¹¹ Así también: COBO/CARBONELL, cit., p. 581. En cambio consideran estas intervenciones típicas, pero justificadas: MUÑOZ CONDE, cit., p.121, ANTÓN, ONECA, J., *Derecho penal. Parte General*. 2.ª Edición anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Benéitez Merino. Madrid, 1986, p. 290; RODRIGUEZ DEVESÁ, Parte General, cit., pp. 518-519; BAJÓ FERNÁNDEZ, *Manual...*, cit., pp. 163 y ss.;

Otra razón aducida también por Bajo para rechazar la ineficacia del consentimiento, estriba en que de admitirse, conduciría a negar que ha, incurrido en delito de lesiones quien se halle desprovisto de titulación médica, pero ejecute con éxito una operación, guiado por la finalidad de ayudar al enfermo¹².

A lo cual cabe oponer que, en puridad, tal conducta merece únicamente la calificación de intrusismo profesional, del artículo 321, pero no la de lesiones. Sucede sin embargo, que la ausencia de la citada condición en el sujeto activo produce esta última tipicidad por decisión legislativa, constatable en la redacción del segundo párrafo, pues como pone de relieve Octavio de Toledo, la ley presume *iuris et de jure* que el comportamiento del no titulado supone un riesgo para la salud del paciente, y por tanto ha de juzgarse como autor de lesiones¹³.

Pero debe hacerse constar que tal prevención legal nos parece enteramente criticable, no sólo porque debería desestimarse la cualidad de facultativo como requisito indispensable a la validez del consentimiento, haciéndole perder su eficacia si no concurre en el sujeto activo, lo que ya de por sí supone un contrasentido, sino por atribuirle un delito de lesiones, faltando en, realidad base para ello, y que constituye evidentemente uno de los más destacados absurdos en, que hace incurrir la defectuosa redacción del artículo, pues ¿cómo es posible transmutar lo que no es más que un delito de intrusismo en otro de lesiones, cuando éstas no existan, salvo las inherentes, como es lógico, al desarrollo de la operación, sin otro argumento que el hipotético riesgo promovido por un no titulado que ejerce como si lo fuera, incluso con éxito, en la intervención quirúrgica efectuada.

Por otra parte, no es preciso recordar que tal presunción en contra del reo; significa, como todas aquellas que adolezcan de las mismas características, un atentado contra los más elementales derechos de la persona y contra todos los principios jurídicos que informan al respecto nuestro ordenamiento.

Y lo que viene a demostrar, a nuestro juicio y, entre otros motivos, que si a pesar de la aquiescencia del paciente, al no titulado se le imputa, sin más, una conducta lesiva, es que el consentimiento no es tan relevante como propone Bajo; de lo contrario, su sola presencia descartaría el tipo de lesiones en una operación adecuadamente realizada, aunque subsistiera, como es lógico, el de intrusismo, que entendemos en base a la mencionada e inadecuada disposición, ha de quedar subsumido en el de lesiones a la hora de enjuiciar, dicho proceder, pues si se castigara al sujeto” por ambos delitos, intrusismo y lesiones, con el único motivo de la ausencia de autorización académica, resultaría infringido el principio *ne bis in idem*.

De todas formas, también parece oportuno hacer constar que, de *lege ferenda*, esta limitación debería suprimirse, como ocurre en el artículo 157 de la PANCP, quedando entonces, conforme a Derecho, un delito de intrusismo cuando no se produzcan en el intervenido lesiones médicamente inadecuadas, y concurso ideal entre ambos delitos, cuando éstas acontezcan.

BUSTOS RAMIREZ, *Derecho penal. Parte Especial*. Barcelona, 1986, p. 225; y Parte General, cit., pp. 81 y ss.; GÓMEZ BENITEZ, cit., p. 426.

¹² BAJO FERNÁNDEZ, *Manual...*, cit., p. 165.

¹³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, cit., p. 955, *idem*, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual...*, cit., p. 160.

Del mismo parecer, y para obviar el inconveniente de la exigencia en la titulación, señala Mir que pudiendo faltar dicha cualidad, incluso desde un, aspecto meramente formalista, como son los problemas burocráticos, “tal vez debería prosperar una interpretación no formal del mismo”¹⁴. En nuestra opinión, sin embargo, y aún cuando coincidamos con él plenamente a, nivel teórico, resulta difícil su aceptación en la práctica, ya que la ley es terminante al respecto, y al referirse como elemento ineludible para la legitimidad de las intervenciones contempladas en el párrafo segundo, a que sean efectuadas por facultativo, lo hace sólo a persona legalmente perteneciente a esta profesión. Por ello, aunque su propuesta sería deseable, no pasa de ser, de *lege data*, más un desideratum de una posibilidad efectiva.

Y en cuanto a la observación última de Bajo, sobre que negando la relevancia del consentimiento se instrumentalizaría al paciente, lo que lógicamente todos compartimos, baste decir por ahora, pues tal criterio se desarrollara más adelante, aunque en concordancia con lo ya expuesto, que tampoco procede, por cuanto su irrelevancia en una determinada parcela de estos temas, no obstaculiza su relevancia en otras, ni a que su invalidez o falta genere un delito contra la libre determinación de la persona, o incluso de lesiones. Sólo cuando la oposición del afectado fuese completamente ineficaz, tendría sentido su objeción.

Por tanto, y en base a lo manifestado, entendemos que el consentimiento opera de forma parcialmente relevante, pues si bien la existencia formal del párrafo primero del artículo 428 parece descartarle toda validez, esto no puede estimarse en la actualidad de forma tan categórica, ya que, como veremos, se posibilita en determinados casos como es que el párrafo segundo, en cambio, muestra su trascendencia cierta en algunas hipótesis concretas, aún cuando se halle mediatizada por la exigencia de titulación en el autor de las intervenciones quirúrgicas.

Otras razones alegables que en este sentido puedan considerarse, son que asimismo, y como ha puesto de relieve Rodríguez Devesa, las autolesiones resultan impunes, y la participación en ellas, por tanto, merece igual calificación¹⁵, excepción hecha de las practicadas en los casos prohibidos por la ley.

Y también debe resaltarse la operatividad del consentimiento como coadyuvante a que la actuación médica cumpla los requisitos legales para su validez, así como proporcionar al facultativo el soporte necesario en la búsqueda de ayuda al paciente, por arriesgado que pueda resultar el medio para hacerlo, al saber que cuenta con su aquiescencia.

Todas estas razones, a falta de las que sucesivamente ampliaremos, sirven para adelantar nuestra conclusión de que el consentimiento opera con una relevancia parcial.

Y volviendo a los argumentos aducibles para sustentar nuestro parecer de que el consentimiento supone la atipicidad de la conducta en que interviene -siempre que los bienes tutelados sean disponibles éstos vienen dados en el tema de las lesiones, según hemos ido viendo, fundamentalmente por el examen del contenido del segundo párrafo del artículo 428. A su respecto, y desde una perspectiva objetiva del tipo, entendemos que si media consentimiento válido, aún cuando puedan ocasionarse lesiones, la conducta del

¹⁴ MIR PUIG, cit. p. 453.

¹⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, cit., p. 162.

médico en el cumplimiento de su misión será atípica, siempre que resulte adecuada a la *lex artis* y a la observancia del cuidado debido¹⁶, por lo cual ninguna lesión puede ser considerada antinormativa, y otras además' habrán de reputarse fortuitas, sin contar con la restante posibilidad de considerar atípico el mismo comportamiento, si se aceptan las premisas de que al ser el bien jurídico tutelado en el mencionado párrafo segundo disponible por su titular, un consentimiento válido sobre el determina su no infracción en dichas intervenciones, según comentamos más extensamente al tratar sobre las diferencias' establecidas en el tema por la dogmática alemana y española.

Ahora bien, partiendo de estimar estas conductas como atípicas, ha de demostrarse, en primer lugar, que sea realmente un bien enajenable. En tal sentido debemos comenzar reiterando, pues es un tema ya apuntado al tratar acerca de su relevancia, y en consecuencia obligada a lo entonces dicho, que si el párrafo primero consagra la general indisponibilidad de lo que para nosotros constituye el bien jurídico por excelencia tutelado en los delitos de lesiones, es decir la "salud" del individuo, entendida ésta en su forma más amplia, según el sentido definido por la Declaración de Alma Ata, de 12 de septiembre de 1978, y por la OMS, comprensivo tanto del aspecto negativo de ausencia de enfermedad o invalidez como del aspecto positivo de "bienestar", y constituido éste último a su vez por los distintos planos físico, mental y social, implicando por todo ello el término "salud", el necesario equilibrio entre' las varias dimensiones del fenómeno¹⁷; el párrafo segundo en cambio supone una excepción a esta indisponibilidad, lo cual no ha hecho más que poner de manifiesto que buscando el legislador subrayar la falta de eficacia del consentimiento sobre dicho bien, por así considerarlo en aquellos momentos anteriores a la Reforma de 1983 en que fue promulgado, introdujo el ahora primer párrafo con el apresuramiento e incoherencia lógica y dogmática que suele caracterizar el quehacer de nuestros legisladores, sin notar por ello las discordancias ocasionadas; adecuadamente, por otro lado, puestas de relieve en la Doctrina¹⁸.

Actualmente, sin embargo, y a tenor de la Reforma, como el criterio sobre estos temas se ha visto modificado, el legislador ha vuelto a limitarse, incidiendo en la misma errónea táctica antes comentada, a acoplar un segundo párrafo que proclama su disponibilidad en comprensibles excepciones, sin advertir que, de nuevo, en vez de obviar el problema, en realidad lo agrava, por cuanto las contradicciones y dificultades interpretativas son ahora más numerosas; lo cual hubiera podido y debido evitarse, de haber efectuado una reforma en mayor grado dotada de profundidad y cohesión, y que hubiera comenzado por suprimir el oscuro párrafo primero, como en cambio ha hecho la PANCP en su artículo 157 ya que esto supondría, entre otras consecuencias favorables, la total

¹⁶ En el mismo sentido: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, cit., pp. 942 y ss.; COBO/CARBONELL, cit., p. 581; GOMEZ BENITEZ, cita, p. 393. En cambio mantiene su atipicidad sólo en el caso de tener éxito estas intervenciones: ROMEO CASABONA, *El médico...*, cit., p. 167 y ss. Ver también sobre estos problemas: JORGE BARREIRO, cit, p. 12.

¹⁷ En el mismo sentido: DEL ROSAL, J.; COBO DEL ROSAL, M.; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal española Delitos contra las personas. Parte Especial*. Madrid, 1962, p. 410; GARCIA ARAN, cit., p. 261; BUSTOS RAMIREZ, Parte Especial, cit., p. 70; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, cit., p. 944; COBO/CARBONELL, cit, p. 576; BER DUGO GOMEZ DE LA TORRE, "El consentimiento...", cit, p. 208, nota 33; ROMEO CASABONA, *El médico...*, cit., pp. 133 y ss.

¹⁸ Vid., al respecto, entre otros autores: GIMBERNAT/QUINTANO, cit, pp. 794 y ss.; COBO DEL ROSAL, "El artículo 426...", cit., pp. 303 y ss.

relevancia consensual sobre las lesiones cuya causación resulte jurídicamente admisible, según acontece en la PANCP¹⁹.

De momento, a falta de mejor solución, y a pesar de que como se ha señalado, su presencia constituye un dato objetivo impostergable, considerando que un intérprete no puede sobrepasar el marco literal de la ley, resulta compatible su existencia -aparte de otras posibilidades interpretativas que traten de compaginarla-, si se tiene en cuenta la propuesta más acertada que sobre él, a nuestro juicio existe, formulada en su día por Gimbernat, consistente en descartar dicho párrafo primero -por otra parte cada vez más obsoleto- en lo que se oponga, y se advierta que tal oposición carece de sentido, al interpretar y valorar adecuadamente tales cuestiones, con lo cual se evitan los absurdos en que hace incurrir, especialmente al propio legislador²⁰.

Asimismo, y desde una perspectiva constitucional, tal posibilidad aparece garantizada, pues cómo en su momento indicó Berdugo, la concepción democrática del Estado de Derecho plasmada en la Constitución obliga a aceptar la disponibilidad por parte de su titular, del bien jurídico constituido por la salud personal, ya que de lo contrario habría de prescindirse del primer párrafo como contrario a los presupuestos en ella contemplados²¹; y por tanto ha de otorgarse la suficiente relevancia al consentimiento cuando se trate de una decisión personal del sujeto que ningún perjuicio -entendiéndolo aquí por tal cuando no sea voluntariamente tolerado- ocasione a otro como sucede por ejemplo, en las lesiones sadomasoquistas mutuamente aceptadas, que por, serlo, y porque su ejercicio contribuye al “bienestar” de la persona, en cuanto son manifestaciones de su sexualidad, y ésta forma parte de su bienestar .entendemos que también han de ser jurídicamente admitidas como atípicas, en su, doble perspectiva de recibidas y causadas.

También a su tenor, entre varios autores –cuyos criterios aunque referidos a supuestos concretos pueden hacerse extensivos a la generalidad del tema de las intervenciones quirúrgicas– García Arán señala sobre la esterilización no terapéutica, y basándose en los artículos 10.1, 17 y 18 de la Constitución, que ésta protege e una esfera de la individualidad y una concepción de la libertad personal que, entre otros efectos, establece el respeto a las decisiones tomadas por el ser humano, en aquellos asuntos que le son decisivos. Ante ello, negarle el acceso a la esterilización, por ejemplo, supone atentar contra su derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, entre los que se encuentra la capacidad decisoria sobre una paternidad responsable²².

Igualmente Muñoz Conde, en relación a la cirugía transexual, destaca que el artículo 14 del mismo texto, permite ejercer “el derecho de buscar su propia identidad sexual... a

¹⁹ Valora también de forma positiva este artículo: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, “El consentimiento...”, cit., pp. 414 y ss. Otros autores, en cambio, entienden que la disposición es demasiado amplia, lo cual podría plantear algunos problemas. Así: COBO/VIVES, Parte General., cit., p. 337; BAJO FERNANDEZ, Manual..., cit., p. 155.

²⁰ GIMBERNAT/QUINTANO, cit., p. 797 y ss. Su opinión nos parece enteramente atendible a pesar de que como señala entre otros autores, QUERALT JIMENEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*. Vol. I, Barcelona, 1986, p. 77, la voluntad del legislador es clara, y en ningún caso puede sobrepasarse el marco literal de la ley en que se contiene.

²¹ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, “El consentimiento...”, cit., p. 206 y ss.; y “El delito...”, cit. p. 62 y ss. No vemos, en cambio, que se haya “destrozado” la interpretación de este autor, como sugieren COBO/CARBONELL, cit., p. 580, ya que nos parece que su opinión sigue siendo válida actualmente, y en realidad, se trata más bien no de que el legislador opere ahora desde la total constitucionalidad del párrafo primero, lo cual también es cierto, sino, y fundamentalmente, de una de sus contradicciones.

²² GARCÍA ARAN, cit., pp. 263 y ss. Vid., también al respecto: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, cit., pp. 945 y ss.; JORGE BARREIRO, cit., pp. 12-13, nota 55 bis.

quien no se siente identificado con su sexo anatómico externo y decide adaptar su naturaleza a su sentir psicológico”.

Y lo mismo cabe decir con el derecho a disponer sobre la propia capacidad reproductora, en la esterilización voluntaria; o con el derecho a mejorar la propia imagen externa, sobre la cirugía estética²³.

A mayor abundamiento, entendemos queda disponibilidad de este bien hace viable una mejor protección de la salud, no solamente desde, el punto de vista físico, sino, y sobre todo, desde el punto de vista mental, asimismo recogido en la Constitución, pues como expresa Queralt, en el artículo 15 se habla de “integridad física y moral”, cuyo alcance y contenido es más amplio que la riera alternativa salud/enfermedad; pudiendo asimilarse el término “moral” con “mental”, y constituyendo la integridad mental parte de un derecho público y fundamental, de indeclinable protección en un Estado social y democrático de Derecho²⁴.

Y a todo lo dicho añadimos, como complemento, la deducción que es dable hacer sobre la cuestión en uno de los artículos que sirven de marco a los principios rectores de la política social inspiradora de un Estado social y democrático de Derecho, cual es el artículo 43, en cuyo párrafo primero se reconoce el derecho a la protección de la salud, entendida ésta en su forma más amplia, ya comentada. Además, considerando que el término “salud recoge diversos niveles, uno de los cuales es el bienestar social, y a su vez que la salud individual es parte integrante de la salud pública, y; por otra parte, que en el artículo 43, párrafo segundo, se insta al poder político a organizar y tutelar la salud pública, utilizando los medios evidenciados como idóneos para tal misión, entre los que se cuenta una legislación adecuada, no siendo en ésta de menor importancia el aspecto penal, en cuanto garante de ciertos bienes reconocidos incluso desde la Constitución, parece comprensible incluir dicho artículo entre los que dan un tratamiento constitucional al tema de las lesiones, y acoger en él, sin cortapisas, los supuestos contemplados en el párrafo segundo del artículo 428 del Código penal, puesto que se orientan, dotados o no de estricta intención terapéutica, a la finalidad de proteger la salud o el bienestar del individuo como parte de ésta, lo que repercute, al mismo tiempo, en la protección de la salud pública, en tanto en cuanto, el individuo forma parte de la sociedad, a la cual interesa el bienestar del ciudadano. De ahí que la salud pública resulte así protegida a través de la salud individual, por, mediación de ambos artículos.

Como consecuencia de lo manifestado, puede afirmarse sin reservas la suficiente disponibilidad de este bien jurídico, por cuanto ya la propia Constitución le confiere tal carácter.

Naturalmente, esta disponibilidad supone a su vez otras consecuencias, especialmente interesantes en el ámbito de las intervenciones no estrictamente curativas, tales como la esterilización meramente voluntaria, cirugía estética, etc.²⁵.

²³ MUÑOZ CONDE, *cit*; p. 124.

²⁴ QUERALT JIMENEZ, *cit*, pp. 73-74.

²⁵ Sobre la variada problemática del tratamiento médico, vid. ROMEO CASABONA; *El médico...*, *cit*, en general; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *El delito...*, *cit*, en general; JORGE BARREIRO, *cit.*, en general; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *cit.*, pp. 941 y ss., VILLANUEVA CAÑADAS, *cit*, en general.

Se dice a su respecto por algunos autores que son típicas, ya que objetivamente existe atentado contra el bien jurídico protegido, y subjetivamente no se realizan para curar, pero pueden resultar justificadas siempre que se adecuen a la *lex artis* y medie consentimiento válido, si bien este último no como causa legitimante autónoma, sino formando presupuesto del artículo 8, párrafo 11²⁶.

A nuestro parecer, sin embargo, se trata de conductas atípicas²⁷, al igual que las terapéuticas, y por idénticos motivos, ya que al ser bienes disponibles, el sujeto puede hacer uso de ellos en provecho propio y bajo su criterio, respetando siempre, lógicamente, determinados límites.

Al mismo tiempo, si estas operaciones quirúrgicas debidamente practicadas por un facultativo, se atienen a la *lex artis*, tanto si consiguen el éxito como si fracasan el tipo objetivo de lesiones no se cumple. En el primer caso, al no producirse ningún menoscabo en la integridad del paciente, y en el segundo, porque o son fortuitas, o bien como lo desvalorado es la producción de lesiones en sentido antinormativo, y esto no es lo acontecido en ellas, pues además hay que añadirle el tratarse de un bien disponible, no debe haber inconveniente en admitir su- atipicidad.

Sin contar con que, a mayor abundamiento, y como señala Octavio de Toledo, carece de sentido político criminal que las autolesiones sean impunes por atípicas, salvo en estrictos casos, y sin embargo no ostenten igual calificación las mismas conductas realizadas por un facultativo, y cumpliendo todas las formalidades legales necesarias²⁸.

De otra parte, ¿cuál es la base para negar a estas intervenciones carácter terapéutico? Naturalmente, si se parte de un escueto entendimiento de lo “terapéutico” corzo relativo a la curación de enfermedades, de patologías concretas, es claro que sin existir éstas, tal cualificación no procede. Pero si se examina a la luz de un criterio más amplio, y se advierten en el sujeto no estrictas dolencias, pero si situaciones de conflicto atentatorias contra su equilibrio psicosomático, que bien pudieran devenir patológicas; y al mismo tiempo se acepta la definición de la OMS sobre la “salud”, como integrante del “bienestar” personal, cabe estimarlas “terapéuticas” sin reparo alguno, en cuanto contribuyen a restablecer la armonía física y psíquica del individuo afectado, por tanto de su bienestar, y paralelamente, a eliminar el riesgo de futuras patologías en él.

Otro criterio a examinar y que también se maneja sobre la atipicidad de las intervenciones quirúrgicas curativas, es' su adecuación a las buenas costumbres y al orden público, en definitiva su "adecuación social", pues la declaración de irrelevancia del

²⁶ En este sentido: ROMEO CASABONA, *El médico...*, cit, pp. 275-276; MUÑOZ CONDE, *cit*, p. 123; ANTON ONECA, *cit*, p. 290; GOMEZ BENITEZ, *cit*, pp. 388-389 y 426; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1986, p. 256; VILLANUEVA CAÑADAS, *cit.*, p. 132.

²⁷ Así también: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *cit*, pp. 945 y ss.; COBO/CARBONELL, *cit*, p. 581. Igual opinan MUÑOZ CONDE, F. "Derecho penal": Parte Especial. Sevilla, 1985, p. 81, y manifestándose en el mismo sentido en su 7.º edición. Valencia 1988, pp. 98-99, con respecto a las intervenciones estéticas, y QUERALT JIMENEZ, *cit*, p. 79 sobre las esterilizaciones y la cirugía transexual.

²⁸ Idem, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO. *cit.*, pp. 944 y ss. En cambio, RODRIGUEZ DEVESA entiende que si tienen éxito serán atípicas, pero si fracasan estas intervenciones habrá tipicidad de lesiones y antijuricidad, dependiendo la culpabilidad de la concurrencia de dolo o culpa. Parte General. Cit., p. 517. De su mismo opinión, ROMEO CASABONA, *El médico...*, *cit.*, pp. 174 y ss.

consentimiento contenida en el párrafo primero del artículo 428, se dice, solo puede ir referida a lesiones normalmente inadecuadas y desvaloradas, como son para algunos autores, aquellas desprovistas de finalidad terapéutica, y otras especialmente desvaloradas, como las sadomasoquistas²⁹.

En primer lugar, y omitiendo referirnos a las intervenciones quirúrgicas curativas, ya que sobre su adecuación social por evidente no es preciso extenderse, sino con respecto a las no estrictamente curativas –por cierto que igual puede decirse sobre las lesiones sadomasoquistas, o cualesquiera otras de parecida naturaleza– no participamos de esta negativa a su atipicidad por considerarlas socialmente inadecuadas, al entender que, y desde un punto de vista de adecuación sociológica, soporte necesario de la adecuación jurídica, actualmente basta una simple auscultación de la realidad general para apreciar la normalmente positiva valoración en unos supuestos, como en las intervenciones quirúrgicas no curativas, y la aceptación cuando menos, en otros, de las restantes lesiones mencionadas, dispensada a tales comportamientos por los miembros de la sociedad, quienes los practican a su conveniencia e incluso con publicidad en no pocos casos. De ahí que tampoco parezca admisible hacer recaer en ellas una desvaloración que encontramos improcedente, ante el advertible cambio de mentalidad operado sobre el tema.

Y una prueba más en favor de nuestra tesis sobre las intervenciones no terapéuticas, ahora de carácter jurídico, puede atribuirse al hecho de reconocer el párrafo segundo del artículo 428 la legitimidad de estas conductas, sin distinguir entre ellas ni exigir para hacerlo tal finalidad curativa, salvo, como es lógico, en los trasplantes, equiparando así a ambas en el tratamiento, consecuencia éste a su vez de su adecuación social y del que resulta sobradamente conocido, por demás, que la actual configuración se debe en muy gran medida al sentir doctrinal y social sobre estos temas. Así pues, su descripción legal, y en su contexto la igualdad de régimen jurídico, que evidencia el otorgar a ambas la misma consideración, no hubiera adoptado dicha apariencia, de no haber influido “su adecuación”, ejercida al efecto.

También en este sentido García Arán argumenta que la propia significación social impide su atipicidad, al no considerarlas normativamente desvaloradas por falta de afección al bien jurídico, excluyéndose, en consecuencia, del ámbito de comportamientos injustos que pretende, o debe pretender, subsumir el delito de lesiones³⁰. Opinión compartida plenamente, y que extendemos a las lesiones sadomasoquistas consentidas, sobre las que cabe añadir a lo ya dicho que tampoco en ellas ningún bien jurídico se ataca, por ser éste disponible, y porque además puede hacérselas equivaler a las autolesiones impunes, siempre que no estén incluidas en ninguno de los motivos de rechazo por la Ley.

También es factible encontrar, desde la vertiente subjetiva del tipo, motivos de atipicidad para las intervenciones quirúrgicas, tanto si su finalidad es estrictamente terapéutica³¹, como si sólo se orientan al bienestar de la persona, dado que estos móviles

²⁹ Ver respecto a estas cuestiones: ROMEO CASABONA, *El médico...*, cit., pp. 123 y ss., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal, Parte General*. Madrid, 1977, pp. 212-213.

³⁰ GARCIA ARAN. cit., p. 260. Se pronuncian también críticamente sobre el castigo de las lesiones estimadas “socialmente reprobables”: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito...*, cit., p. 74; y “El consentimiento...”, cit., pp. 218-219; JORGE BARREIRO, cit., pp. 14 y ss.; ROMEO CASABONA, “El consentimiento...”, cit., pp. 874 y ss.

³¹ Son también partidarios de estimar atípicas las intervenciones curativas, con independencia del resultado obtenido: ROMEO CASABONA, *El médico...*, cit., pp. 203 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA cit., p. 254-255; GÓMEZ BENITEZ, cit., pp. 393-394; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETÓ, cit., p. 943, MUÑOZ

excluyen el ánimo de lesionar en sentido antinormativo, que es lo desvalorado por la norma. Y el fundamento reside en ambas situaciones, en que el facultativo actúa con intención de favorecer al sujeto, no de damnificarle, y asimismo, no busca infringir ningún bien jurídico, sino preservarlo; todo lo cual, entendemos, debe apreciarse tanto si la intervención tiene éxito, en cuyo caso tampoco concurrirá la vertiente objetiva del tipo, como si fracasa, pues aún cuando se produzcan menoscabos' en la integridad del intervenido, el tipo subjetivo de lesiones no se cumple, ya que si el médico trata de impedir el deterioro del paciente, no puede al mismo tiempo querer perjudicarlo. Animo de favorecerle, que según hemos manifestado, debe excluir el tipo subjetivo de lesiones, siempre que, por demás, la intervención sea lo suficientemente diligente y cuidadosa como para que incluso la imprudencia resulte descartada.

Todo lo cual se patentiza especialmente en los trasplantes de órganos, cuya finalidad terapéutica es, por disposición legal contenida en el artículo 1º de la Ley 30/1979 de 27 de octubre, y en el RD 426/1980 de 22 de febrero, requisito de ineludible concurrencia, perfectamente comprensible³². Aquí, y desde la perspectiva del receptor,; la implantación de un órgano es objetiva y subjetivamente atípica, con independencia del resultado, por motivos sobradamente expuestos³³; y con respecto al donante vivo, si bien algunos autores entienden que la extracción constituye una conducta típica, aunque justificable³⁴, a nuestro parecer, se trata de un comportamiento igualmente atípico, sin que a' ello obste el que, lógicamente; siempre se produzca alguna alteración o modificación en la salud del intervenido, pero debe asimismo destacarse que por parte del médico, ni concurre el desvalor del resultado, pues lo desvalorado por la norma es ocasionar esos resultados lesionando al sujeto en sentido antinormativo, ni tampoco el desvalor de la acción, por faltar el ánimo de perjudicar³⁵; sin contar con que además, por parte del intervenido, se trata de un bien disponible sobre el que se puede válidamente consentir, y aun en mayor grado, en cuanto puede equipararse a las autolesiones impunes.

Y opinamos también, .que lo dicho puede aplicarse a las transfusiones de sangre y experimentos científicos, como en los casos de ensayos clínicos o de fármacos nuevos, aceptados por' el paciente, bajo las mismas razones y con independencia del resultado, siempre que, como ponen de relieve algunos autores, no se trate de prácticas indebidas o atentatorias contra la dignidad humana, como la venta de partes anatómicas o el cobayismo, en el cual no debe incluirse el ensayo de placebos con enfermos de riesgo, aun cuando el experimento exija una técnica de doble ciego, con tal de que se cumplan los requisitos de no estar los pacientes en riesgo de agravarse, se les someta a control y vigilancia médica

CONDE, Parte Especial. 1988, *cit.*, p. 99; JORGE BARREIRÓ, *cit.*, p. 12. MIR PUIG, *cit.*, p. 426. Lo cual rechaza BAJÓ FERNÁNDEZ, *Manual...*, *cit.*, p. 163 y ss., si fracasan, e incluso en algunos supuestos de éxito, como en las mutilaciones por amputación de un miembro.

³² Para la problemática de los trasplantes, ver en general: ROMEO CASABONA *Los trasplantes...*, *cit.*, y *El médico...*, *cit.*, pp. 200 y ss. De esta Ley dice BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en "El consentimiento...", *cit.*, p. 412, lo que ya dijo con anterioridad en "El delito...", *cit.*, p. 73, que se opone a lo mantenido en el artículo 428-1.º al partir de la disponibilidad del bien jurídico, lo cual dicho precepto parece negar.

³³ En el mismo sentido: ROMEO CASABONA, *El médico...*, *cit.*, pp. 200-201; OCTAVIO DE TÓLEDO/HUERTA, *cit.*, p. 258; GÓMEZ GENITEZ, *cit.*, p. 400; ÓCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETÓ, *cit.*, p. 953.

³⁴ Así: ÓCTAVIO DE TÓLEDO/HUERTA, *cit.*, p. 258; GÓMEZ BENITEZ, *cit.*, p. 400.

³⁵ En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *cit.*, pp. 942 y ss.

directa e inmediata y en caso de presentarse efectos indeseables puedan ser corregido de inmediato³⁶.

Rechaza sin embargo Bajo que la intencionalidad curativa elimine siempre el dolo de lesionar, por entender que en ocasiones cabe tal finalidad conjuntamente con la aceptación de posibles resultados dañosos y de lesiones colaterales, sobre todo en aquellas operaciones especialmente arriesgadas, pudiendo hablarse, como mínimo, de dolo eventual al realizarlas³⁷; a lo cuál es objetable, que aún siendo cierto, desvirtúa la pretensión médica de sanar al paciente, lo que sigue resultando incompatible con perjudicarlo, pues las lesiones sobrevenidas en el curso de una actuación médicamente correcta, incluso con elevados riesgos asumidos por el paciente, son atípicas por fortuitas o por constituir la vía necesaria para preservar, no para infringir, el bien jurídico de la “salud” ajena. Y por lo que, en consecuencia, compartimos lo dicho por algunos autores sobre que aún cuando no se alcanzara el total efecto deseado, si los daños ocasionados coinciden con la acción rehabilitadora buscada, es suficiente para que el tipo subjetivo de lesiones no se configure³⁸.

Como final, y resumiendo todo lo hasta aquí manifestado, pueden observarse suficientes recursos de atipicidad para las conductas subsumidas en el artículo 428 segundo párrafo, encontrando indebido calificarlas, consecuentemente de eximentes de antijuricidad. De ahí también que, a nuestro parecer, el consentimiento resulte siempre causa de atipicidad en todas las posibilidades legalmente disponibles en que el legislador le hace incurrir.

Muy distinto es, en cambio, el planteamiento de la cuestión cuando éste no se halla presente, pues como bajo premisas no ya estrictamente jurídicas sino también de ética médica, advierte Villanueva Cañadas que el aceptar o rechazar un tratamiento constituye un acto de libertad del individuo que el médico no puede menospreciar aun cuando llegara incluso a peligrar la vida del enfermo, por cuanto la “medicina existe porque un individuo que sufre exige ser cuidado, sólo cuando ese, cuidado se demanda debe darse. La medicina se presenta como una profesión al servicio del hombre una profesión humanitaria su actividad dejaría de cumplir con su esencia si se ejerciera al margen del hombre; de ser un auxilio y un bien pasara a ser una tiranía insoportable”³⁹, dividiéndose entonces las opiniones en mayor- grado, sobre todo considerando. los distintos, supuestos. Así, un cierto número de autores estima, acertadamente, que las prácticas médicas terapéuticas, efectuadas con arreglo a la *lex artis*, con independencia del resultado final únicamente entrañan un atentado contra la libertad del paciente, normalmente justificado por el estado de necesidad⁴⁰, existiendo un concurso entre ambas infracciones sólo cuando se infieran lesiones inadecuadas⁴¹, pues en verdad a nosotros y a cualquiera resulta sorprendente configurar un delito, cuando menos de lesiones imprudentes, sólo por faltar el consentimiento. Disiente Bajo, para quien la calificación de atipicidad en las lesiones

³⁶ En este sentido: MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, 1988, cit., p. 101; CASAS BARQUERO, cit., p. 96. Con referencia a problemas ético-médicos derivados de los ensayos clínicos y experimentos científicos en seres humanos, vid., también: VILLANUEVA CAÑADAS, cit., pp. 149-150.

³⁷ BAJO FERNÁNDEZ, *Manual...* cit., p. 164.

³⁸ Así también: GOMEZ BENITEZ, cit., pp. 394 y 396-397; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, cit., p. 943; ROMEO CASABONA, *El médico...*, cit., pp. 273 y ss.

³⁹ VILLANUEVA CAÑADAS, cit., pp. 131 y 133-134.

⁴⁰ En este sentido: COBO/CARBONELL, cit., p. 581; ROMEO CÁSBONA, *El médico...*, cit., pp. 289 y ss.; JORGE BÁRREIRO, cit., pp. 12 y ss; GARCÍA ARAN, cit., p. 257; HIGUERA GUIMERA, J. F., *El delito de coacciones*. Barcelona, 1983, pp. 219-220; RODRIGUEZ DEVESA, *Parte General*, cit., p. 517.

⁴¹ De este parecer: OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA cit., pp. 255 y ss.; GOMEZ BENITEZ, cit., p. 396; QUERÁLT JIMENEZ, cit., p. 81.

procede si la intervención tiene éxito, entendiendo por tala no producción de menoscabo alguno en el enfermo, pues de originarse, no obstante la operación médicamente se considere satisfactoria, la ausencia de consentimiento significará un delito de lesiones, aunque pudiera estar legitimado⁴².

Y tal diferencia de criterios se hace de nuevo especialmente presente con respecto a los trasplantes, ya que en cuanto al receptor, si falta su consentimiento, pero la operación fue técnicamente irreprochable, para algunos autores sólo existirá un delito contra la libertad, pero no contra su integridad, a pesar del resultado⁴³; mientras que la situación es distinta desde la perspectiva del donante, donde en cambio hay unanimidad en estimar que la falta de intención curativa sobre él para la extracción de un órgano no vital, produce una tipicidad de lesiones, que como plantea Octavio de Toledo es también antijurídica, por cuanto la falta de consentimiento ratifica el indicio de antijuricidad sugerido por la afirmación de la tipicidad⁴⁴.

Por nuestra parte, compartimos la opinión de los autores partidarios de que solamente exista una infracción contra la libertad del paciente, salvo si se causan lesiones inadecuadas, en cuyo caso habría concurso ideal entre ambas infracciones, por entender que ésta es, o debería ser, mejor dicho, la solución dogmático y político criminal más coherente, y por cuya total viabilidad abogamos de *lege ferenda*, especialmente si entra en vigor la PANCP, en donde se posibilita. Pero creemos que confunden lo que debería ser con lo que es en realidad, pues obliga el actual segundo párrafo del artículo 428, tal como se halla configurado, y en reciprocidad con la interpretación que de este precepto en su momento propusimos, manteniendo que el cumplimiento de la exigencia legal del consentimiento suponía la atipicidad de estas conductas, a que, inversamente, su falta determine la correspondiente tipicidad de lesiones, según el resultado producido, y aunque no se le causen daños inadecuados, pues de ocurrir, entrarían en juego esas tipicidades, pero sin concurrir con infracciones contra la libertad, en cuanto que lo contrario infringiría el principio *ne bis in ídem*, pues en base a la misma ausencia de consentimiento se le imputan, sin más, unas lesiones, aunque mediando intención terapéutica pudiera declararse su conducta exenta de antijuricidad; si bien esto por una mera decisión legal plasmada desafortunadamente en dicho artículo, en vez de por lógica jurídica y de política criminal. Fuerza a ello, como decimos, la redacción del párrafo segundo, que no nuestro criterio, ya que la atipicidad de las lesiones se hace depender en este caso del requisito del consentimiento, por lo que faltando, siempre se configurará un resultado lesivo, y en el cual su adecuación médica y el carácter -terapéutico pasan a segundo plano aunque también intervengan como factor de primer orden en otras contingencias.

Con referencia a las operaciones sin finalidad estrictamente curativa, al contrario que en el caso de mediar consentimiento, es inadecuado estimarlas orientadas a buscar el bienestar del individuo, ya que una intervención de esta clase, como esterilizarle, o cambiar su identidad sexual, o experimentar con él, efectuada sin o contra su voluntad, no puede servir nunca para proteger su bienestar, e incluso le es directamente atentatorio, en tanto en cuanto aquel depende, precisamente, de la conformidad del sujeto con su situación vital. Por eso la solución del problema tiene que ser diferente a las hipótesis de intervenir el consentimiento, y de tener finalidad curativa, debiendo apreciarse técnicamente la misma

⁴² BAJO FERNÁNDEZ, *Manual...*, cit., p. 164.

⁴³ Así también: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, cit., p. 952; ROMEO CASABONA, *El médico...* cit, p. 357, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual...*, cit. p. 159.

⁴⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *cit.*, p. 953.

calificación que en el anterior supuesto, pero sin que quepa legitimarse, y pudiendo a lo sumo serle atenuada la pena, de haber motivos para ello.

No obstante, y dentro también del tema que nos ocupa, entendemos que han de matizarse algunos aspectos sobre la ausencia de consentimiento⁴⁵. Así, cuando éste no se ha obtenido por; imposibilidad fáctica de hacerlo, o por razones de urgencia, o por cualquier otro motivo relevante, su carencia no obstaculiza la atipicidad de las conductas, sin que importe el resultado acaecido, ni tampoco, integra ningún delito contra la libre determinación del paciente, ya que en cualquier caso no se actúa contra bienes jurídicos, ni objetiva ni subjetivamente. Sólo cuando actuar sin consentimiento se debe a que el facultativo, voluntaria o imprudentemente ha prescindido de él, o bien ha obrado en su contra, es cuando puede hablarse con propiedad de atentado contra la libertad del sujeto.

En cuanto al debatido asunto de la imposición de ciertos procedimientos médicos⁴⁶, contrariando la voluntad del paciente, en algunas hipótesis se cumple, a nuestro parecer, que tales conductas impositivas, en determinadas circunstancias y bajo determinados presupuestos, no realizan el injusto típico de lesiones o de coacciones, siendo, en definitiva, atípicas, mientras que otras lo son aunque su antijuricidad pudiera descartarse⁴⁷.

Los dos primeros supuestos van referidos a las transfusiones de sangre y a la huelga de hambre, a las que se opone el destinatario del primer caso, y a la administración de alimentos en el segundo, en base a sus creencias religiosas, políticas o personales. Aquí ha de advertirse que nos adscribimos con quienes entienden que tal parecer debe ser estrictamente respetado, so pena de incurrir, no haciéndolo, en las ya mentadas infracciones de lesiones o de coacciones, estas últimas si aquellas no se producen de manera contraria a la *lex artis*, y en concurso ideal, si se originan así; solución distinta a la propugnada para el segundo párrafo del artículo 428, pero derivada en todo caso del distinto tratamiento jurídico otorgado a estos supuestos. Otra cosa son las contradicciones e incoherencias que ello suponga, pero no deben ser atribuidas, sino al legislador, puesto que el esquema jurídico de libertad del sujeto para hacer u omitir todo aquello que le está permitido, incluye la toma de este tipo de decisiones, las cuales no comportan en modo alguno la idea de "no querer vivir" o de "dejarse morir", o de suicidarse bajo estas fórmulas, sino, en realidad, de "no querer vivir a toda costa" o en "cualquier caso", para evitar el sometimiento de sus principios, a los que considera prevalentes, incluso en relación con su propia vida. Todo ello en base a un derecho, atinente en este punto a su dignidad, que es uno más de los derechos fundamentales. e inviolables y de las libertades generales que son consustanciales al ciudadano, en' el marco del libre desarrollo de su personalidad; por lo que se halla reconocido jurídicamente, incluso a nivel constitucional, y cuya total garantía entendemos se pronuncia de forma específica en el artículo 16.1.º, y tangencialmente en el artículo 18.1.º, relativo a la intimidad personal.

⁴⁵ Vid., ampliamente tratada la cuestión, en: ROMEO CASABONA, El médico..., cit., pp. 362 y ss.; y desde una perspectiva médica, en: VILLANUEVA CAÑADAS, cit., p. 144 y ss.

⁴⁶ Para un estudio más extenso del tema, vid.: ROMEO CASABONA, *El médico....* cit., pp. 369 y ss ; VILLANUEVA CAÑADAS, cit., pp. 146 y ss. Más específicamente, sobre el problema de la huelga de hambre: DIEZ RIPOLLES, J. L. "La huelga de hambre en-el ámbito penitenciario", Cuadernos de Política Criminal, núm. 30.1986; LUZON PEÑA, D. M., "Estado de necesidad e intervención médica (o funcional o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión en La Ley, 1988.

⁴⁷ Vid, también la opinión de los siguientes autores en estos supuestos más concretos: ROMEO CASABONA, *El médico....*, cit., pp. 369 y ss., BAJO FERNANDEZ. *Manual....*, cit., p. 167.

No obstante debe precisarse que tal disconformidad por parte del interesado, resulta admisible sólo en el caso de personas aptas para consentir, pero no así con respecto a hijos o familiares menores o incapacitados, ya que la patria potestad o la representación familiar tienen sus límites, como todos los derechos, aquí constituidos por el derecho a la vida o salud de sus parientes, cuya dejación sólo a ellos compete, cuando se hallen en condiciones para que puedan hacerlo, y sin que quepa, por tanto, a los familiares o representantes, irrogarse en su nombre tales atribuciones; o cuando, el propio sujeto carece de los requisitos para consentir válidamente. Consecuentemente, la aplicación de las necesarias prescripciones terapéuticas a estos sujetos incapaces, y que por ello ponen sin el suficiente conocimiento en peligro su vida o salud, bajo cumplimiento de todos los elementos ya analizados para su legitimidad, constituyen conductas atípicas de lesiones y coacciones, para nosotros, por motivos suficientemente puestos de relieve, y que, por ello, omitimos reiterar.

En cuanto a la imposición de determinados tratamientos, cuando por las especiales circunstancias que concurren en el destinatario, por ejemplo ser portador de enfermedades fácilmente contagiosas, represente un peligro para la comunidad de no aplicársele las oportunas medidas profilácticas, o cuando se produzcan en una sociedad situaciones excepcionales que aconsejen tomarlas igualmente con respecto a sus miembros, parece que la solución debe ser igual a la ofrecida en el primer supuesto a examen, es decir, que salvo producción de lesiones médicamente inadecuadas existirá, aun cuando pueda llegar a estar justificado, un delito contra la libre determinación del sujeto, configurándose por lo general el segundo apartado del injusto típico de coacciones, ya que el primero de ellos resulta descartado porque en realidad no se impide al sujeto hacer lo que la ley no le prohíbe, sino más bien al contrario, pues como la negativa a aceptar el tratamiento compromete o puede comprometer la salud ajena problema al que riada permanece ignorante el sujeto, al conocer el riesgo de que es o puede ser portador, y de que en este punto su libertad debe restringirse en beneficio de los demás, para evitar transmitir enfermedades, no se trata entonces de perturbar al individuo en el ejercicio de actuaciones no prohibidas, sino que, precisamente, se le requiere para que se conduzca en el sentido impuesto por la norma; quedando por tanto establecido, en cambio, el segundo apartado citado. No obstante, esta conclusión, aunque dogmáticamente correcta, no acaba de convencernos enteramente, pues dadas las especiales características que concurren en ella, y otras como la normalmente escasa violencia proyectada en el sujeto pasivo, y que en realidad lo verdaderamente pretendido por el autor; aunque coexistan otras finalidades, no es obstaculizar la libertad ajena, sino evitar el peligro de propagación de enfermedades a la comunidad social, para así cumplimentar la exigencia estatal' que fundamenta su conducta frente a lo que por una parte representa un derecho del ciudadano, y un deber estatal, de otra, igualmente, formulados en la Constitución, artículo 43 párrafos primero y segundo, es necesario siquiera plantearse otra perspectiva dogmática distinta: su atipicidad, utilizando como recurso adecuado a tal fin, el de su adecuación social o su insignificancia, quedando así excluidas dichas conductas de aquellas normativamente desvaloradas en los preceptos relativos a la tutela de la libre determinación individual.

Y para finalizar con el análisis del consentimiento en las lesiones, y vistos siquiera algunos de los problemas más importantes que plantea el artículo 428, una última cuestión queda por dilucidar, y es la necesidad de su presencia en el Código penal, pues si bien en el último párrafo la unanimidad sobre su desaparición es total, no sucede así con el restante contenido.

A este respecto, y comenzando por el denostado párrafo primero, sobre el cual, y desde su nacimiento, ya advirtió Quintano que serviría “más bien de entorpecimiento que de aclaración en las ordinarias funciones dogmática”⁴⁸ –juicio compartido por la práctica totalidad de los autores coetáneos y posteriores– Queralt mantiene, actualmente, que aún no siendo imperiosa su presencia, tampoco es tan desafortunado como pudiera parecer, si se interpreta en el sentido “protector” para el paciente de que entregando su consentimiento a fin de ser ayudado, no por ello se exonera al médico de los daños, si en cambio es perjudicado⁴⁹. Opinión lógica, por otra parte, pero que por evidente, ni añade interés al mantenimiento del precepto, como el mismo reconoce, ni evita urgencia a su desaparición.

Sobre el párrafo segundo, las opiniones van desde la abiertamente negativa de Rodríguez Devesa, para quien este artículo no ha resuelto los problemas existentes, sino que los ha complicado, introduciendo “nuevos factores de confusión”⁵⁰, a la francamente positiva de Bustos, que lo califica de “importante y trascendente, pues permite solucionar una serie de situaciones, que antes era imposible, conforme a la regulación establecida y la interpretación jurisprudencial y doctrinal dominante”⁵¹, pasando por la intermedia de Octavio de Toledo, a nuestro juicio más acertada, para quien aún reconociéndole cierta validez en el disciplinamiento de cuestiones tales como reafirmar la impunidad de la esterilización y cirugía transexual consentidas, despejar dudas en el ámbito judicial sobre su no perseguibilidad, reglamentar la válida emisión del consentimiento, y delimitar el ámbito de la eximente n.º 11, declara sin ambages su innecesariedad, por existir otros recursos perfectamente válidos para la impunidad de estas conductas⁵², puestos de manifiesto a lo largo de nuestra exposición, y que por obvios, no necesitan de regulación especial.

Por todo ello la solución mejor sería, de lege ferenda, suprimir, como es lógico, el artículo 428, o en todo caso, sustituirlo por una fórmula genérica que reconozca la validez del consentimiento en las lesiones, similar al artículo 157 de la PANCP.

⁴⁸ QUINTANO RIPOLLES, *cit.*, pp. 698-699.

⁴⁹ QUERALT JIMENEZ, *cit.*, pp. 75-76.

⁵⁰ RODRIGUEZ DEVESA, *Parte Especial*, *cit.*, p. 162.

⁵¹ BUSTOS RAMIREZ, *Parte General*, *cit.*, p. 225.

⁵² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *cit.*, pp. 950 y ss.