

Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal

MANUEL COBO

Profesor Adjunto de Derecho Penal
de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I) Planteamiento general.—II) El artículo 428 del Código Penal. Sus causas y significación.—III) Examen de los artículos 425 y 426. Su interpretación en orden al problema del consentimiento: *a)* La reforma de 1963; *b)* Análisis de la reforma: *a')* Extensión del artículo 425; *b')* Variación de la pena; *c')* Estudio especial de la reforma introducida en el párrafo segundo del artículo 425, en referencia con el consentimiento en las lesiones. Distintos problemas; *d')* El artículo 426. *c)* Conclusión.—IV) Consentimiento en las lesiones y "ejercicio legítimo de un oficio" del número 11 del artículo 8. Delimitación de funciones. Valor del consentimiento referido a la anterior eximente.

I) PLANTEAMIENTO GENERAL

La posición de la legislación penal española, en referencia con la cuestión del consentimiento en los delitos de lesiones ha sido, y en parte continúa siendo, problemática y singular. Problemática, porque, en principio, no se ha conocido con la claridad necesaria la actitud que había adoptado, y posteriormente, a la vista de las reformas introducidas, todavía se discute y se duda sobre la validez o no de la fórmula mantenida por el texto revisado de 1963. Singular, porque a diferencia de lo ocurrido en las legislaciones más evolucionadas, ha pasado de un absoluto silencio a una expresa declaración legal, escueta e imperativa, como es la contenida en el actual artículo 428.

De esa suerte las dificultades inherentes al tema del consentimiento —puestas de manifiesto por los autores que de él se han ocupado—, como ha sido planteado por la doctrina en las lesiones, se han visto considerablemente aumentadas: no sólo presenta problemas en referencia con el consentimiento en sí, sino también a sí, en definitiva, tiene éste alguna o ninguna relevancia. Frecuentemente, esta última cuestión, ha obstaculizado un estudio más profundo en orden al consentimiento y a los requisitos que debía reunir, en la forma desarrollada por la abundante literatura extranjera. La discusión, pues, se ha centrado sobre el anterior extremo, que naturalmente funciona como presupuesto de un total examen del consentimiento, e incluso algu-

nas veces contraída al tema de su significación, dejando a un lado el estudio de su naturaleza y requisitos.

La doctrina española, sin embargo, sostiene todavía un interesante diálogo sobre el tema, y recientemente ha planteado serias dudas acerca de la postura a seguir. Las diferentes tesis han sido mantenidas con firmeza, y en más de una ocasión los argumentos se han radicalizado: existe una tendencia, como pone de manifiesto Mezger, a conceder "con frecuencia, aunque sin razón, un significado excesivamente amplio" al consentimiento (1).

Un estudio de la cuestión, de acuerdo con el derecho vigente, deberá evitar a toda costa cualquier actitud de *inercia*. No puede olvidarse la existencia de una reforma que, al menos a primera vista, es bastante radical, y que inhabilita buena parte de los esquemas con los que se operaba antes de su realización. De la misma forma habrá que tener constantemente en cuenta las particularidades de nuestro derecho positivo, tan acusadas en este terreno, que no permitirán una adaptación de problemas, soluciones, o actitudes, extraídos de otras legislaciones, que desvirtuarán, en su raíz, toda conclusión que pudiera ser válida para otros ordenamientos jurídicos.

El examen que a continuación se realiza tiene como punto de partida el artículo 428 del Código penal vigente, y la función que desempeña en el capítulo de las lesiones. Posteriormente, se verifica en supuestos legales, ya determinados por la doctrina, su eficacia, al mismo tiempo que se estudia la reforma de los artículos 425 y 426 del Código penal, ofreciendo igualmente una interpretación de los mismos. Por último, como consecuencia de los resultados obtenidos, se presentan algunas soluciones a diferentes hipótesis que han sido propuestas, entrando en juego no sólo el artículo 428, sino también preceptos del Libro I del Código penal.

II) EL ARTICULO 428 DEL CODIGO PENAL. SUS CAUSAS Y SIGNIFICACION

Todo estudio que verse sobre el consentimiento de la víctima en los delitos de lesiones, deberá tomar como punto de partida el artículo 428. Su interpretación tiene valor vinculante para el capítulo IV dado que, por expresa declaración, se proyecta sobre todos los artículos que lo componen. En el capítulo V, y con el título de "Disposición general", se recoge el artículo 428, cuyo texto es el siguiente: "*las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos, aun cuando mediere consentimiento del lesionado*". Ante esta disposición —clave, sin duda, de los presentes problemas—, cabe hacer las consideraciones que a continuación se expresan:

a) ¿Cómo se ha motivado la creación del artículo 428?, ¿por qué se ha originado? La contestación a estas preguntas ofrecerá datos de

(1) E. MEZGER, *Strafrecht* (Allg. Teil), (Studienbuch), 6.^a ed. München-Berlín, 1955, pág. 106.

interés para un correcto entendimiento de la cuestión. Ni siquiera sería necesario decir, aunque en este caso convenga tenerlo presente, que cuando se crea una nueva disposición o se modifican las existentes, generalmente hay unas causas, concretas y específicas, que motivan el cambio legislativo. Legislar sin motivación alguna, parece un contrasentido. Cosa distinta será sí y hasta que punto aquella es suficiente. Ahora sólo interesa conocer las causas; después, su fundamento.

Como es sabido un considerable sector de la doctrina española, con innegable agudeza, mostró la "relevancia" del consentimiento en los delitos de lesiones (2). A pesar de los argumentos que se esgrimieron en contra (3), la interpretación de los primeros, con sus específicas variantes, penetró en el capítulo IV del Título VIII, creando la natural preocupación: la virtualidad justificante del consentimiento del lesionado, extraída de interpretaciones lógicas y sistemáticas, no satisfacía ni siquiera a sus propios formuladores (4). En el plano de los principios, pues, no se propugnaba por la validez, en todo caso, del aforismo *volenti non fit iniuria*, referido, concretamente, a las lesiones, sino que éste se deducía de una interpretación de determinados preceptos. Era, en consecuencia, la propia ley quien concedía margen para que naciera la tesis de la "relevancia", bien porque así lo hubiese querido, o quizá inadvertidamente: de todas formas se le atribuía la admisión, sin más, del citado principio con lo que ello significaba. La reforma, por tanto, pretendía cortar radicalmente dicha interpretación del modo más drástico: modificando el entonces artículo 426 (que ofrecía base para que surgiera la posición de la relevancia), y creando,

(2) Vid. especialmente, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Buenos Aires 1952, págs. 572-632. La tesis que expuso el profesor Jiménez de Asúa en 1922 desempeñó una función que no puede ser desconocida, en contra de lo apuntado por Suárez Montes y Rodríguez Devesa: significó una orientación decisiva en la trayectoria lógica de la formulación de la relevancia. Quintano Ripollés, reconoce, como aquí se hace, su innegable valor (vid. SUÁREZ MONTES, *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona, págs. 20 y 21, notas 2 y 4. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (Parte Especial), Valladolid 1963, página 112, nota 6. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t. I, Madrid 1962, pág. 669, nota 8). Vid. también RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas* a la trad. esp. del *Tratado de Derecho penal* de Mezger, t. I, Madrid 1955, págs. 425-427. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Derecho penal* (Parte Especial), t. II, Madrid 1949, págs. 252 y sigs. QUINTANO RIPOLLÉS, *Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal*, en ADPCP, 1950, págs. 321 y sigs. Bibliografía española que trata específicamente el tema, en SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 16, nota 1, antes de la reforma. Con posterioridad, Vid. DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión del Código penal y otras leyes penales*, Barcelona 1963, páginas 169 y sigs.

(3) De forma particular por SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, págs. 26 y sigs. También A. FERRER-SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. IV, Madrid 1956, páginas 336 y sigs. CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (Parte General), 12.^a ed., Barcelona 1956, págs. 375 y sigs.

(4) Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ: "hemos de confesar que tal conclusión no nos satisface" (*Notas cit.*, pág. 427). JIMÉNEZ DE ASÚA, afirma que es un "error y no deja satisfecho a nadie" (*ob. cit.*, pág. 626).

expresamente, y por si lo anterior no bastare, una cláusula declarativa de la total intrascendencia del consentimiento.

Que lo anterior es cierto se deduce, evidentemente, del párrafo último de la base 8.^a del Proyecto de Ley de Bases, con la especial alusión a la *congruencia* de penas entre las figuras delictivas que componen el capítulo de las lesiones (5). La amputación que sufrió el párrafo de la misma al convertirse en Ley de Bases, no afecta a la bondad de la presente consideración. Pero además la propia Exposición de Motivos inequívocamente se manifestó en ese sentido: "... acaso sea la más importante la efectuada en el grupo de los delitos de lesiones, en que no sólo *se adecua la pena* más ponderadamente con la tipología delictiva, sino que se da paso a un principio de singular relieve, cual es la *ineficacia del consentimiento*" (6), y abundando en ese parecer, también la Exposición de Motivos del texto revisado de 1963 habla de la "ineficacia del consentimiento" (7).

Puede, en consecuencia, afirmarse que la motivación inmediata de la reforma en este ámbito ha sido, precisamente, la aparición de la tesis de la relevancia del lesionado, y de forma más concreta, en su inicio, la interpretación que se fundaba en la existencia de una incongruencia de penas entre dos específicos preceptos del capítulo IV (8). Para evitarla la reforma ha seguido, o al menos lo pretendía, un doble procedimiento: a) congruencia de penas; b) creación de una cláusula de ineficacia con el artículo 428.

b) Así entendida la génesis del 428, no cabe duda que estará llamado a desempeñar una particular e importante función. Dentro de esta línea supondría un criterio de interpretación, normativamente descrito, que inexorablemente debiera adoptarse. Las causas que le han motivado harían de él, en una de sus vertientes, una especie de *interpretación auténtica* con la que el legislador toma una clara actitud y sale al paso de la opinión de un sector de la doctrina. Su valor funcional sería, pues, incontrovertible, como principio coordinador de todas las figuras delictivas del capítulo IV, y como criterio que debe informar la interpretación de las mismas, cuando menos, en referencia con este problema. El 428 estará presente —en toda su formulación—, en la exégesis de los artículos de las lesiones, y no existirá más remedio que aceptarlo de esa forma como cláusula sumamente elástica de dichos preceptos, con independencia, por ahora, de las consecuencias que se derivan de lo expuesto.

Que sea criticable su creación, por denotar una hipersensibilidad que hubiera podido encauzarse en otros aspectos, incluso dentro de

(5) Expresamente decía: "... sustituir la pena de presidio que establece por la pena de prisión de igual entidad, teniendo en cuenta que es la congruente, por analogía de naturaleza con las demás del capítulo..."

(6) Letra a), del apartado segundo de la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 ("B. O. E." de 27 de diciembre de 1961).

(7) Letra c), primera, de la Exposición de Motivos del Código penal, texto revisado de 1963.

(8) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, pág. 426.

las mismas lesiones, que no prosperaron (por ejemplo, la insoportable y fundamental función que se le atribuye al resultado en estos delitos), recogiendo un sentir más uniforme de la doctrina, es cosa bien diferente. Que la reacción —por decir así—, del legislador ante una interpretación de determinados preceptos de las lesiones, haya sido tan excesiva hasta el punto de situarse frente a ella llevando a cabo una declaración de principios y persiguiendo una incongruencia de penas, no afecta tampoco a cuanto hemos expuesto. Que, en definitiva, hubiera podido resolverse, mucho más fácilmente (por ejemplo, deshaciendo simplemente, pero de manera *cierta*, la incongruencia aludida mediante sencillo procedimiento de adecuar las penas de los artículos comparados) (9), no se desconoce a pesar de admitir la *existencia* del actual 428 y de la inexorable función que desempeña (10).

c) El problema es bien diferente, por tanto, a como se planteaba antes de la reforma. Se centrará, una vez aceptado el 428, en determinar las consecuencias que comporta su vigencia, buscando soluciones que resuelvan los distintos supuestos que pueden traerse a colación en inmediata referencia con el tema del consentimiento del lesionado.

III) EXAMEN DE LOS ARTICULOS 425 Y 426. SU INTERPRETACION EN ORDEN AL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO

El otro extremo que necesariamente deberá resolverse, y su solución condicionará el presente examen, es el referente a los distintos problemas que plantean los actuales artículos 425 y 426 (antes 426 y 427). Con fundamento en ellos y en el 419 del Código de 1944, argumentó Rodríguez Muñoz la tesis de la relevancia. Si ésta ha desempeñado tan decisivo papel en la reforma es obligado revisar su interpretación, en relación con el problema del consentimiento.

a) Conviene precisar, en primer lugar, en qué ha consistido la reforma:

Artículo 426 del Código de 1944: “el que se mutilare o el que prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar, y fuere declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación, incurrirá en la pena de presidio menor.—La misma pena se impondrá al que inutilizare a otro con su consentimiento, para el objeto mencionado en el párrafo anterior”. Artículo

(9) Lo que era tan evidente que de no haber sido verificado abona por la interpretación que desarrollamos sobre los tipos del artículo 425, conforme veremos más adelante.

(10) En contra, QUINTANO RIPOLLÉS, quien estima es superfluo (*Tratado cit.*, página 698). Acertadamente afirma BUENO ARÚS, en referencia con el artículo 428, que “el Código penal español toma partido en la discusión acerca de la relevancia del consentimiento de la víctima como causa de justificación, y la

427 del Código penal de 1944: "si la conducta penada en el artículo anterior hubiera sido mediante precio, la pena será la inmediatamente superior a la señalada en dicho artículo.—Si el reo de este delito fuere padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del mutilado, la pena será la de arresto mayor".

Artículo 425 del texto revisado de 1963: "el que se mutilare o el que prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento y fuera declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación, incurrirá en la pena de prisión menor. Igual pena se impondrá al que con la finalidad y resultado antes previstos, se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad o se la produjera a persona distinta con su consentimiento". Artículo 426 del texto revisado de 1963: "si la conducta penada en el artículo anterior hubiera sido mediante precio, la pena será la inmediatamente superior a la señalada en dicho artículo.—Si el reo de este delito fuere padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del mutilado, la pena será la de arresto mayor".

Un examen comparativo de los artículos de uno y otro Código, conduce a afirmar, en síntesis, que se han verificado las siguientes modificaciones:

a) El actual artículo 425, en su párrafo primero, equipara la finalidad de eximirse del servicio militar con la de eximirse "de un servicio público de inexcusable cumplimiento" (el anterior 426 solamente se refería a la primera).

b) El vigente artículo 425 señala la pena de "prisión menor", siendo así que el antiguo 426 aludía a la de "presidio menor".

c) En el segundo párrafo del 425 se introducen las innovaciones siguientes: se expresa que "igual pena se impondrá al que con la finalidad y resultado antes previstos"; y antes, el 426 del Código de 1944, significaba que "la misma pena se impondrá... para el objeto mencionado en el párrafo anterior"; ahora se dice "se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad", en tanto que anteriormente era desconocido este párrafo; por último, se habla de "o se la producirse ("cualquier otra inutilidad") a persona distinta con su consentimiento", que es diferente a la expresión "al que inutilizare a otro, con su consentimiento", del modificado párrafo segundo del 426.

niega en los delitos de lesiones" (*La reforma del Código penal español de 1963. Exposición y anotaciones*, sep. de Rev. Est. Peniten., Madrid 1964, pág. 34). En el mismo sentido DEL ROSAL COBO, MOURULLO, CASTRO, *Código penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Madrid 1964, pág. 517: "la ratio incriminativa no ha sido otra si no la de excluir el consentimiento como causa justificativa del quebranto experimentado en la sanidad del cuerpo, o como atenuadora, a efectos de la sanción decretada". En parecido sentido, DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, pág. 180.

d') El actual artículo 426 es idéntico al anterior 427 (11).

b) Un análisis de la reforma, correlativamente a como ha sido expuesta, conduce a las siguientes consideraciones:

a') La innovación expresada en a), a'), constituye, sin duda, una extensión del ámbito de aplicación del artículo 425: se equipara, dentro del mismo precepto, la finalidad de eximirse del servicio militar con la de "un servicio público de inexcusable cumplimiento", corriendo ambas la misma suerte.

Ha sido criticado por Rodríguez Devesa en el plano formal sosteniendo que no se encontraba prevista —y, consecuentemente, no estaba autorizada— su introducción por la Ley de Bases (12). La "ambigüedad" (13) que presidía la base hace muy problemática y arriesgada cualquier afirmación a ese respecto que, en definitiva, quedaría reducida a un simple juego dialéctico, y por lo demás, era concebida con tanta elasticidad que la autorización para modificar de esa manera el 425 no puede por menos que ser reconocida, sin que este extremo encierre mayor interés.

Desde otra perspectiva puede ofrecerse, sin embargo, un aspecto interesante. A pesar de la formulación "restringida" (14) con que se muestra (servicio público de inexcusable cumplimiento), no deja de producir perplejidad, sobre todo, en el momento presente, su introducción. Aunque teóricamente puede, en efecto, pensarse en la existencia de tales situaciones, realmente será difícil que alguna vez se aplique, en ese sentido, el 425. Si apenas ha sido empleado en su originaria y limitada formulación —referido sólo al servicio militar—, ¿es que en otros "servicios públicos" suceden, con cierta frecuencia, hipótesis como las que ahora describe el 425? Quizá tenga algún sentido que en épocas de grave peligro (guerra), haya personas que se inutilicen en la forma y con la finalidad legalmente prevista, o hasta es imaginable que por eludir el servicio militar, sin que exista la anterior situación, se produzcan tales casos —aunque la experiencia ha mostrado su carácter excepcional—, pero no se llega a comprender, al menos en principio, la necesidad de la nueva extensión. Un servi-

(11) Como fácilmente puede observarse las modificaciones que más interesan a nuestra exposición se han realizado en el párrafo segundo del artículo 425, si bien no será obstáculo para que se hagan consideraciones referidas a otros aspectos de los artículos 425 y 426, al objeto de conseguir una total visión del alcance de la reforma. Sin embargo, como es natural, nuestro estudio se centra principalmente sobre las modificaciones introducidas y la interpretación que de ellas se ha ofrecido, dejando al margen una serie de cuestiones que, por su extensión, no son comprendidas en este trabajo.

(12) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, págs. 111: "es una nueva figura de delito creada por la reforma de 1963 y no prevista en la autorización concedida por la Ley de Bases".

(13) BUENO ARÚS, *La Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 para la revisión y reforma del Código penal y otras Leyes penales*, en *Rev. Est. Peniten.*, 1961, pág. 3383.

(14) M. COBO, *El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la reforma penal española*, en *ADPCP*, 1962, pág. 311.

cio público, *tan* inexcusable, en el área de los *particulares*, es ciertamente raro. Un servicio público de inexcusable cumplimiento, y que, efectiva y realmente, pueda ser exigido en esos términos, también. Un servicio público que, para excusarse de su realización, lleve al obligado al mismo a mutilarse o inutilizarse en los términos del 425, lo es más todavía. Dentro del ámbito de las personas más *vinculadas al Estado* (fuerzas armadas, autoridades, funcionarios, etc), la no prestación de un *específico servicio público inexcusable*, queda desde luego sancionada en la legislación especial e incluso en el Código penal (15), sin que exista una auténtica necesidad de incriminar autónomamente tan singular situación. Quizá la objeción más grave que puede hacerse, en resumen, a una reforma sea ésta: que no obedezca a una seria y sentida necesidad políticocriminal.

Ahora bien; aceptando totalmente el artículo 426 no existe obstáculo, en el plano lógico, para admitir la ampliación verificada, pues siempre habrá que reconocer que pueden darse otros servicios, cuyo deber de realización sea tan relevante o más desde el punto de vista estatal (16). Por lo demás, cuanto se exponga en posteriores apartados tiene, naturalmente, validez también para éste que, en realidad, no modifica la situación del problema del consentimiento, aunque presente datos de interés para la interpretación.

b') La reforma indicada en a), b'), constituye una nota más, expresamente reconocida por el Proyecto de Ley de Bases, de la persecución de "incongruencias" que motivó el cambio legislativo. Es interesante reflexionar sobre este extremo, ya que ofrecerá algunos datos para una mejor comprensión del problema.

Como es sabido la interpretación de Rodríguez Muñoz se fundaba en la incongruencia a que se llegaba poniendo en relación las penas de los artículos 419 y 426 del Código de 1944: no tenía sentido, a su juicio, que la pena prevista en el 426 (presidio menor) fuese inferior que la del 419 (reclusión menor), siendo así que el primer precepto también contemplaba supuestos de mutilación (consentida para eximirse del servicio militar), lo que sería "una absurda conclusión legal" (17). Consciente de lo anterior la propuesta que figuraba en el Proyecto de Ley de Bases, al objeto de deshacer la citada contradicción, se pronunció de la forma siguiente: de un lado, rebajaba "la pena del artículo 419 a la inmediata inferior" (según la base 8.^a); de otro, establecía la pena de prisión menor en el artículo 426 (párrafo último de la base 8.^a). Con independencia de que hubiese o no conseguido la ansiada congruencia —que muy posiblemente hubiera quedado sub-

(15) Téngase en cuenta que nos referimos a la no prestación del servicio, *sin* necesidad de aludir a la inutilización. Dependerá de cada caso en particular, la legislación que pueda y deba aplicarse. La variedad de supuestos y la distinta instancia en que puede ser exigido el cumplimiento del servicio, evita la formulación de una regla general.

(16) M. COBO, *art. cit.*, pág. 310.

(17) RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *ob. cit.*, pág. 253.

sistente (18), si bien en forma menos radical—, lo cierto era que se había puesto de manifiesto la intención que a la sazón perseguía la reforma: desmontar, o al menos pretenderlo, la evidente contradicción que un sector de la doctrina había sostenido. Sin embargo, esta finalidad *desaparece*, aunque terminase por reformar el 426 (hoy 425) en orden a la pena (prisión menor), por el cambio radical que introdujo la Ley de Bases, que para nada hizo alusión a las conexiones que pudieran existir entre el anterior artículo y el 419. Así, la reforma de éste quedó autorizada en los siguientes términos: “mantener la pena del artículo 419 para los casos de mutilaciones muy graves y rebajar la que actualmente está asignada a dicho delito, en aquellos casos de menor gravedad en la mutilación y en consonancia con la misma”. Por esta razón afirmé, al comentar la base en cuestión, que “en este concreto punto, parece que la Ley de Bases no ha entendido el Proyecto de Ley” (19). Naturalmente tampoco se refirió el penúltimo párrafo de la base 7.^a de la Ley ni a la reforma de la pena, ni a la tan reiterada congruencia, pues del texto desapareció *todo* lo que pudiese dar pie para una comparación con los demás preceptos del capítulo, y pretendiera encontrar una armonía entre ellos. No obstante, aparece el 425 del texto revisado de 1963, con la modificación de la pena—que se anticipaba en el Proyecto, no en la Ley—, pero que al subvertir el sentido de la base del Proyecto referida al 419, apenas tenía significado en relación con el tema de la incongruencia. Y, entonces, ¿qué sucede con esta última?, ¿cabe, de nuevo, plantearla?, ¿puede todavía encontrarse alguna significación a la variación de la pena?

A simple vista parece que la situación sería ésta: precisamente por cambiar la pena de “presidio menor” por la de “prisión menor”—que es, como decía el Proyecto, la que tiene “analogía de naturaleza con las demás del capítulo”—, se autorizaba, o por mejor decir, hacía posible la relación comparativa entre la pena del 425 y la de las restantes figuras delictivas de las lesiones, que ahora incluso ocupan la misma escala (la número 2) del artículo 73 del Código vigente. No podrá decirse en forma alguna que son “penas distintas”, como fue afirmado con anterioridad a la reforma (20). En principio, por tanto, es perfectamente posible la comparación, y no existe la menor limitación para que el intérprete la realice. Pero, sin duda, sólo será

(18) El 428 veda ahora razonar en el sentido de que la “consideración del valor atenuatorio del artículo 409 en los delitos homicidas, conjugado con el silencio en los de lesiones, me han movido a buscar en él un nuevo argumento, no menos decisivo que los otros, para llegar a la misma conclusión de impunidad por ausencia de tipo” (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, pág. 670). El silencio, con el artículo 428, ha quedado roto.

(19) M. COBO, *art. cit.*, pág. 305. Vid. algunas de las inconsecuencias que podrían derivarse de esa incompreensión en la *ob. cit.* en la nota 10 de este trabajo, en colaboración, pág. 515. Consciente de esa posibilidad, se lleva a cabo, más adelante, una interpretación que pretende evitarla.

(20) SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 105: “la pena con que se castiga el delito de inutilización no guarda relación... con la que sancionan los atentados contra la integridad. No es una pena “menor”, sino sencillamente *distinta*”.

lícito en este extremo, extraer la siguiente conclusión: que la pena del 425 es prisión menor y que la del párrafo primero del 419 es reclusión menor; que la primera es *inferior*; que la del 425 es *igual* que la del párrafo segundo del 419. Esto, sin embargo, parece colocar en el camino de la incongruencia, aunque sólo sea por lo que al párrafo primero del 419 se refiere. No obstante, no podrá ésta, sin más, ser extraída en razón a dos consideraciones que será necesario verificar: la primera, si de las reformas introducidas en el 425 no se deriva obstáculo para que sea deducida por el intérprete; la segunda, si el 428 complementa e informa la interpretación del 425, y en qué sentido, y si consecuentemente es posible deducir la relevancia del consentimiento.

Ambas, expresadas en forma separada, son desarrolladas unitariamente en el próximo apartado, siguiendo la exposición correlativa de la reforma.

c') La reforma introducida en el párrafo segundo del artículo 425 es fundamental, y de ninguna manera puede pasarse sobre ella sin destacar la importancia interpretativa que necesariamente debe desempeñar.

El legislador de 1963 ha introducido una nueva figura delictiva que expresamente no conocía el anterior artículo 426: "igual pena se impondrá al que con la finalidad y resultados antes previstos, *se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad*". Carece de operatividad en este examen poner en duda si el legislador estuvo o no autorizado —como hace Rodríguez Devesa, pronunciándose por la negativa (21)—, por las mismas consideraciones que ya fueron expuestas en anteriores apartados: la cláusula de la Ley de Bases era tan amplia que puede ser sostenida perfectamente la tesis afirmativa. Cualquier digresión dialéctica está condenada, de antemano, a no conseguir la menor certeza por esa razón. Pero además, ¿es que dar más "riqueza de matices", no implica dentro de la "esencia" del antiguo 426 la posibilidad de introducir una modalidad que no quebranta lo que efectivamente es el precepto?

La modificación realizada tiene gran significación, pues referida al consentimiento varía el planteamiento y solución de los distintos problemas. Desde luego, no ha sido superflua, ni tampoco "se presta a toda clase de críticas", como afirma Rodríguez Devesa (22): el artículo 426 del Código de 1944, no sólo contenía auténticas lagunas más flagrantes, sin duda, que las que "pudieran" señalarse para el actual 425, sino que se prestaba a que con fundamento en él fuesen deducidas absurdas consecuencias, que a nadie satisfacían, como Rodríguez Muñoz y un autorizado sector de opinión pusieron de manifiesto. (23).

A juicio de Rodríguez Devesa el 425 presenta el inconveniente de

(21) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 110.

(22) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 110.

(23) Vid., nota 4 de este trabajo.

que "frente al párrafo primero... se castiga el causarse a sí mismo la inutilidad, pero no el consentir que otro se la cause, conducta que ha de reputarse impune por atípica" y "además, el pronombre la" ("se la produjera") del último inciso, hace que la causación punible a persona distinta se contraiga a las inutilidades que no se ocasionen por mutilación con la consecuencia inevitable de que causar una mutilación a persona distinta con su consentimiento es una conducta impune" (24). Las anteriores afirmaciones *sitúan* la cuestión en sus justos términos e irremediamente obligan a tomar una posición, pues, en verdad, constituyen el *quid* de toda la interpretación del precepto, así como de su virtualidad en orden al problema del consentimiento:

a") Una vez más el origen de la tesis se centra en el alcance y contenido que le sea asignado a los verbos "mutilar" e "inutilizar", con el que inexorablemente habrá que ser consecuentes en todo momento, so pena de llegar a conclusiones entre sí contradictorias, o más todavía, excluyentes, por evidenciar una abierta incompatibilidad. Rodríguez Devesa, que en referencia con el artículo 426 de 1944 y criticando a Suárez Montes, había afirmado que mutilar e inutilizar coincidían (25), distingue y trata por separado, al estudiar los artículos 425 y 426 del texto revisado de 1963, la "inutilidad por mutilación" (26) de la "inutilidad por otras causas", afirmando que la inutilización para eximirse del servicio militar "se divide en inutilidad causada por mutilación e inutilidad producida por cualquier otra causa" (27). Es decir, que la interpretación de ambos verbos ha cambiado, como era inevitable que sucediera, a la vista de la reforma. Rodríguez Devesa, aunque critica el 425, se adhiere a la tesis de la *diferenciación* (28). Si no fuese así, y se continuara identificando plenamente mutilar e inutilizar, no tendría sentido plantearse el problema de la "impunidad" del simple consentir en la inutilización, ya que habría que entender se encontraba específicamente previsto por el párrafo primero del 425 ("el que prestare su consentimiento para ser mutilado"). Para Rodríguez Devesa, en resumen, el eje sobre el que se mueve la crítica es, en definitiva, la diferenciación entre mutilar e inutilizar, lo que, por supuesto, no quiere decir que de aceptar la

(24) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 110.

(25) "Pero, en la argumentación de SUÁREZ MONTES hay una premisa que reputó con QUINTANO inexacta, a saber, la de que el "inutilizar" del párrafo segundo del 426 de 1944 abarcara otros casos que los de mutilación consentida... no permitiría interpretar el inutilizarse en otro sentido que en el de mutilar" (RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 108).

(26) Aunque RODRÍGUEZ DEVESA dice: "1.º Inutilidad por inutilización" (*ob. cit.*, pág. 106), tanto del contenido de ese título como del párrafo que le antecede se deduce que debe entenderse "inutilidad por mutilación".

(27) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 106.

(28) Vid. Una interpretación de ambos verbos, antes de la reforma, en FERRER-SAMA, *ob. cit.*, pág. 337. SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 82 y ss. y 99 y ss. Con anotaciones críticas, DEL ROSAL, COBO y MOURULLO, *Derecho penal*, T. I. (Parte especial), Madrid, 1962; págs. 433-434. Recientemente, DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, pág. 172.

identificación y equivalencia no fuese quizá peor, y más claras, las contradicciones que serían extraídas.

b") Ni *antes*, ni *ahora*, es totalmente aceptable y satisfactoria la tesis de la equivalencia. Aunque en forma sugerida —por razones que más adelante serán desarrolladas— en otra ocasión, afirmaba: “existe fundamento para sostener que mutilar e inutilizar no se corresponden: mutilar, es una de las formas de inutilizar, pero no la única. Mutilar tiene un contenido médico legal y jurídico determinado o cuando menos determinable. Inutilizar tiene una completa significación, deparada normativamente por la legislación pertinente. (Y en nota: “el contenido del término inutilizar, forzosamente ha de ser el comprendido bajo el título de “Cuadro de inutilidades con relación a la actitud física para el Servicio Militar”, que, distribuido en tres numerosos grupos, describe el reglamento provisional de 6 de abril de 1943”). No son equivalentes: inutilizar es un *más*; mutilar es un *menos*, un modo de inutilizar” (29).

Si así eran entendidos se estaba clavando el germen de un argumento, dentro de la teoría de la incongruencia de Rodríguez Muñoz, que de ser asimilado por el legislador, haría peligrar la seductora fuerza lógica de su razonamiento. No obstante, todavía no era posible desplegarlo en su totalidad, en atención a que no podía deducirse la proposición que le dotaría de virtualidad suficiente; entonces aún se continuaría afirmando que si bien mutilar e inutilizar no coincidían exactamente, inutilizar, en efecto, comprendía la mutilación, o mejor dicho, la inutilización por mutilación y no habría más remedio que conceder que continuaba vigente la tesis de Rodríguez Muñoz (30). Sin embargo, lo anterior no era obstáculo para razonar, dentro siempre de la presente postura, que si inutilizar comprendía la mutilación, el proceso inverso no era admisible, esto es, que mutilar abarcara a *toda* inutilización y la simple lectura del reglamento de 1943 no podía ser más aleccionadora: existían infinidad de inutilizaciones que de ninguna manera consistían en mutilaciones.

Ahora bien: si se continúa la reflexión sobre ese punto, cabía advertir como inmediata consecuencia lógica, que la *autoinutilización* —que no fuese por mutilación, que se encontraba en el párrafo primero del entonces 426—, no había sido específicamente prevista. Por supuesto siempre que la interpretación dada a los repetidos verbos *fuese aceptada*. De ahí el carácter problemático que dábamos a la anterior consideración, como correspondía a un comentario de un Proyecto de Ley de Bases y de una Ley de Bases (31), aunque no por eso se olvidara afirmar “que el (antiguo) 426 deja, al menos en ese

(29) M. COBO, *art. cit.*, pág. 308.

(30) En contra, SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 106 y ss. Vid. DEL ROSAL, COBO y MOURULLO, *ob. cit.*, pág. 432 y ss.

(31) Problematicidad que nacía de la doctrina que sostenía la identificación entre mutilación e inutilización, que en el texto de 1944 se prestaba a toda clase de conjeturas.

sentido, un hueco en su formulación: la *autoinutilización* que no sea mutilación —de acuerdo como ha sido entendida—, no se castiga expresamente, no está prevista por el 426 (del Código de 1944)” y una de las conclusiones propuestas era que se “constatará, de forma expresa, la *inutilización de otro* y la *autoinutilización* con la finalidad prevista” (32).

Pero ha sucedido —y esto es tan evidente que no puede ser puesto en duda—, que el legislador de 1963 en el artículo 425 ha creado, expresamente, la figura de la *autoinutilización* y eso significa que ha aceptado y hecho suya la interpretación que genéricamente se sugería al comienzo de este apartado; si así no fuese, ¿qué razón tenía para introducir la *autoinutilización*, que no consistiera en mutilarse, dentro del 425? De aquí que ahora pueda precisarse más el contenido de los dos verbos, y no de manera incierta y problemática, sino adoptando ya una definida actitud, y la razón es, en última instancia, un resumen de cuanto viene exponiéndose: *automutilarse* (que se encontraba consignado en el párrafo primero del 426 y se mantiene, asimismo, en el párrafo primero del actual 425), no es equivalente a *autoinutilizarse* (que no se encontraba expresamente previsto por el párrafo segundo del 426, pero sí por el párrafo segundo del vigente 425), pues entonces sería radicalmente absurdo se reiterara dentro de un mismo precepto. Si ya se encuentra incluida la *autoinutilización* en la *automutilación* del párrafo primero del 425, ¿por qué el párrafo segundo del mismo artículo alude a “se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad” (*autoinutilizarse*)? Sencillamente porque *automutilarse* y *autoinutilizarse* no son expresiones con idéntico contenido; porque, en suma, *mutilar* e *inutilizar* no son, en forma alguna, coincidentes.

La cuestión, por tanto, con la modificación del 425 es distinta y puede concretarse más relacionando ambos verbos. *Mutilar* tiene el contenido asignado en los párrafos primero y segundo del artículo 419 (33), con la especialidad de que sea capaz de producir exención del servicio militar o del servicio público de inexcusable cumplimiento. *Inutilizar*, *nunca* comprenderá supuestos de mutilación y su radio de acción vendrá delimitado por las causas específicas de inutilidad en los citados servicios. Ya no puede sostenerse, como antes hacíamos, que “*inutilizar* es un más; *mutilar* es un menos”, sino que deberá afirmarse que tienen unos contornos diferentes, aunque queden unificados por una categoría superior, como es la de ser causas de exención de ciertos servicios. Operan, por tanto, sobre conductas distintas.

(32) M. Cobo, *art. cit.*, pág. 308

(33) Ahora no podrá sostenerse la afirmación de que la tesis diferenciadora, “fracciona arbitrariamente el claro tenor del (antiguo) artículo 426, que sin género alguno de duda se refiere al mismo acto, y si no se emplea otra vez el término *mutilar*, ya usado nada menos que tres veces en el texto, se debe simplemente a evitar una terca repetición” (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, página 675); lo que, sin embargo, antes de la reforma, podía ser admisible, o cuando menos, discutible.

La expresión "cualquier otra inutilidad", que emplea el párrafo segundo del 425, significa, sin duda, cualquier otra inutilidad que no sea automutilación; la expresión "o se la produjera a persona distinta", significa o le produjere cualquier otra inutilidad que no sea mutilación.

La relación comparativa —imprescindible para formular la tesis de Rodríguez Muñoz—, entre el 419 y el 425, queda *ahora* radicalmente cortada; el 425 no contempla supuestos de mutilar a otro; sólo de inutilizar a otro, *sin* que sea mutilación. No cabe, en resumen, hablar de incongruencia en la medida que ésta supone una relación que no se da entre ambos preceptos, ni por consiguiente, la primera tendrá la menor significación en orden a la relevancia o no del consentimiento.

c") Con el esquema interpretativo hasta ahora expuesto, deben estudiarse los distintos aspectos desde los que se han formulado graves objeciones al artículo 425, en referencia con el problema del consentimiento.

El primero de ellos se ha planteado así: ¿qué sucederá con el simple *consentir* en la *inutilización* para eximirse de servicios que reúnan las características exigidas por el artículo 425?

Lleva razón Rodríguez Devesa cuando afirma que esa modalidad no se encuentra expresamente prevista por el 425, a diferencia de lo que acontece con la prestación de consentimiento para la mutilación del párrafo primero del citado artículo. Rodríguez Devesa, no obstante, concluye diciendo que "la conducta ha de reputarse impune por atípica" (34).

Que, efectivamente, no se haya descrito en el 425 no significa, sin más, la impunidad; que no ocurra como con el *consentir* en la mutilación, es cierto, pues, específicamente se alude a ello en el párrafo primero del 425; pero si además del simple texto de éste, se tiene en cuenta la función desempeñada por los preceptos del Libro I del Código, y el sentido último del 425, así como su relación con otros artículos de las lesiones, habrá que concluir de manera muy diferente, esto es, negando la impunidad.

La primera observación que debe hacerse es que la prestación de consentimiento para ser inutilizado, con las finalidades legalmente formuladas, supone, en virtud de lo dispuesto por el párrafo primero del 425 (al que remite el párrafo segundo: "finalidad y resultados antes previstos"), que se haya verificado una conducta de *otro*, consistente en inutilizar a quien consiente. Esta sencilla consideración no debe ser olvidada, y el propio 425 en su párrafo segundo la recoge: "se la produjera a persona distinta *con su consentimiento*". Es decir, la inutilización de otra persona, a efectos del 425, implica, inexorablemente, que ésta haya consentido. No tiene la menor significación, dentro de este artículo, inutilizar a otro *sin* su consentimiento, si bien puede tener relevancia para una figura delictiva diferente. Inu-

(34) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 110.

utilizar a otro equivale, por tanto, a inutilizar a otro con su consentimiento. Siempre que se esté a presencia del último inciso del párrafo segundo del 425, *necesariamente* habrá *participado* (35) el inutilizado, consintiendo la inutilización. Sin embargo, existirá *un sólo delito* —y solamente uno—, *varias conductas, dos sujetos* que las realizan, siendo autónoma la dimensión *personal* de ambos que afectará a cada uno de ellos en particular, independientemente de que las acciones hayan sido declaradas, en abstracto, expresamente punibles, o de que, en forma concreta, una lo sea y la otra no (36).

De esa manera, no podrá hablarse de “participación impune” —como sucede en otros casos (37)—, pues existe base, en su *estricto aspecto legal*, para traer a colación el artículo 14 del Código penal, con la inevitable función de coordinación que desempeña, y de modo especial el número 3 de ese precepto, aunque no se desconozca que en algunas ocasiones serán también utilizables los números 1 y 2 del mismo artículo.

Rodríguez Devesa hace uso de parecidos razonamientos para resolver la cuestión de quien “mutila” a otro con su consentimiento que es, a la inversa, el problema planteado en el párrafo primero del 425: se castiga, expresamente, la prestación de consentimiento para que otro realice la mutilación, pero no específicamente ésta, *con* las finalidades previstas por el 425. Rodríguez Devesa lo resuelve de la si-

(35) El tema de la participación ha despertado escasa atención en nuestra doctrina, y menos aún la denominada impropia o necesaria. También R. DELL'ANDRO, en una interesante y exhaustiva monografía, se lamenta del poco interés demostrado por la literatura italiana y alemana (vid. R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956, págs. 141-142). La doctrina alemana ha distinguido, desde Freudenthal, entre delitos de *convergencia* y delitos de *encuentro* (vid. sobre la distinción MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 2.^a ed., trad. esp. de Rodríguez Muñoz, Madrid 1949, págs. 339, nota 10. Del mismo, *Strafrecht* (Allg. Teil) (Studienbuch), 6.^a ed. München-Berlín 1955, págs. 233-234. También del mismo, en *Strafgesetzbuch* (Leipziger Kommentar), t. I 8.^a ed., Berlín 1957, págs. 309-310. R. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, trad. esp. de Córdoba, Barcelona 1962, pág. 351. BAUMANN, *Strafrecht* (Allg. Teil), 2.^a ed., Bielefeld, 1961, págs. 484-486, y la bibliografía por ellos citada. También en la doctrina italiana se acepta la distinción que es precisada y complementada por F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, 2.^a ed., Milano 1947, págs. 229).—Los últimos requieren, conceptualmente, la concurrencia de acciones recíprocas que se corresponden, sin que sean necesariamente equivalentes: el “encuentro” de las distintas actuaciones volitivas, produce el efecto de constituir el tipo (MEZGER, *Strafrecht cit.*, pág. 233. MAURACH, *ob. cit.*, página 352. GRISPIGNI, *ob. cit.*, pág. 231). Son supuestos de participación necesaria (*notwendige Teilnahme*), o especialidad del llamado delito “*plurisoggettivo*”. La modalidad citada debe ser tenida en cuenta en orden a la comprensión de la tesis sostenida en el texto, sin que sea necesario un mayor desarrollo de esta nota.

(36) Vid. en el mismo sentido, DELL'ANDRO, *ob. cit.*, págs. 158 y 164-165. R. Sesso, *Saggio in tema di reato plurisoggettivo*, Milano 1955, pág. 159. En la doctrina más reciente (vid. nota anterior), no se hace cuestión de la simultánea punibilidad, abstracta o concreta, de los partícipes, para que pueda calificarse de participación necesaria.

(37) Por ejemplo, el primer supuesto del artículo 441, e incluso el artículo 486, por sólo citar algunos de nuestro Código penal.

guiente forma: “los juristas, demasiado acostumbrados a sustituir los conceptos legales, y la vida misma, por conceptos abstractos generalizadores, parece ser que no han reparado en algo de suma importancia, a saber, que la situación fáctica en las mutilaciones consentidas no es la misma, cuando el sujeto consiente, que en otros delitos; en ellas es preciso siempre un mínimo de cooperación del sujeto que consiente para que la mutilación pueda llevarse a cabo. No se concibe una mutilación consentida sin que haya mediado un acuerdo sobre la índole de la mutilación, sin que el que aspira a que le mutile otro acuda a un determinado lugar y facilite con una serie de actos el de causarle la mutilación. El que otro ejecute materialmente el acto de mutilar constituirá en todo caso un auxilio necesario; nunca la figura del artículo 419” (38). Como es lógico Rodríguez Devesa no extrae la consecuencia de la impunidad de quien mutila a otro con su consentimiento con la finalidad de eximirse de los repetidos servicios, que incluye en el “auxilio necesario”, sino que solamente se refiere a que “la cooperación a una conducta atípica... es impune en cuanto no la castigue expresamente la ley” (39), y de este extremo nos ocuparemos también más adelante. Ahora bien: hubiese sido razonable, dentro de su línea de pensamiento, emplear el mismo esquema, con sus pertinentes variantes como es natural, al supuesto de la prestación de consentimiento para que otro inutilice, en los términos ya expuestos, desde el momento que de ninguna forma se trata de una participación en una conducta atípica: “o se la produjere a persona distinta con su consentimiento”, como textualmente dice el inciso final del párrafo segundo del 425.

La solución que proponemos no contraviene la actitud seguida por el legislador en el párrafo primero del citado artículo, ni tampoco lo que el precepto significa. Sin embargo, inmediatamente surgirá un *segundo* supuesto: ¿qué solución debe darse a la hipótesis de quien mutila a otro, con su consentimiento, *con* las finalidades previstas por el 425? ¿Por qué en este caso se ha seguido el procedimiento inverso de incriminar particularmente la prestación de consentimiento en el párrafo primero del 425, y no la conducta del que mutila al que consiente?

Para contestar la primera pregunta pueden ser empleadas fundamentalmente tres respuestas, que entre sí se excluyen: la conducta es impune; existe un “auxilio necesario” en el delito de prestación de consentimiento para ser mutilado del párrafo primero del artículo 425 (Rodríguez Devesa); aplicación del artículo 419 en el párrafo que corresponda.

La tesis de la impunidad se fundará en una argumentación puramente gramatical del artículo 425, sin tener en cuenta una serie de razones que en todo momento deben ser atendidas. De acuerdo con la interpretación de los verbos mutilar e inutilizar, excluyendo de este

(38) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 109.

(39) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 109.

último el primero, es evidente que la mutilación de otro, con su consentimiento, para evitar la realización de los servicios en cuestión, no se encuentra expresamente prevista por el artículo 425, y en consecuencia, pudiera sostenerse su impunidad. Esta forma de pensar, sin embargo, olvida tanto la función desempeñada por los preceptos del libro I del Código penal, como la relación existente entre el 425 y otros artículos del capítulo de las lesiones. Lo primero ha sido destacado por Rodríguez Devesa, pues siempre se *podría* decir que existe una participación en la figura delictiva de prestación de consentimiento, quedando así alejado el peligro de la impunidad. Aunque esta tesis sea en efecto más aceptable, no obstante dificulta un entendimiento correcto del artículo 425 llevando a consecuencias inadmisibles en orden a la cuestión del consentimiento del lesionado en general, puesto que niega todo valor interpretativo al artículo 428, y a la evidente y necesaria relación que existe entre los delitos que componen el capítulo, e incluso su bondad sería puesta en duda desde la teoría de la participación (necesaria o impropia).

Para llevar a cabo un análisis crítico de lo que pudiera denominarse “fórmula de la participación”, debe penetrarse en lo que es y significa el artículo 425 y en el diferente juego y posición de las conductas que describe. Después de la reforma de 1963 —quizá antes tampoco—, no puede afirmarse, tajantemente, que la “única” consideración “que explica la *ratio essendi* del precepto” es que “el *bien jurídico* protegido no es ya la integridad corporal o la salud, sino la potencia armada de la Nación que se debilita cuando un sujeto obligado a prestar el servicio de las armas se sustrae al cumplimiento de ese deber”, y que la acumulación de una doble infracción de bienes jurídicos, es, en definitiva, la que determina, en la estimación del legislador, la agravación de tales conductas, como sostiene Rodríguez Devesa (40). De esa forma no se distinguen dos conceptos que son utilizados de manera indiferenciada: el *bien jurídico* y el *deber*. Como en otra ocasión se ha demostrado, ambos no coinciden necesariamente (41). El segundo, incluso puede ser empleado como instrumento para encontrar el primero, pero dada su configuración estrictamente formal, normativa, no puede ser confundido con éste. Su distinción, así como la delimitación de sus funciones, es necesario aceptarla también en el caso concreto que nos ocupa.

Con independencia de la dificultad existente en precisar, de forma rigurosa, el bien jurídico en los supuestos referidos a “otros servicios” (que no sean el militar), el recurso a la “potencia armada de la Nación” no es, en verdad, aunque se admita, un medio interpretativo que ofrezca explicación suficiente a una serie de preguntas. En un

(40) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 106. También hablaba, antes de la reforma, de “atentado contra el interés comunitario defensa nacional”, SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 104.

(41) De gran interés la construcción de G. ZUCCALÁ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, págs. 213-215, especialmente.

cierto sentido carece de virtualidad. Cosa bien diferente sucede si se contempla la vertiente del deber en este específico precepto (42), pues ciertamente concede un margen para observar la distinta actitud en que se encuentran los sujetos ante el 425. En dicho artículo el legislador no ha tenido en cuenta tanto la infracción de un bien jurídico, determinado o determinable, como el quebrantamiento de un deber que afecta directamente a los sujetos activos. El carácter inexorable del servicio militar, y la expresa alusión a la *inexcusabilidad* de otros servicios públicos, es suficiente para pensar en el deber que informa al 425 y que puede ser formulado en estos términos: deber de prestar servicio militar u otro servicio público inexcusable. La acentuación de este deber de ninguna forma desconocerá y desplazará la existencia del bien jurídico, pero ofrece una interesante perspectiva en la interpretación del 425. Por la especial naturaleza de éste será un deber estrictamente *personal* y que afecta, de modo directo, a aquellos que están obligados a su cumplimiento, con autonomía de la distinta base normativa desde la que puede ser exigido (43). Así entendido, por fuera de él, se encuentran quienes no están personalmente obligados a su cumplimiento. Pero también explicará los tipos que contiene el 425 y pondrá de relieve el sentido agravatorio que suponen: tanto quien se automutila, como quien presta consentimiento para ser mutilado, como el que se autoinutiliza o consiente en la inutilización (siempre en los términos del 425), se verá afectado por ese deber. No así quien mutila o produce inutilidad a otro, a esos efectos, y la última modalidad sólo queda justificada satisfactoriamente a base de pensar que el resto de los artículos de las lesiones pueden ser de alguna forma insuficientes, o bien porque se hayan tenido en cuenta otras consideraciones, ajenas al deber, lo que parece menos probable.

Una vez expuesto lo anterior, desde el ángulo concreto y personal del deber, carece de sentido plantear la cuestión de la agravación, ni tampoco de la atenuación, con referencia a los terceros que no están incluidos en el campo en que el deber opera, y, por tanto, ausentes del artículo 425. Con éste se ha contemplado por el legislador un aspecto que no está comprendido por los demás preceptos del capítulo IV, concebidos en forma de conductas que se proyectan sobre otros. Es, pues, complemento necesario de éstos. Se trata, en última instancia, del anverso y reverso de un mismo problema: la conducta de mutilar a otro, lesionar a otro (sin la menor alusión a la finalidad perseguida, y, por consiguiente, comprensiva de todas), se encuentra sancionada por los artículos 419, 420, etc.; no, sin embargo, las de causarse a sí

(42) En forma alguna supone nuestra afirmación sustituir el valor del bien jurídico por el del deber, como en épocas, afortunadamente lejanas, se propuso. Además de la *ob. cit.*, en la nota anterior, en la que se lleva a cabo un riguroso estudio de la cuestión, vid. el planteamiento actual que se hace por T. WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe 1957, págs. 47-56, y la bibliografía allí citada.

(43) Que puede ser diferente en atención a la amplitud que ahora tiene el artículo 425.

mismo la mutilación, la lesión-inutilización, o la simple inutilización, y por esto el legislador se ha visto obligado a incriminarlas específicamente, poniendo de relieve el deber que les da sentido, y elevando, incluso, formas de participación a la categoría de conductas principales. No existirá así inconveniente en sostener que quien presta consentimiento para ser inutilizado con las finalidades expresadas, participa, conforme veíamos, en la comisión del *delito* del último inciso del artículo 425. Pero el mismo esquema no puede ser empleado para resolver el supuesto de quien mutila a otro que ha consentido con idénticas finalidades, pues esa forma de "participación" en el segundo delito ("prestare su consentimiento para ser mutilado"), constituye ya un delito diferente (mutilación del artículo 419 en el párrafo que proceda). No es, por tanto, que participe en la comisión de un delito, sino que al participar de esa manera está realizando *otra* figura delictiva, expresamente descrita, lo que de ningún modo cabe afirmar en la prestación de consentimiento para ser inutilizado. Sucede, en consecuencia, que en tales casos son dos los tipos verificados: el artículo 425 ("el que prestare su consentimiento para ser mutilado"); y el artículo 419, por lo que se refiere a quien mutila. Este, dada su amplitud ("la mutilación... ejecutada de propósito" o "cualquier otra mutilación"), comprende en principio todas aquellas conductas que consistan en mutilar, sin tener en cuenta la finalidad que con ello se persiga, que por ahora resulta irrelevante.

d") Si así es entendido el 425, y así resueltas las hipótesis que han sido planteadas, no podrá decirse que todo sigue igual que antes de la reforma y que si no mediare "el fin de eximirse del servicio militar" (o de otro servicio público de inexcusable cumplimiento, podemos añadir), "la conducta es impune por ser participación en un acto atípico", para concluir que las "lesiones consentidas, cuando realmente el consentimiento no está afectado de ningún vicio que lo invalide están al margen de la problemática del consentimiento, puesto que se trata en ellas de autolesiones impunes y de una cooperación a conductas atípicas" (44), con lo que de nuevo resultaría plenamente "relevante" el consentimiento del lesionado. Resumiendo nuestra posición lo anterior no es factible por lo siguiente:

a") No puede ser aceptada la identificación de autolesión y automutilación, con el simple prestar consentimiento para ser mutilado o lesionado. En el estricto terreno fáctico la diferenciación es tan patente que no necesita mayor demostración: una cosa es consentir en la lesión o mutilación, y otra, producirselas a sí mismo. No obstante, que cuando falte determinada finalidad dichos actos sean atípicos, no significa que la participación en ellos también lo sea, pues pudiera ocurrir que ella, por sí misma, constituya otro delito. Pero además la atipicidad de las mutilaciones-lesiones consentidas se deduce, pre-

(44) RORÍQUEZ DEVESA, *ob. cit.*, págs. 109 y 123. También sostiene la tesis de la atipicidad, con las peculiares variánte del razonamiento, QUINTANO RIPPOLLÉS, *Tratado cit.*, págs. 669 y sigs.

cisamente, de razones que se encuentran por fuera de los tipos respectivos; es decir, por entender que constituyen participación en unas conductas atípicas —y, por tanto, no comprendidas por el articulado de las mutilaciones y lesiones—, se extrae la citada consecuencia. Sin embargo, sigue sin demostrar, por ejemplo, que el tipo del 419 requiere la ausencia del consentimiento del mutilado o la voluntad contraria de éste, para que estemos a presencia de una mutilación típica. ¿Cómo pueden fijarse las características de un tipo con fundamento en conductas que de antemano se acepta que no están descritas por él? Es más: ¿cómo puede olvidarse la expresión “aún cuando mediere consentimiento del lesionado” del artículo 428 que opera sobre los distintos preceptos del capítulo IV?

b'') Que realmente mutilar o lesionar a otro con su consentimiento, sea distinto a mutilar o lesionar sin éste, no tiene importancia en orden a la calificación de *típica* de la conducta, desde el momento que el tipo se agota, simplemente, con la mutilación, y no exige, en forma alguna, una voluntad contraria como pudiera suceder en otros delitos (45). La mutilación consentida y la mutilación sin consentimiento del mutilado, tienen un eje común: que ambas son mutilaciones, y por consiguiente, susceptibles de ser típicas; o más aún, que ambas lo son. La descripción que lleva a cabo el artículo 419 es tan amplia y genérica, que todas las modalidades imaginables de “mutilar” pueden ser incluidas en ella. Es, sin duda, el tipo quien describe las conductas y no las “conductas” las que describen al tipo, y cuando aquél normativamente no exige especiales y determinadas características éstas no serán deducidas, y menos exigidas, por la consideración de que existan diferentes modalidades de aquéllas. La mutilación del 419 comprende todas las formas de mutilar: tan mutilación es la consentida, como la que no lo es, en el estricto ámbito de la conducta típica.

c'') Cuanto se ha dicho acerca del artículo 425 ofrece fundamento para sostener las afirmaciones anteriores, que no contradicen el principio general enunciado por el artículo 428 —que no puede ser ignorado—, como sucederá si ahora se mantuviera la tesis de la “relevancia”.

d'') Que no se haya modificado el antiguo artículo 427, que pasa íntegramente a ser el actual artículo 426, constituye clara inconsecuencia, y compartimos la opinión de Rodríguez Devesa en este sentido, pues su reforma es necesaria en atención a las innovaciones introducidas en el texto del vigente artículo 425 (46).

c) De nuestro examen extraemos una conclusión con validez general: la interpretación del artículo 425, y la distinta relación de éste, no conduce forzosamente a la afirmación de la relevancia del consentimiento, ni tampoco legitima su formulación, que sería contraria a la cláusula general del artículo 428.

(45) Por ejemplo, el párrafo primero del artículo 440, el artículo 480, el artículo 490, el artículo 496, el número 1 del artículo 514, etc.

(46) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, págs. 110-111.

IV) CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES Y "EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN OFICIO" DEL NÚMERO 11 DEL ARTÍCULO 8. DELIMITACIÓN DE FUNCIONES. VALOR DEL CONSENTIMIENTO REFERIDO A LA ANTERIOR EXIMIENTE

El presente análisis, en realidad, terminaría con la conclusión de que la relevancia del consentimiento no puede deducirse con fundamento en los artículos 425 y 426, ya que éste es el punto concreto propuesto para su desarrollo. Por esa razón ha versado, muy especialmente, en la postura que, con posterioridad a la reforma, adoptaba la tesis afirmativa (47). No obstante, ofrecemos *una* solución que comprende algunas hipótesis en las que, sin lugar a dudas, se planteará ciertamente la cuestión del consentimiento del lesionado.

Como es natural si se le niega virtualidad deberán encontrarse soluciones legales a los diferentes supuestos, adquiriendo entonces gran importancia la interpretación del número 11 del artículo 8 del Código penal (48). No trataremos de resolver el variado casuismo que realmente se presenta, que estaría al margen de la finalidad de esta contribución. Únicamente señalamos una línea interpretativa —dejando para otra ocasión un estudio exhaustivo de los múltiples casos imaginables—, con la que delimitar la relación entre el consentimiento y la eximente número 11 del artículo 8. Este aspecto cabe centrarlo así: aceptado plenamente el artículo 428, ¿no es cierto que, en principio, sería injusto que una determinada serie de hipótesis, conformadas en torno al consentimiento, fuesen, sin más, punibles? ¿Qué solución puede ofrecerse? ¿Qué valor y extensión debe darse al número 11 del artículo 8? ¿Desempeña alguna función, dentro de él, el consentimiento? ¿Fija algunos límites este último a la citada eximente, y de forma especial, al legítimo ejercicio de un oficio?

Si hacemos abstracción de las diferentes situaciones que pueden ser resueltas con el número 7 del artículo 8 (estado de necesidad), número 8 del artículo 8 (caso fortuito), y la posibilidad de emplear las formas de culpabilidad (dolo y culpa), se observa en la doctrina que el número 11 del artículo 8 ha sido utilizado, junto con el consentimiento —o al menos, se ha tenido en cuenta (49)—, en la resolución de deter-

(47) Por ser, lógicamente, obligada toma de posición antes de llevar a cabo un tratamiento total de los diferentes temas.

(48) A diferencia de lo que antes de la reforma apuntaba QUINTANO RIPOLLÉS: "la trascendencia que en determinados sectores de la opinión española e hispanoamericana se pretende otorgar a lo profesional a expensas del consentimiento, queda en la realidad bastante minimizada, acreditándose más bien que lo contrario es cierto" (*Tratado cit.*, pág. 679).

(49) Vid. para el distinto valor de las soluciones apuntadas en primer lugar, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, págs. 677 y sigs. Una posición intermedia es admitida por DEL ROSAL: "puede hallarse una explicación satisfactoria, o mejor aún, justificativa, en base a conjugar, de un lado, el ejercicio de un derecho profesional, y de otra parte, el consentimiento del paciente" (*Derecho penal español*, t. I (Parte General), 3.^a ed. Madrid 1960, pág. 336). De gran interés la tesis de JIMÉNEZ DE ASÚA de que el consentimiento puede ser con-

minados supuestos de lesiones-mutilaciones. En alguna ocasión se ha partido de una cierta incompatibilidad en el sentido de estimar que, afirmando, por ejemplo, el legítimo ejercicio de un oficio (50) —que es el extremo que aquí interesa precisar—, se estaba negando simultáneamente toda función y valor al consentimiento. Esta forma de pensar, quizá obedezca a una interpretación que contradice el propio número 11 del artículo 8, y sobre todo, la realidad que el mismo contempla. Otras veces, se ha sostenido el valor justificante del consentimiento, como principio autónomo, deducido de los artículos de las lesiones, y usado indistintamente con el número 11 del artículo 8. De forma particular se ha prestado a tales consideraciones el tema del tratamiento médico, con o sin finalidad curativa (51). Así, puede razonarse: tratamiento médico, contrario a la libre y normal determinación de voluntad del paciente, incluso de acuerdo con la *lex artis*, con independencia de que fuese un delito de los capítulos I y IV del Título XII del Libro II del Código, en su caso, sería también delito de mutilaciones-lesiones, si éstas se produjeren, en atención a no haber sido consentidas. El mismo tratamiento, consentido por el lesionado, sin causa alguna que lo invalide, no generaría responsabilidad penal. Consecuentemente, el consentimiento justifica. Más aún: las lesiones-mutilaciones consentidas, necesariamente serán impunes, radicalizarían algunos. El principio *volenti non fit iniuria* cobraría en las lesiones su total eficacia.

Sin embargo, la anterior formulación no es absolutamente cierta, sino que está sujeta a determinadas limitaciones, provenientes de la naturaleza del ejercicio legítimo de un oficio del número 11 del artículo 8.

La primera premisa que debe ser tenida en cuenta, y de la que partimos, es, conforme se ha mostrado, que el consentimiento, por sí mismo, no exonera, en todo caso, de responsabilidad criminal, es decir, que carece de eficacia justificante, entendido en forma autónoma. De ninguna manera podrá ser alegado, con virtualidad propia, como presunta causa de justificación suprallegal, derivada de una interpretación (?) de los artículos que componen el capítulo de las lesiones, por las razones ya expuestas y por la inevitable vigencia del artículo 428.

A pesar de ello el consentimiento del lesionado, con ciertas precisiones, desempeñará en algunos casos un valor que denominaremos *indirecto* en orden a la justificación de quien mutila o lesiona a otro, y precisamente será en el seno de la eximente citada, "ejercicio de un oficio", que es objeto de estas consideraciones. Quizá porque ya se han vaticin-

dicionante de la "oportunidad" (*ob. cit.*, págs. 660 y 677). Junto a la eximente número 11 del artículo 8 también se tiene en cuenta el consentimiento, como requisito, por CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, págs. 366-367.

(50) Se prescinde del extremo de si es o no superfluo por encontrarse dentro del ejercicio de un derecho, como admite ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (Parte General), Madrid 1949, pág. 252. Vid. DEL ROSAL, *ob. cit.*, pág. 335. Con independencia de lo anterior, parece que en tales casos se aludirá al aspecto referente al oficio, ya que aun cuando pueda ser superfluo, necesariamente debe constarse con su existencia legal.

(51) Vid. abundante bibliografía, por ejemplo, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, págs. 572-573 y 652-654. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, págs. 661-662.

nado por Quintano Ripollés “dificultades en la práctica” en inmediata referencia con el tratamiento médico-quirúrgico —pues el mismo autor aún admitiendo la disparidad del consentimiento en relación con las *lesiones deportivas* apunta, al contestar objeciones de Cuello Calón y Jiménez de Asúa, y referirse al número 11 del artículo 8, que “comprendiendo la aludida circunstancia el ejercicio de un derecho, lo es sin duda el de las prácticas y juegos deportivos, que serán *oficio* para los profesionales, pero *derecho* para los demás. Con todo y con eso, la aplicación de la eximente mencionada produciría los mismos efectos que la extralegal del consentimiento, con mayor facilidad dogmática por su constancia previa en el texto legal” (52)—, es por lo que conviene no perder de vista dicho supuesto en este apartado.

Una vez más deberá partirse del artículo 428. Este ordena, tan sólo, que las penas señaladas en las disposiciones del Capítulo IV se impondrán en sus respectivos casos, aunque mediere consentimiento del lesionado. Lo único que imperativamente preceptúa es que, a pesar del consentimiento, la conducta será castigada con la pena correspondiente, pero no niega, en absoluto, la vigencia de normas generales justificadoras. El artículo 428 deberá ser entendido como prohibición legal de que el principio de la eficacia del consentimiento sea alegado para eximir de responsabilidad criminal —de acuerdo con la terminología de nuestro Código—, y por supuesto deja subsistentes las diversas causas que normalmente, y con virtualidad genérica, pueden operar en ese sentido. Incluso más: si alguna de éstas, en concretas situaciones, se fundase en el mismo consentimiento, el 428 no supondrá el menor obstáculo para su admisión, siempre y cuando existan todos y cada uno de los requisitos que necesariamente deba reunir. El 428, por tanto, niega expresamente el *volenti non fit iniuria* en las lesiones-mutilaciones, aunque no veda —sería totalmente absurdo que lo hiciera—, la posibilidad de argumentar, por ejemplo, con fundamento en causas de justificación que necesiten, para que de ellas pueda hablarse, la presencia del consentimiento.

Si el artículo 428 concede margen para la anterior tesis, la cuestión podrá ser solucionada en los límites del número 11 del artículo 8, y en cuanto a él se refiere, con posibilidades de éxito. Debe advertirse que éste, en ocasiones, será empleado referido al ejercicio de un oficio, sin que suponga un total desconocimiento de la voluntad del paciente, pongamos por caso. No tiene el menor sentido llevar el razonamiento a situaciones límites, mediante sofisma superficial, y afirmar que el médico que amputa o produce lesiones determinadas contra la voluntad de un presunto paciente, estaría a cubierto de responsabilidad criminal por encontrarse; sin más, en el ejercicio de su oficio de cirujano, y por tanto, dentro del número 11 del artículo 8. Pensar de esa manera, y justificar al médico por el solo hecho de serlo —ni siquiera en relación

(52) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, pág. 695. Vid. también, del mismo, *La reforma del Código penal español. Texto del proyecto y breve glosa*, en ADPCP, 1961, pág. 458.

con el vocablo "cargo" es factible—, conduce inexorablemente al absurdo de concederles una patente de corso, una absoluta impunidad, en la medida que podrían intervenir a cualquiera con la única limitación (?) de que ellos así lo estimasen.

A nadie se le ocurrirá negar que en tales hipótesis el médico no podrá ampararse en el número 11 del artículo 8, o sea, que ejercite legítimamente su profesión de cirujano. Desde varios puntos de vista se contradice, *sin* salir de la propia eximente, y *con* fundamento en su naturaleza. Ejercicio legítimo de un oficio significa no sólo que potencialmente, en abstracto, pueda practicarse por reunir determinadas condiciones académicas, estatutarias o administrativas, sino que, en concreto, se encuentra también legitimado para su ejercicio (53). Como presupuesto de la práctica de ese oficio preséntase la ineludible exigencia, salvo excepcionales casos de necesidad que no interesan ahora, de que haya sido requerido, en forma suficiente, para que *verifique* su profesión. En caso contrario, no cabe decir que su actuación se mueva dentro de los cauces legales del ejercicio de la medicina, que de ninguna forma tiene carácter absoluto e impositivo.

Si así es, se pensará, sin duda: ¿no se está ya justificando mediante el consentimiento?, ¿no se contradice cuanto ha sido afirmado acerca de su ineficacia?, ¿cómo encontrar una solución que satisfaga ambas posiciones?

De acuerdo con la interpretación del artículo 428, las citadas preguntas son contestadas sin incurrir en evidente contradicción.

Es muy cierto que la base de la relación médico-paciente tiene un marcado "fondo contractual" (arrendamiento de servicios), como correctamente subraya Rodríguez Devesa (54) —con independencia de los distintos casos en que pudiera no existir—, y que, entonces, el consentimiento del segundo constituye indeclinable presupuesto para la práctica profesional del primero. No obstante, el consentimiento, o mejor, la voluntad del paciente, se proyecta en la asunción de los riesgos que comporta la intervención médica, es decir, que acepta ser tratado médicamente, admitiendo el resultado "eventualmente" (55). Ahora bien: ese consentir la intervención médica, ese requerimiento, en definitiva, es requisito para que el legitimado a practicar la cirugía, lo haga en el caso concreto, de suerte que si se produce un resultado adverso e hiciese uso del número 11 del artículo 8 necesariamente tendrá que comenzar afirmando la existencia del mismo, entre otros extremos, dentro de las hi-

(53) Caen por fuera del ejercicio legítimo "los supuestos en que se ejercita un derecho sin hacerle discurrir por los cauces legales" (DEL ROSAL, *ob. cit.*, pág. 334). También se afirma por FERRER SAMA lo siguiente: "no creemos que el cirujano que practique la operación pueda incurrir en responsabilidad penal, no por razón del consentimiento de la víctima, sino por virtud de la eximente del apartado 11 del artículo 8, en cuya circunstancia eximente, eso sí, el consentimiento es elemento esencial" (*ob. cit.*, pág. 343). En sentido parecido DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, pág. 182.

(54) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 126.

(55) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 126.

pótesis aquí estudiadas. Sin embargo, no podrá razonar diciendo que el consentimiento del paciente le libera de toda responsabilidad, pues estaría en contradicción con la tesis mantenida por nuestra legislación penal. Pero sí podrá decir que actuaba en legítimo ejercicio de su oficio, independientemente de que su intervención haya sido *correcta*, esto es, adecuada a la *lex artis*, lo que sería problema diferente a resolver en instancia distinta a la aquí desarrollada.

De acuerdo con lo expuesto, no es posible sostener que "lo que excluye la antijuricidad en el tratamiento médico es el consentimiento del paciente" (56), pues significaría clara contradicción con la postura mantenida por nuestro derecho positivo. La causa de justificación es, simplemente, por el contrario, la prevista por el número 11 del artículo 8, conforme venimos exponiendo, pero no el consentimiento. Este no desempeña de por sí función justificante, sino que posibilita la alusión al ejercicio legítimo de un oficio; no es una causa suprallegal (!) de justificación, sino que opera a través de la señalada por el número 11 del artículo 8.

De ese modo no se niega radicalmente todo valor al consentimiento, ya que tiene, sin duda, una función sumamente importante referida a la aplicación del anterior extremo de la eximente: se reconduce así, normativamente, quedando implicado en un concreto texto legal. En relación con él desempeña el consentimiento un papel determinado, pero no autónomamente. No estará en contradicción con el principio general formulado por el artículo 428, ni tampoco con la interpretación dada a los artículos de las lesiones, que no menoscaban la eficacia de normas generales que eximen de responsabilidad criminal. Pero adviértase, por último, que no es el axioma *volenti non fit iniuria* el que despliega su total y absoluta eficacia, sino una causa de justificación, *legal* y claramente establecida, que absorbe dentro de sí, como un requisito inevitable, la existencia de la declaración de voluntad del lesionado en los términos ya expuestos, sin tratar específicamente la situación en que sea suficientemente *súplida*.

No es, en consecuencia, que el consentimiento tenga relevancia justificante: solamente se le asigna una concreta función en determinados casos. Quizá sea ésta una solución, entre otras, que en un cierto sentido, salve "el tenor tan inoportunamente imperativo" (57) del nuevo artículo 428.

(56) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 126. En el mismo sentido ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, págs. 257 y 260. En contra, y por consiguiente, de acuerdo con la tesis aquí sostenida, FERRER SAMA, *ob. cit.*, pág. 343.

(57) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, pág. 699.

