

El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma

ESTEBAN JUAN PEREZ ALONSO

Profesor de Derecho Penal.
Universidad de Granada

La normativa del Código penal español con relación al delito de lesiones, inspirada fundamentalmente en el Código penal francés de 1810, ha sido hasta ahora básicamente la misma que la contenida en el Código penal español de 1848. Se articulaba de forma confusa y dispersa en el Capítulo IV («De las lesiones») del Título VIII («Delitos contra las personas») principalmente, a través de unos preceptos obsoletos, a los que se les había objetado fundamentalmente:

1. La ausencia de un concepto global de lesiones que se suplía a través de un excesivo casuismo tipológico.
2. Consecuencia de lo anterior, la dificultad para determinar el bien jurídicamente protegido en el delito de lesiones.
3. Un fuerte matiz objetivista en la graduación de la pena en función de la gravedad de la lesión.
4. Consecuencia de lo anterior, la dificultad para calificar los supuestos de preterintencionalidad.
5. Problemas relacionados con la determinación de los medios comisivos.

La doctrina penal, de forma unánime (1), por las razones apuntadas ha venido sosteniendo desde hace años la necesidad de reformar en profundidad el delito de lesiones, y aunque con la Reforma parcial y urgente del Código penal de 1983 se dejó pasar lamentablemente (2)

(1) Vid., por todos ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en «Homenaje al P. Pereda», 1965; BERISTAIN IPIÑA, *Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado*, «Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia», 1971; BERDUGO DE LA TORRE, *El delito de lesiones*. Salamanca, 1982; del mismo autor en: MUÑOZ CONDE-BERDUGO-GARCÍA ARÁN, *La Reforma penal de 1989*. Madrid, 1989; BOIX REIG en: BOIX-ORTS-VIVES, *La reforma penal de 1989*. Valencia, 1989.

(2) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. (Parte Especial). Delitos contra las personas*. Madrid, 1986, p. 171; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*. Barcelona, 1986, p. 70.

una ocasión de singular importancia para haber satisfecho plenamente las exigencias político-sociales y científicas de reforma que se demandaban por necesarias, ahora, a través de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código penal, se pretende dar satisfacción a las mencionadas demandas. No deja de sorprender, por consiguiente, que en el Preámbulo de la Reforma se afirme que se va a «aprovechar la obligada modificación de la falta para proceder a una reestructuración completa de las infracciones penales atañentes a la integridad física», como si no hubiera motivos autónomos, importantes y de fondo para haber llevado a cabo hace tiempo la reforma del delito sin esperar a que se produjera la modificación del Libro III del Código penal.

La Reforma del Código penal de 21 de junio de 1989, que dice justificarse, con carácter general, en la necesidad de adecuar nuestro Derecho penal al principio de intervención mínima, pretende en el terreno específico de las lesiones, acabar «con el envejecido y defectuoso sistema técnico de incriminación en atención a las cuantías, criterio resultativo que prescinde de cualquier valoración político-criminal. Por ello se sustituyen aquellas tipicidades por otras en las que lo determinante no es tanto el tiempo de sanidad de la lesión cuanto los modos y formas de su causación, preservando, como es lógico, la mayor gravedad de la castración, mutilación y esterilización».

Así las cosas, la finalidad de este trabajo es doble. En primer lugar, la de determinar hasta qué punto la nueva normativa se muestra capaz de resolver los problemas a los que anteriormente se ha hecho referencia (ap. I). En segundo término, y a través del estudio de las nuevas tipologías, analizar si con la reforma se han conculcado, entre otros principios penales, no sólo ya el de intervención mínima —en el que dice inspirarse—, sino además el de responsabilidad subjetiva —que curiosamente justifica la reforma de las lesiones—, el principio de proporcionalidad de las penas y el de legalidad (prohibición del «bis in idem») (ap. II). Se analizará, además, la regulación de la falta de lesiones (ap. III), y, por último, me referiré a algunos problemas relativos a la punición de las lesiones causadas por imprudencia (ap. IV).

I

La loable intención del legislador de poner fin a una situación legal insostenible, por contrariar las más elementales exigencias de racionalidad y los principios inspiradores del Derecho penal moderno, se queda a mitad de camino, sin alcanzar la materialización práctica que se propone en su Preámbulo. Veámoslo con detenimiento.

A) El concepto de lesión

La doctrina criticaba a la normativa que recogía nuestro Código penal sobre las lesiones, la carencia de una definición general de lo que había de entenderse por lesión y el uso legal indiscriminado que se hacía de este término con significados diversos (3). Ante tal ausencia conceptual, era sentir doctrinal mayoritario el que propugnaba la creación de un concepto general de lesiones, como tipo básico, sobre el cual se estructurasen tipos cualificados agravatorios y atenuatorios, en función de determinadas circunstancias (medios comisivos, resultados producidos...), con la finalidad de paliar en la medida de lo posible el excesivo casuismo que imperaba en este delito, que parecía no tener otro afán que el de preverlo todo de forma exhaustiva, lo que era técnicamente rechazable, e imposible en la realidad social y jurídica existente (4).

Justamente en esta línea (5), la reforma ha pretendido la suplantación definitiva del casuismo por una sistemática que utiliza un concepto general de lesiones en el artículo 420 del Código penal (6), como tipo básico, sobre el que se estructuran varios tipos agravados, en función del resultado producido —arts. 418, 419 y 421.2— y de los medios utilizados —arts. 421.1 y 3 del Código penal. Tal forma de proceder es básicamente correcta, pero se articula de forma un tanto asistemática, pues, en puridad de principios, sería metodológica y estructuralmente más oportuno abogar por un sistema que comience la reglamentación jurídico-penal de los ataques contra la salud personal estableciendo un tipo básico en donde se recoja la definición general de las lesiones, para después ir derivando de ese delito base los delitos cualificados por los medios peligrosos empleados (desvalor de la acción) y por los resultados graves producidos (desvalor del resultado). Pero, como es fácil observar, ahora se hace justamente lo contrario, primero se establecen los tipos agravados por los resultados graves producidos y por la intencionalidad lesiva directa del

(3) Vid., BERISTAIN IPIÑA, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

(4) Vid., QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*. Vol. I. Barcelona, 1986, p. 74.

(5) Coincide con la del Proyecto de 1980 y la PANCP de 1983. Sobre estos proyectos vid., ampliamente BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, pp. 87 a 118; del mismo autor, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*. «Documentación Jurídica», vol. I, 1983, pp. 396 a 401; GIMBERNAT ORDEIG, *La parte especial en el Proyecto de Código penal*. «La Reforma Penal y Penitenciaria», 1980, pp. 49 y 50; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, séptima edición. Valencia, 1988, p. 111; QUINTERO OLIVARES, *La Reforma penal en España*. «Documentación Jurídica», vol. I, 1983, p. 18.

(6) El párrafo número 2 del artículo 420 contiene una regla de determinación legal de la pena, que permite a los tribunales aplicar las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 ptas., atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias del hecho. No es un tipo privilegiado de lesiones porque en él no se recoge la descripción objetiva del hecho que se intenta privilegiar, sino que esta disminución penal va referida expresamente al «hecho descrito en el párrafo anterior».

agente (arts. 418 y 419), para después situar el tipo básico de lesiones (art. 420).

Aun a riesgo de equivocarnos, se podría definir a las lesiones como toda conducta, ya sea activa u omisiva, ya sea física (violenta), o moral (no violenta), que produzca un menoscabo o perjuicio en la salud individual de las personas, entendida la salud en sentido amplio, como comprensiva de la integridad corporal, y la salud física y psíquica, en cuanto que estos elementos son necesarios para que la salud sea una de las condiciones previas que posibilitan la participación del individuo en el sistema social (7).

Para valorar la actual normativa es necesario analizar los términos médicos utilizados, como elementos del tipo objetivo, en la definición general de lesiones recogida en el artículo 420 del Código penal, que condicionan la imposición de la pena en él prevista a que «las lesiones requieran para su *sanidad*, además de una *primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico*».

a) La utilización del término «*sanidad*» es improcedente ya que equivale a «calidad de sano o de saludable» (8), e implica el éxito en la restitución de la salud, es decir, significa que la intervención médica ha de conseguir la «*restitutio ad integrum*», el éxito total en el tratamiento médico, dejando al enfermo en idéntico estado de salud que tenía antes de sufrir el menoscabo en su integridad corporal o su salud física o mental.

Con esto, el legislador establece una exigencia desmesurada, que puede dar lugar a resultados desproporcionados, puesto que habrá casos en los que la víctima nunca vuelva a recuperar la «calidad de sano o saludable» que tenía antes de ser objeto de la lesión, no siendo posible entonces aplicar el tipo del artículo 420, porque falta uno de los elementos del mismo, la sanidad en el menoscabo a la salud, aunque quizá sí podría aplicarse otra modalidad del delito de lesiones (9). Y también puede suceder justamente lo contrario, esto es, supuestos de simples faltas de lesiones sin menoscabo alguno de importancia en la salud que, sin embargo, requieran para la «sanidad» un tratamiento médico o quirúrgico (10).

(7) BOIX REIG, señala sobre el concepto de lesión que no se ha avanzado mucho con esta reforma, pues sigue existiendo la misma problemática al respecto y diversidad de criterios sobre el mismo. Vid., *ob. cit.*, pp. 96, 97 y 102.

(8) Cfr., *Diccionario de la Lengua Española*. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, 1984. Vigésima edición; *Diccionario enciclopédico ilustrado de medicina*. «Dorland», 1988. Vigésimo sexta edición.

(9) Esto puede suceder, por ejemplo, en el supuesto de una persona que sea objeto de una agresión física, a consecuencia de la cual se fractura la clavícula, determinando el médico que es preciso la soldadura ósea por medio de una prótesis metálica o cementada. En este caso el sujeto se recuperará de su lesión, pero nunca habrá sanado, puesto que su integridad física no volverá al estado que tenía antes.

(10) Así, por ejemplo, en una disputa callejera, uno de los contendientes propina una bofetada al otro, a consecuencia de la cual le causa un rasguño que tan sólo requiere una primera asistencia médica (desinfección de la herida), pero al cerrar la

Por todo ello quizá hubiera sido más oportuno el empleo del término «curación» en vez de «sanidad», por cuanto aquel no implica una exigencia material tan grande, ya que puede entenderse por curación «el retorno de un enfermo al estado de funcionamiento normal» (11), sin que para ello sea preciso que el sujeto vuelva al estado de salud que tenía con anterioridad a la lesión, sino que la «cura» supone un «tratamiento especial a que se somete un enfermo, sea cual fuere el resultado del mismo» (12). Además, a los profesionales de la medicina se les puede exigir la curación de los enfermos, pero no su sanidad, ya que esto puede ser una exigencia leonina imposible de cumplir en muchos casos, y que dejaría la determinación de la existencia o no de delito al éxito o fracaso de esa actividad profesional y a factores exógenos e imprevisibles, tanto para la voluntad del autor de la lesión, como del arte médico.

b) El «tratamiento médico» podría conceptuarse como «el conjunto de cuidados y remedios que se emplean para obtener la curación o el alivio de una enfermedad, realizado especialmente por medio de agentes medicamentosos (13) o medidas higiénicas y dietéticas, sin recurrir a procedimientos quirúrgicos» (14). También se incluye bajo esta expresión la «medicación», es decir, «el empleo sistemático de uno o varios agentes medicamentosos con el fin de hacer desaparecer un sistema, mejorar una función perturbada o modificar la constitución alterada de un humor o de una parte del organismo», en definitiva es la administración metódica de uno o más medicamentos con fin terapéutico determinado (15).

herida queda una pequeña cicatriz y, por lo tanto, esa lesión necesaria de una operación de cirugía estética para quedar completamente sanada, lo que supondría un tratamiento quirúrgico, y con ello que una simple falta se convirtiera en un delito de lesiones porque sin la intervención quirúrgica no se conseguiría la «sanidad».

(11) Cfr., *Diccionario Enciclopédico de Medicina*. «JIMS», 1982.

(12) Cfr., *Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas*. «Salvat», 1988. Duodécima edición.

De esta manera los ejemplos citados tendrían otra solución más adecuada, ya que en el primero de los supuestos, el sujeto habrá «curado» desde el momento que con la prótesis metálica o cementada la clavícula vuelve a cumplir su función orgánica normal. Esta conducta sería delictiva porque ha sido necesario un tratamiento quirúrgico para su curación. Y en el segundo caso, como sólo se requiere una primera asistencia médica para la «curación», existirá una falta de lesiones.

(13) Por agentes medicamentosos se puede entender cualquier principio, fuerza o sustancia química o biológica capaz de actuar sobre el organismo, teniendo la virtud o efecto de medicamento. Cfr. *Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina*. DORLAND, 1988. Vigésimo sexta edición; *Diccionario de la Lengua española*. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1984. Vigésima edición.

(14) Según se deduce del *Diccionario Enciclopédico de Ciencias Médicas*. L. BRAIER, 1968. Tercera edición.

(15) Definición dada por el *Diccionario Enciclopédico de Medicina*. «JIMS», 1982. Por «medicamento» se entiende «cualquier sustancia, simple o compuesta que, aplicada interior o exteriormente al cuerpo del hombre o del animal, puede producir un efecto curativo». *Diccionario de la Lengua española*. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1984. Vigésima edición.

c) El «*tratamiento quirúrgico*» puede definirse como «la asistencia y cuidado de un paciente con la finalidad de combatir las enfermedades o los trastornos, caracterizada por el empleo principal de métodos quirúrgicos, o medios de la cirugía», entendiéndose por tal «la curación de las enfermedades por medio de operaciones con la mano, provista generalmente de un instrumento adecuado. Medicina operatoria: arte de tratar las enfermedades por medios operatorios, cruentos o no, en el que la habilidad manual representa una condición indispensable» (16).

d) La «*primera asistencia facultativa*» se puede definir como «la primera acción de prestar socorro, cuidado o ayuda perteneciente a la facultad o poder que tiene el médico, para cuidar y procurar la curación de un enfermo» (17), es decir, se trata de la primera intervención asistencial necesaria sobre un lesionado realizada por un médico para cuidarlo en vía de urgencia y procurar la curación del enfermo, sin que sea preciso una asistencia continuada en el tiempo a través de medicación o mediante el empleo de la cirugía, sino que simplemente consiste en un sólo tratamiento de curación. Así pues, se podría definir de forma negativa como aquella única acción necesaria de cuidado y procurativa de la curación de una enfermedad o trastorno realizada por un médico o facultativo de la medicina, sin que sea preciso tratamiento médico o quirúrgico.

Consecuencia de todo ello es que para que no se produzca la derogación tácita de la falta de lesiones por inaplicación de la misma, sería necesario llevar a cabo una interpretación extensiva de la expresión «primera asistencia facultativa», mientras que el vocablo «tratamiento médico» debería ser objeto de una interpretación restrictiva: son muchas las lesiones leves que requieren medicación prolongada y, en concordancia con la definición dada de tratamiento médico, quedarían incluidas en él, pasando, por tanto, al ámbito del delito de lesiones (18). Ante tal situación, que puede ser muy corriente, parece oportuno establecer un límite mínimo objetivo, según el cual habrá una primera asistencia médica cuando intervenga por primera vez el médico y no sea necesaria una acción médica posterior. El término «tratamiento quirúrgico» no plantea excesivo problema, pues supone el empleo de medios quirúrgicos (ej., aplicación de uno o más puntos de sutura sobre una herida).

(16) Cfr. *Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina*. DORLAND, 1988. Vigésima edición; *Diccionario Enciclopédico de Medicina*. «JIMS», 1982.

(17) Definición que deducimos del *Diccionario de la Lengua española*. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1984. Vigésima edición.

(18) Así, por ejemplo, en el supuesto de que se produzca una lesión que no requiera tratamiento quirúrgico, sino simplemente asistencia facultativa consistente en la desinfección y vendaje de la herida, aconsejando el médico al lesionado que cambie todos los días la venda, previa aplicación de un antiséptico. Esta operación realizada por el herido podría considerarse como tratamiento médico, en cuanto se está aplicando una medicación recetada por facultativo.

B) El bien jurídicamente protegido

Tradicionalmente se venía sosteniendo que el bien jurídico protegido en el delito de lesiones era doble: la integridad corporal, como conjunto de todos los miembros y órganos del cuerpo humano, y la salud, entendida como ausencia de enfermedad física o psíquica (19). Junto a esta postura clásica, hay dos posiciones doctrinales que han tenido como común denominador el reconocimiento de un bien jurídico «único» en el delito de lesiones. La primera, minoritaria en nuestra doctrina científica, está representada por Beristain Ipiña (20), quien propugna una ampliación del bien jurídico, mediante la inclusión del «maltrato de obra» en el concepto de lesión. La segunda corriente doctrinal considera que el único bien jurídico protegido es la salud personal, entendida en su doble acepción física y psíquica. Tras esta idea básica, que últimamente ha devenido en doctrina mayoritaria, se encuentran toda una gama de opiniones doctrinales, que en definitiva, sólo encierran algunas diferencias de matiz sobre cual sea el contenido de la salud o integridad personal, como objeto jurídico único protegido en el delito de lesiones (21).

La nueva redacción del artículo 420 del Código penal parece que adopta esta última concepción sobre el bien jurídico —salud individual de las personas— cuando expresamente se refiere a «una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental», por lo que quedarían excluidos los malos tratos de obra del contenido

(19) Lo que parecía encontrar apoyatura legal en el artículo 427 del Código penal, donde se hace referencia expresa a la «salud e integridad física de los obreros». Vid., RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español. Parte Especial*. Duodécima edición. Madrid, 1989, pp. 132 y 133; MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, pp. 96 y 97; BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 172.

(20) Vid., ampliamente *ob. cit.*, pp. 14 a 19. Según este autor el bien jurídico protegido es el «bienestar personal», entendido como un objeto jurídico, que comprendería tres dimensiones a proteger: la incolumidad, la salud y la integridad corporal de las personas.

(21) Vid., por todos el exhaustivo estudio realizado por BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, pp. 15 a 41. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 70, señala que «la salud es un bien jurídico de carácter complejo, en el cual queda englobada la integridad corporal, y que actualmente debe conceptuarse conforme a la OMS (Organización Mundial de la Salud) como un estado de bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o invalidez». En cualquier caso, debe puntualizarse que se refiere siempre a la salud individual de las personas, pues si el ataque contra la salud fuese colectivo, estaría en juego otro bien jurídico: la salud pública (arts. 341 a 348 bis). Además, comprenderá a la integridad corporal, exclusivamente en los casos en que no resulte perjudicial para el mantenimiento o recuperación de la salud, pues en ocasiones una acción que causa un menoscabo en el sustrato corporal, supone objetivamente una mejora en la salud. Vid., OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *La reforma del consentimiento en las lesiones*. «Comentarios a la Legislación Penal», t. V, vol. 2, 1985, pp. 941 a 944; COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, en COBO-VIVES-BOIX-ORTS-CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia, 1988, pp. 575 y 576; MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 96; BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 97 y 98.

del objeto jurídico protegido en este delito (22). Sin embargo, en una manifestación de asistematismo y de falta de coherencia interna en la normativa legal, el artículo 582 del Código penal tipifica tanto la falta de lesiones (párrafo primero), como la de malos tratos (párrafo segundo), lo que parece dar a entender que ambas tienen el mismo bien jurídico. Pese a todo parece preferible el punto de vista de que a través de la falta de lesiones se protege la salud individual de las personas, mientras que la falta de maltrato de obra se orienta a la protección de la dignidad personal como presupuesto básico para el ejercicio pleno del derecho a la libertad.

C) El fuerte matiz objetivista en la graduación de la pena en función de la gravedad de la lesión

Otra cuestión importante a destacar en la reforma es el intento de aproximación a la definitiva exclusión de la responsabilidad objetiva en el delito de lesiones, desde el momento en que se abandona el sistema anterior de determinación de la gravedad del delito en base a la gravedad de las lesiones producidas, que, a su vez, venían concretizadas fundamentalmente en función del tiempo necesitado para la curación de la lesión o en el que se había estado impedido para el trabajo.

Ese sistema era poco respetuoso con el principio de responsabilidad subjetivista, en cuanto que resultaba muy difícil determinar subjetivamente la realización entre el autor y la lesión producida, haciendo depender la sanción penal de factores aleatorios y exógenos a la voluntad del delincuente y a la realidad del delito (23).

Para evitar esto, el legislador ha concedido en la reforma un amplio arbitrio a los tribunales, que podrán sancionar las lesiones con las penas de prisión menor, arresto mayor o multa, atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias del hecho. Pero al mismo tiempo, en la reforma se insiste —en la línea propugnada por Cerezo Mir (24)—, en distinguir el delito y la falta de lesiones sobre

(22) En este mismo sentido se expresa BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, pp. 78 y 79.

(23) Vid., MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 105; QUERALT JIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. 88; BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, pp. 89 y 90. Además, como bien señaló GIMBERNAT ORDEIG, en *¿Tiene un futuro la dogmática penal?* «Monografías jurídicas», núm. 29, 1983, pp. 3 a 45, con este tipo de regulaciones el Derecho penal no puede «motivar» a los ciudadanos mediante la amenaza penal, si ésta no toma en consideración la voluntad de los sujetos respecto al resultado producido.

(24) Este criterio lo propuso CEREZO MIR como alternativo al límite objetivo establecido en el Proyecto de 1980 y la PANCP de 1983, que distinguían el delito de la falta en función de que la lesión hubiera requerido para su sanidad ocho o más días o se hubiera estado incapacitado para el trabajo por igual periodo de tiempo. Este límite objetivo era merecedor de las mismas críticas atribuidas a la normativa que pretendían sustituir, y debido a eso, propuso este criterio acogido ahora, que pese

la base del criterio de que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Pero quizá este nuevo criterio no ha conseguido totalmente la finalidad pretendida, ya que si bien supone un ataque frontal al objetivismo imperante en las lesiones, la responsabilidad del autor a título de falta o de delito sigue dependiendo de factores aleatorios y exógenos a la voluntad del mismo y a la realidad del delito, al ser difícil determinar si el sujeto tenía intención de causar una lesión que necesitara sólo una primera y única asistencia facultativa o, quizá también, tratamiento médico o quirúrgico.

A esto debe añadirse que la consecuencia más importante del criterio sentado para distinguir el delito de la falta de lesiones es la de ampliar el ámbito sancionable en las lesiones, dado que muchas de las faltas pasarán a ser delitos con la nueva regulación (25). Así pues, si el problema del criterio limitativo entre falta y delito en las lesiones queda reducido a dar mayor o menor tutela penal a los menoscabos producidos en la salud personal (mayor o menor injerencia del Derecho Penal), no cabe duda que con la sistemática acogida se amplía el ámbito de lo punible a título de delito en las lesiones, y, por consiguiente, se está vulnerando directamente uno de los principios limitadores del Derecho Penal, que según el Preámbulo de la Ley de Reforma es, paradójicamente, el inspirador fundamental de esta reforma: el principio de intervención mínima.

D) La dificultad para calificar los supuestos de preterintencionalidad

Con la legislación ya derogada surgía la cuestión de si en los casos de preterintención el resultado objetivamente producido debía imputarse a título de dolo, atenuando la pena a través de la circunstancia

a todo es mejor que el de los ocho días de los proyectos, por ser más respetuoso con el principio de responsabilidad subjetiva. Quizá por eso también, en la enmienda número 1.002 de las presentadas al Proyecto de 1980, el Grupo Parlamentario Comunista propugnó la sustitución del insatisfactorio y arbitrario límite objetivo, por un criterio valorativo: «(que la) lesión sea de cierta entidad». Pero esta propuesta, si bien era más respetuosa con el principio de culpabilidad, al utilizar un criterio valorativo pendiente de determinación judicial, podía vulnerar el principio de legalidad. Cfr. CEREZO MIR, *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica del Código penal*, en «La Reforma Penal y Penitenciaria», 1980, pp. 213 y 214; del mismo autor, *Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal*, en «Documentación Jurídica», vol. 1, 1983, pp. 54 y 55.

(25) Como señala BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, p. 97; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio*. Conferencia pronunciada el día 6 de noviembre de 1989 en la Jornadas de estudio sobre el nuevo Código penal, celebradas en Granada, pp. 7 y 8 (texto aún inédito). Este autor señala que este incremento de la represión se justifica en razones de prevención general, ya que el legislador considera «que el nuestro es un país donde la violencia física surge con excesiva facilidad».

número 4 del artículo 9 del Código penal (26) o si, por el contrario, como entendían algunos autores, al ser el delito de lesiones un simple delito de resultado material, en el que éste es un elemento más del tipo objetivo, del que no se puede responder a título de dolo salvo que esté abarcado por él, en tales casos, de discrepancia entre la voluntad de realización del tipo de injusto y el resultado efectivamente producido, la solución debía ser la del eventual concurso ideal de delitos (art. 71 del Código penal) (27).

Aunque con la reforma pierde afortunadamente actualidad este problema, hay que destacar, sin embargo, que —como vimos— la expresión «tratamiento médico o quirúrgico» utilizada por el legislador para diferenciar el delito de la falta, es una modalidad del resultado del delito y, por tanto, un elemento más del tipo objetivo de injusto en las lesiones que, como tal, ha de estar abarcado por el conocimiento y voluntad del sujeto activo.

Los supuestos de discrepancia entre la voluntad lesiva del autor y el resultado producido se resolverán: a) por vía del concurso aparente de normas, cuando el autor queriendo causar lesiones que requieren tratamiento médico o quirúrgico cause lesiones que no requieren tal intervención médica; en este supuesto deberá responder criminalmente sólo como autor de un delito de lesiones en grado de tentativa acabada o inacabada (según los casos), ya que este delito consumirá la falta de lesiones (28); b) por vía del concurso ideal de delitos (art. 71 del Código penal) si, por el contrario, el sujeto activo queriendo causar lesiones de las que no requieren tratamiento médico o quirúrgico causa de forma previsible lesiones que si lo requieren; en este caso deberá responder criminalmente como autor de un delito de lesiones por imprudencia en concurso ideal con una falta dolosa de lesiones. Pero en ninguno de estos dos supuestos podrá aplicarse la circunstancia atenuante de preterintencionalidad (art. 9.4 del Código penal), pues ello supondría imputar a título doloso un resultado no abarcado por el dolo.

(26) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pp. 153 y 154, además sostiene que cuando con dolo de lesionar se causa la muerte, estamos en presencia de una «hipótesis de aberratio entre el curso causal real y el representado, en los que lo decisivo para la calificación es el dolo del autor. Por consiguiente, si con dolo de lesionar se mata, el delito será de lesiones». En contra MAQUEDA ABREU, *El principio de responsabilidad-subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Reforma del Código penal de 25 de junio de 1983*, «CPC», núm. 31, 1987, pp. 185 a 261.

(27) Vid., por todos, ZUGALDIA ESPINAR, *La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual*, «ADPCP», 1986, pp. 395 a 422, y la amplia bibliografía que allí se cita.

(28) Esta solución del concurso de leyes es la misma que se adopta para el caso del sujeto que con intención de causar la muerte, tan sólo consigue lesionar a la víctima. Aquí lo importante es la voluntad homicida del sujeto activo y, por tanto, se sancionará como homicidio frustrado o tentado (según los casos) y no como lesiones consumadas.

No encuentra fácil explicación el hecho de que todavía subsista la mencionada circunstancia de preterintencionalidad, como mecanismo paliativo del «versare in re illicita», pues tras la Reforma parcial y urgente del Código penal de 1983 no podía ser de aplicación ni a los supuestos de preterintencionalidad homogénea, ni heterogénea, ni a los supuestos en que el resultado típico era abarcado por dolo eventual, como pretenden algunos autores (29). Y ante la subsistencia de esta circunstancia de atenuación, sólo nos cabe pensar dos cosas: o ha sido un olvido inconsciente del legislador, la supresión definitiva de este paliativo del versarismo, o, lo más probable quizá, que haya sido un olvido legislativo consciente, con la finalidad de que esta atenuante se aplique a los supuestos de dolo eventual (30). Pero exceptuando de su ámbito aplicativo los supuestos dolosos eventuales que se produzcan en el delito de lesiones, ya que, si queremos encontrar algún sentido a la reforma en este punto, no queda más remedio que pensar que el legislador ha establecido otro mecanismo paliativo al objetivismo de forma expresa, esperemos que más efectivo, mediante la concesión de un mayor arbitrio judicial, cuando otorga la facultad a los órganos jurisdiccionales penales de imponer la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, atendiendo para esta disminución punitiva a la naturaleza de la lesión y a las circunstancias del hecho descrito, según establece el párrafo número 2 del artículo 420 del Código penal.

E) El problema de los medios de comisión en las lesiones

La normativa anterior a la reforma planteaba el problema de si existía o no limitación de los medios comisivos en el delito de lesiones, pues mientras que los preceptos referidos a las lesiones no graves no contenían exigencia alguna a este respecto, los artículos 420 y 421 —referidos a las lesiones graves— describían estrictamente los medios de comisión de las conductas típicas. Esto parecía indicar en estricta legalidad, que las lesiones graves sólo se podían realizar a través de los medios previstos en los preceptos indicados, por lo que quedarían impunes si se causaban por medios distintos a los establecidos legalmente (lesiones provocadas por medios omisivos, actividades lesivas de carácter no violento —medios morales o psíquicos— y contagios de enfermedades infecciosas) (31).

(29) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, páginas 77 y 78; BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 183 y 184. En contra, ZUGALDIA ESPINAR, *ob. cit.*, pp. 401 a 404.

(30) Vid., nota anterior.

(31) Vid., ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pp. 778 a 780; BERISTAIN IPIÑA, *ob. cit.*, páginas 24 a 27; BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, pp. 45 a 55; BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 74; COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, *ob. cit.*, pp. 577 y 578; SAINZ CANTERO, *El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas*, «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 176-177, 1967.

El concepto de lesiones recogido en el artículo 420 del Código penal, resuelve definitivamente este problema, puesto que tipifica el delito de lesiones con una fórmula amplia: «el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión». De ahí se deduce claramente que ahora son admisibles todo tipo de medios comisivos, incluyendo, también, los medios psíquicos, los omisivos y el contagio de enfermedades (32).

II

Fiel a la criticable tradición de hacer uso y abuso de los tipos agravados en una gran cantidad de delitos, el legislador introduce también en el delito de lesiones junto a un tipo básico, tres tipos agravados en función principalmente de los medios comisivos y del resultado producido.

a) *Agravaciones por los medios comisivos*

Vienen recogidas en los apartados 1 y 3 del artículo 421 del Código penal, englobando tres tipos diversos de cualificaciones:

a') En el primero de estos apartados, que es copia literal del Proyecto de 1980 y de la PANCP, se establecen dos agravaciones: una referida a la peligrosidad de los medios o instrumentos empleados para atentar contra la salud personal y otra atañente a la actitud subjetiva del autor de la lesión. Respecto a la primera de estas agravaciones hay que señalar que se utilizan términos de la máxima amplitud, susceptibles de abarcar cualquier medio comisivo en el delito de lesiones, incluso los más inimaginables, implicando todos ellos la aplicación de la pena del tipo básico (prisión menor) en grado medio a máximo. Parece probable que, con esta técnica legislativa, el tipo base de las lesiones (art. 420.1) no va a ser de aplicación en la mayo-

(32) En este sentido se expresa MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial. Apéndice* (puesta al día de la séptima edición). Valencia, 1989, p. 4; BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, pp. 79 y 80; BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 94, 100 y 101, se manifiesta genéricamente de igual modo, pero hace una matización de carácter terminológico en el sentido de que hubiese sido mejor que «el nuevo artículo 420, párrafo 1 no se hubiera referido a los medios comisivos, aludiendo tan sólo a “el que curase...”, ya que tal referencia puede ser entendida como “una restricción de la comisión por omisión. La referencia a empleo de medios o procedimientos parece indicar un quehacer, un actuar en nada compatible con la omisión”». De todas formas me parece que ésta es una cuestión sin especial trascendencia, pues el legislador al referirse expresamente a los medios comisivos parece atajar directamente el problema antes existente, y tal referencia no ha de significar en modo alguno una incompatibilidad absoluta con la omisión, pues se habla de «medios o procedimientos» que causen lesiones, y en estos términos es perfectamente encuadrable la omisión, dado que el no actuar en un determinado caso puede ser el «medio o procedimiento» de causar una lesión.

ría de los casos, ya que al examinar los medios de comisión agravatorios puede observarse que son tantos y tan extensos los términos con que se expresan que cabe todo, desde la producción de un menoscabo en la salud psíquica por un «susto» sobre la víctima, hasta un menoscabo en la integridad corporal, con iguales efectos, por la explosión de un artefacto.

Esta grave situación, que puede suponer la agravación sistemática y continuada de todos los delitos de lesiones, exige de un esfuerzo interpretativo y de imaginación para buscar criterios restrictivos y correctores a la aplicación indiscriminada de estos tipos agravados. Por tal motivo, se considera oportuno realizar una interpretación absolutamente restrictiva del concepto «arma o instrumento peligroso» para no comprenderlo con la amplitud que viene siendo entendido en el artículo 501, in fine del Código penal, en el delito de robo (33).

A tal fin, hay que señalar en primer término, que el fundamento de esta agravación se debe buscar en la mayor peligrosidad que para las víctimas supone el empleo de determinados medios de comisión, en el riesgo que todo uso de armas u otros instrumentos peligrosos comportan y no en la gravedad de la misma (34). Y «los graves daños

(33) Vid., sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1981; 16 de diciembre de 1982; 25 de noviembre de 1983; 26 de mayo de 1984; 8 de mayo de 1987; 28 de octubre y 14 de diciembre de 1988.

(34) Por tanto se puede decir que nos encontramos ante un tipo agravado de peligro, referido a un delito básico de resultado material (art. 420 del Código penal) dado que es suficiente con que el medio peligroso empleado suponga un mayor riesgo de lesión para el bien jurídico protegido para que se aplique la agravación, siempre y cuando se haya producido el resultado lesivo. Pero esta peligrosidad del medio ha de demostrar realmente la posibilidad de un mayor riesgo para la salud individual, es decir, que supone un tipo agravado de peligro concreto donde ha de exigirse la prueba de que efectivamente ese medio utilizado pone en peligro el objeto jurídico protegido en las lesiones. BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, pp. 85 a 88, señala en este sentido «que estamos ante una estructura mixta de delito de lesión, en cuanto que requiere un efectivo menoscabo en la integridad corporal o salud física o mental, aunque no exija tratamiento médico o quirúrgico, y de delito de peligro, en cuanto la agravación aparece vinculada a la posibilidad de que hubieran producido resultados más graves de los que efectivamente se produjeron, "susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado"». Este autor sostiene también que es un tipo de peligro concreto. En este mismo sentido se expresa BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 110 y 111, quien además apunta una serie de premisas que habrán de concurrir para que pueda ser objeto de aplicación esta agravación, concretamente exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- «1. Producción de lesión del artículo 420.
2. Medios utilizados objetivamente peligrosos y susceptibles de ocasionar un grave daño.
3. En el caso concreto, y como consecuencia de la utilización de tales medios, modos y formas, se ha puesto efectivamente en peligro al sujeto pasivo con riesgo de grave daño.
4. Dicho grave daño, de producirse, hubiera supuesto un resultado lesivo de entidad superior al ocasionado y, al menos, subsumible en los resultados lesivos de los artículos 418, 419 o 421,2 y por supuesto de la vida.
5. El sujeto activo debe ser conocedor de dicho peligro concreto, aceptando sus consecuencias, si bien no queriéndolas directamente, pues en tal caso no sería aplicable

en la integridad del lesionado» a que se refiere el artículo 421.1 del Código penal, se pueden entender como un criterio complementario y restrictivo en la definición de los medios peligrosos agravatorios, que en caso de no tener tal virtualidad dañina no agravarán la pena, siendo entonces éstos los medios normales de comisión del delito básico de lesiones.

Además, ha de ser un medio que aumente notoriamente el poder lesivo del autor sobre la víctima hasta el punto de dejarla indefensa. A modo indicativo puede señalarse, para la aplicación de este tipo agravado, que el medio peligroso utilizado tenga una alta potencialidad destructiva o lesiva para la salud y vida de las personas, no ya entendida sólo de forma individual, sino referida aquí a instrumentos o medios capaces de crear riesgos para una colectividad de personas —como por ejemplo, colocación de explosivos, utilización de gases tóxicos, etc. Todos estos criterios aportados deberán estar presididos lógicamente por la capacidad cognoscitiva y volitiva de la persona que hace uso de los mismos. Por último, indicar, de «lege ferenda», que sería conveniente y oportuno, por respetuoso con la seguridad jurídica de los ciudadanos, el establecimiento de un catálogo cerrado pero amplio, de los medios objetivamente peligrosos que pueden provocar la agravación de la pena (35).

Esta problemática sobre la agravación por los medios peligrosos empleados puede ser también evitada mediante el procedimiento de entender que la agravación del artículo 421.1 del Código penal es contraria a la Constitución por conculcar el principio del «ne bis in idem», íntimamente unido al de legalidad establecido en el artículo 25 de la Constitución española y el principio de proporcionalidad de las penas o prohibición de exceso recogido en el artículo 15 de la Constitución española.

Esta normativa vulnera el principio de legalidad (prohibición del «bis in idem»), cuyo significado básico y material consiste en que «nadie puede ser castigado dos veces por la misma infracción». Como se ha señalado, nuestro legislador hace una doble consideración de los medios comisivos, en el artículo 420 y 421.1 del Código penal y, en base al principio de inherencia consagrado en el artículo 59 del Código penal, no puede producir el efecto de agravar las penas las circunstancias que hayan sido tenidas en cuenta por el legislador a la hora de sancionar el hecho en sí, o que estén unidas al delito de tal forma, que sin la concurrencia de las mismas no pueda cometerse.

esta agravación, sino que se respondería en concepto del delito que realmente se quería cometer.»

En contra de la consideración de este tipo como delito de peligro concreto se expresa QUINTERO OLIVARES, *Conferencia, cit.*, p. 17.

(35) Vid., BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, pp. 104 a 109; del mismo autor, *Las lesiones...*, pp. 396 a 402.

Así pues, como señala el Tribunal Supremo (36), en las circunstancias agravantes por los medios comisivos es necesario poder detectar un mayor contenido de injusto (un «plus» de antijuricidad) concretado en que dicho medio conlleva una repulsa social mayor de la que lleva en sí la infracción misma. Y esto es lo que no ocurre en el delito de lesiones utilizando armas (37), como señala Zugaldía Espinar: «primero, porque para causar intencionadamente una lesión a otro es lógico y normal que el autor utilice “medios peligrosos para la salud” del agredido; segundo, porque si se utiliza un medio peligroso en la agresión y el peligro emergente de la acción no se concreta en una mayor lesión del bien jurídico, la situación puede ser perfectamente valorada por el Tribunal haciendo uso del amplio arbitrio que le concede el párrafo 2 del artículo 420. Por el contrario, si el peligro emergente de la acción se concreta en una mayor lesión del bien jurídico, cabe la posibilidad de que entre en juego el tipo agravado del número 2 del artículo 421 del Código penal. La circunstancia de agravación de uso de armas del número 1 del artículo 421 del Código penal, por consiguiente, *no tiene nada autónomo que valorar*» (38).

Esta agravación por el medio peligroso utilizado parece que puede infringir también el principio de legalidad por otro motivo, dado que se utilizan términos poco precisos para describir el supuesto de hecho objetivo que fundamenta la agravación de la pena. Es una cláusula penal indeterminada que sólo puede ser concretada judicialmente, lo que parece ser poco respetuoso con el mandato de certeza y determinación de la Ley penal que se deriva del principio de legalidad. Y a mayor abundamiento, por esta vía se podría llegar también a la infracción del principio constitucional de igualdad ante la Ley, debido a la nueva reestructuración de los procesos legales, las causas por lesiones agravadas por los medios peligrosos empleados van a termi-

(36) Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1981 y 2 de junio de 1983.

(37) Creemos que sucede aquí algo similar a lo que plantea la agravante de uso de armas en el robo con homicidio del artículo 501.1 e «in fine» del Código penal, en donde, como es sabido, la violencia e intimidación es el fundamento del robo del artículo 501, y elemento diferenciador del hurto y robo con fuerza en las cosas. Además al crearse el tipo complejo de robo con homicidio se vuelve a tener en cuenta esa violencia e intimidación, pues es difícil pensar en un homicidio en donde no aparezca alguno de estos caracteres. Y por si fuera poco, vuelve a ser objeto de consideración la violencia e intimidación para agravar la pena cuando se usen armas en el robo y en el homicidio, como si las violencias necesarias para el robo o la muerte de una persona pudieran causarse por métodos distintos a los amplios conceptos de armas o medios peligrosos utilizados por el legislador y acuñados por la jurisprudencia casi unitaria del Tribunal Supremo.

(38) Vid., ZUGALDIA ESPINAR, *Actualización y despenalización. Procesos inculpativos y desincriminadores en las leyes penales. Principios inspiradores de la reforma*. Conferencia pronunciada el día 6 de noviembre de 1989 en las Jornadas de estudio sobre el nuevo Código penal, celebradas en Granada, pp. 9 a 11 (texto aún inédito).

nar en apelación en las distintas Audiencias Provinciales, al ser conminadas con la pena de prisión menor, y, por tanto, no habrá unidad de criterios judiciales sobre el contenido de estos términos, lo que va a dar lugar a que los mismos hechos delictivos sean sancionados con distintas penas (39).

Respecto al *principio de proporcionalidad de las penas*, las agravaciones por los medios utilizados acogidas en la reforma no son aptas para alcanzar el fin propuesto (protección de la salud personal) ni conforme con él, desde el momento en que se pueden sancionar con la misma pena hechos delictivos de distinta gravedad (40). Con estas agravaciones no se alcanza la menor injerencia posible del Derecho Penal, sino todo lo contrario, ya que se recurre a la pena criminal y a su excesiva gravedad sin justificación suficiente en la necesidad de tutela. Además, no hay ponderación entre la «carga coactiva» de la pena y el fin perseguido mediante la conminación penal, en cuanto que esta proporcionalidad se determina en función de la gravedad del delito cometido, es decir, por el contenido del injusto, mal causado y reprochabilidad del sujeto.

b') El apartado número 1 del artículo 421 del Código penal recoge otra cualificación por el medio empleado en la lesión, consistente en instrumentos, métodos o formas que sean «*reveladoras de acusada brutalidad en la acción*». Esta agravación, es criticable desde el momento que tiene en consideración caracteres personales y formas de ser de los individuos para agravar la pena y esto, que es característico del Derecho Penal de autor, no es admisible en modo alguno en un Derecho Penal sujeto al principio del hecho. Por esto quizá, el Grupo Parlamentario Comunista propuso en la enmienda 1.003 de las presentadas al Proyecto de 1980, la sustitución del texto originario por la rechazable referencia a la acusada brutalidad del agresor (41), pero como se puede observar, casi una década después se siguen manteniendo los mismos planteamientos subjetivistas de antaño, aunque disfrazados de una mejora técnica en la redacción, dado que ahora se alude a la acción y no directamente el autor de la misma (42).

(39) Debido a la amplia fórmula legal adoptada para referirse a los medios de comisión en las lesiones, en principio, cualquier instrumento peligroso (ej. un palo) puede ser valorado como el medio idóneo para realizar el tipo básico del artículo 420 del Código penal, o bien como uno de los medios peligrosos recogidos en el tipo agravado del artículo 421.1 del Código penal, de tal forma que la misma conducta de lesionar con un palo puede ser sancionada en la Audiencia Provincial de Granada con la pena del artículo 420 del Código penal y en la Audiencia Provincial de Burgos con la pena agravada del artículo 421.1 del Código penal.

(40) En virtud de los artículos 420, 421.1 y 582 se puede sancionar con la misma pena de prisión menor en grado medio a máximo, el hecho de causar una lesión con un instrumento peligroso, con independencia de que requiera o no tratamiento médico o quirúrgico.

(41) Vid., BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, pp. 109 y 110.

(42) En este sentido, vid., BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 111 y 112; BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, p. 89.

c') El número 3 del artículo 421 del Código penal establece otra agravación por el medio utilizado («*si se hubiere empleado tortura*»), que aparecía ya en el artículo 150.3 de la PANCP, teniendo su origen en las enmiendas número 435 y 438 de las presentadas al Proyecto de 1980 por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso. Esta agravación plantea el problema de determinar si la expresión «tortura» se utiliza como un elemento normativo del tipo o como un elemento valorativo-cultural del mismo.

En el primer caso, si la intención del legislador ha sido la de utilizar el término «torturas» como un elemento normativo del tipo que requiere una valoración jurídica, se quiere hacer referencia al delito de tortura tipificado en el artículo 204 bis del Código penal, en donde se acoge su sentido técnico y originario en el ámbito de los delitos de funcionarios (43). Y de esta manera, el Código penal recoge a las torturas como un delito especial impropio (44), cuya comisión sólo puede ser llevada a cabo por alguno de los funcionarios a que se refiere el artículo 204 bis del Código penal, y, por tanto, no puede admitirse a los particulares como posibles sujetos activos del mismo (45). Con esta agravación en el ámbito de las lesiones se produciría el efecto contraproducente de restringir el arbitrio judicial que concede el artículo 421 del Código penal, ya que el precepto regulador de las torturas prevé que cuando se causen lesiones por medio de las torturas, sean sancionadas con las penas señaladas al delito de lesiones en grado máximo, y de esta forma no se podría imponer el grado medio de prisión menor que permite el artículo 421.3 del Código penal. Y en esta línea interpretativa, «sólo quedaría como explicación razonable del tipo agravado de lesiones empleando tortura, que el legislador haya pretendido, exclusivamente, evitar que en los casos de tortura del artículo 204 bis los Tribunales puedan rebajar en grado la pena de prisión menor del artículo 420.1 del Código penal —cosa que resultaría de todos modos extremadamente difícil si el Tribunal tiene que “razonar” sobre la base de la naturaleza de la lesión y de “las circunstancias” en las que se produjo el hecho» (46).

Por el contrario, si el legislador ha utilizado el término «torturas» como un elemento valorativo-cultural del tipo, creemos oportuno acudir

(43) En este sentido técnico la tortura podría definirse, según lo hace el artículo 1 del V Congreso de la ONU para la prevención del delito y tratamiento del delincuente (Ginebra, 1 de septiembre de 1975), como «todo acto de dolor y sufrimiento severo, físico o mental infligido a alguien intencionalmente por un oficial público o por su instigación, dirigido a obtener información o confesión de aquél o de un tercero, a castigarle por algo que ha hecho o que se sospecha que ha perpetrado, o a intimidar al mismo o a tercero».

(44) Vid., MAQUEDA ABREU, *La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes*, «ADPCP», 1986, p. 451; MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, pp. 620 a 623.

(45) Vid., MAQUEDA ABREU, *La tortura...*, p. 455.

(46) Vid., ZUGALDIA ESPINAR, *Conferencia, cit.*, pp. 8 y 9.

al ámbito del delito de robo con violencia e intimidación en las personas, para la comprensión de su significado, puesto que el artículo 501.4 del Código penal va referido al «robo acompañado de tortura», y aquí se emplea este término en sentido vulgar, entendiéndose por tal, según Vives Antón, «la causación de un sufrimiento intenso, físico o moral, finalísticamente dirigida a perfeccionar el acto de apoderamiento» (47) —en nuestro caso, a perfeccionar el menoscabo en la integridad corporal o salud física o mental—, en definitiva debe de comprenderse como «provocación de malos tratos y de dolor para la consecución del delito» (48). Pero al llegar a este punto se podría abogar por la conveniencia de la no aplicación vulgar del término «torturas», sino que tan sólo deberían de aparecer en el Código penal respecto a los delitos de funcionarios públicos, quedando reducido su ámbito de aplicación al artículo 204 bis, pues sólo este precepto emplea el término con su sentido técnico originario. Además el Código penal contiene instrumentos adecuados para valorar suficientemente cualesquiera conductas de maltrato, de daños o de violencias innecesarias, cuando concorra alevosía (art. 10.1), ensañamiento (art. 10.5), abuso de superioridad (art. 10.8), o, en su caso, desprecio a la dignidad del ofendido (art. 10.16) (49). Por todo lo cual, creemos que sería oportuno el rechazo de las torturas tanto del delito de robo con violencia e intimidación en las personas, como de las lesiones.

b) *Agravaciones por el resultado*

La nueva redacción de los preceptos referidos a las agravaciones por el resultado en las lesiones es copia literal de la normativa que establecía el Proyecto de 1980 y la PANCP de 1983 sobre esta materia. Por tanto, sistematizaremos esquemáticamente la tipología de resultados lesivos, en función del tipo subjetivo, en varios niveles:

a') Los artículos 418 y 419 del Código penal se refieren a determinados resultados graves lesivos producidos «de propósito», es decir, con dolo directo, llegándose incluso a castigar, en el primero de ellos, a las lesiones intencionales con la misma pena que se conmina la privación de la vida, reclusión menor. Esto resulta abiertamente contrario al principio de proporcionalidad de las penas o de prohibición de exceso, puesto que no hay un equilibrio entre la «carga punitiva» a imponer y el bien jurídico a proteger, desde el momento en que este equilibrio se logra en función de la gravedad del delito, y

(47) Vid., VIVES ANTÓN, en COBO-VIVES-BOIX-ORTIS-CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia, 1988, segunda edición, pp. 112 a 117 y 803; BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 115 y 116; QUINTERO OLIVARES, *Conferencia, cit.*, pp. 152 y 153.

(48) Vid., MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 237.

(49) Vid., MAQUEDA ABREU, *La tortura...*, pp. 455 y 456.

es del todo evidente que nunca puede tener la misma gravedad la pérdida de la vida que la del oído o la vista, y, si ello es así, la pena a imponer debe ser siempre mayor en el primer supuesto que en el segundo (50).

b') El artículo 421.2 del Código penal establece la aplicación en grado medio o máximo de la pena del tipo básico de las lesiones cuando el ofendido hubiere quedado impotente, estéril, deforme o con una enfermedad somática o psíquica incurable, o hubiere sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido, o quedando impedido de él (51).

La naturaleza jurídica de este precepto, no es la de un delito cualificado por el resultado, sino la de un tipo agravado común respecto del tipo base: esto quiere decir que el resultado es elemento del tipo objetivo y que, por tanto, para que se pueda aplicar el tipo agravado, ese resultado deberá estar abarcado por el dolo eventual del autor. También, respecto de este tipo agravado, rige la regla general de que en los casos de producción de un resultado mayor del querido por el autor, deberán de resolverse por vía del concurso ideal de delitos (art. 71 del Código penal) (52). Y cuando el sujeto activo produzca un resultado menor del querido (ej., lesiones del art. 420 en vez de lesiones del art. 421.2), se resolverá por vía del concurso aparente de normas penales, aplicando la pena correspondiente al delito que quería realizar, pero que ha resultado en grado de tentativa acabada o inacabada (según los casos), dado que este tipo agravado (art. 421.2) consumirá el delito de lesiones del tipo básico (Vid., supra).

III

La nueva redacción del artículo 582 del Código penal recoge en su párrafo primero la falta de lesiones, y en su párrafo segundo, de forma asistemática e incoherente, la falta de maltrato de obra. En efecto, no parece la mejor técnica legislativa la de aunar dos faltas que poco tienen en común y que están destinadas a la protección

(50) En este sentido y más ampliamente, vid., BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 112, 113 y 116 a 119; QUINTERO OLIVARES, *Conferencia, cit.*, pp. 8 a 11; RORDRIGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pp. 141 a 147; BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, pp. 92 a 97.

(51) Vid. ampliamente, BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 113 y 114; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*. Apendice (puesta al día de la séptima edición). Valencia, 1989, pp. 6 y 7; QUINTERO OLIVARES, *Conferencia, cit.*, pp. 18 y 19; BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, pp. 97 a 100.

(52) De otra opinión, BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, pp. 99 y 100, quien mantiene que en los supuestos en los que el autor tiene intención de causar un menoscabo en la salud que requiere tratamiento médico o quirúrgico (art. 420.1), y produce un resultado típico del artículo 421.2 por imprudencia (art. 565 o 586 bis), «las reglas del concurso de leyes hacen aplicable en estos casos el artículo 420 por ser de mayor entidad la pena prevista en éste».

de distintos bienes jurídicos, la salud personal para el caso de la falta de lesiones y la dignidad personal sin menoscabo en la salud en el caso de la falta de maltrato de obra.

Centrándonos en el estudio del apartado primero del artículo 582 del Código penal, hay que señalar que la delimitación entre delito o falta no queda reducida sólo a que se requiera tratamiento médico o quirúrgico, ya que el artículo 582 del Código penal hace una remisión expresa, aunque excepcional, al ámbito del delito, para aquellos casos en los que «se trate de algunas de las lesiones del artículo 421», esto es, cuando se utilicen algunos de los medios del artículo 421.1 y 3, o cuando se causen cualesquiera de los resultados del artículo 421.2. En tales supuestos, aunque no se requiera tratamiento médico o quirúrgico, se pasará del ámbito de la falta al del delito en la modalidad agravada correspondiente, que, pese a la amplitud de la remisión del artículo 582 al artículo 421, no podrá referirse nunca por razones obvias, a la agravación del apartado segundo del precepto mencionado, ya que comprende resultados lesivos graves (53).

Sobre esta remisión del artículo 582.1 al artículo 421, se deben hacer algunas matizaciones críticas pues, como señala Boix Reig, «debe cuestionarse por razones de justicia material y técnico-jurídicas. De justicia material, por cuanto se impondría la pena de lesiones agravadas a la producción de resultados lesivos constitutivos de falta. De técnica jurídica, dado que partiendo de los resultados del artículo 582, párrafo 1 no cabe hablar de alguna de las lesiones del artículo 421, por más que se utilicen instrumentos peligrosos o se empleen torturas, pues este precepto expresamente se configura como un tipo agravado del artículo 420 (“las lesiones del artículo anterior...”). No cabe, pues, aplicar las penas del artículo 421» (54). Además creemos que esta posibilidad de transformación de un hecho tipificado como falta en delito podría ser contraria a los principios de proporcionalidad, legalidad y al de mínima intervención del Derecho Penal.

a) *Se vulnera el principio de proporcionalidad de las penas o de prohibición de exceso*, porque se establece una desmedida agravación de la pena en supuestos de lesiones que no requieren tratamiento médico o quirúrgico, sino a lo más una primera asistencia facultativa, de lo cual se deduce que esta medida agravatoria es inidónea para proteger la salud individual y no es conforme con tal propósito de protección. No hay ponderación entre la «cantidad de pena» a imponer y el bien jurídico a proteger, pues no es admisible en modo alguno que por el empleo de uno de los medios descritos en el artículo 421, una simple lesión que no requiere tratamiento médico o quirúrgico, constitutiva de falta, castigada con la pena de arresto menor, se transmute en un delito de lesiones agravado por haber utiliza-

(53) Vid., QUINTERO OLIVARES, *Conferencia, cit.*, p. 36.

(54) Vid., *ob. cit.*, pp. 125 y 126.

do, por ejemplo un bastón, una navaja o incluso los puños, y conminado con la pena de prisión menor en grado medio a máximo. Por lo que la pena no es proporcional a la gravedad del delito desde el momento en que ese tipo de conductas no tienen un mayor contenido de injusto, ni causan un mal grave, ni son especialmente reprochables a su autor.

b) *Se infringe el principio de intervención mínima del Derecho Penal*, porque todo esto supone paralelamente el otorgamiento de un mayor protagonismo del derecho punitivo estatal, desde el momento en que hay más hechos que menoscaban la salud personal considerados como delitos y, por tanto, conminados con pena mayor, pero no con la «carga coactiva» del tipo básico de lesiones, sino la agravada por el medio empleado. Así pues, se puede concluir que casi todas las faltas en las que se emplee cualquier medio comisivo susceptible de ser encuadrado en el artículo 421.1 que, en principio, pueden ser todos, van a transformarse de forma inmediata y sistemática en delito de lesiones, al que lógicamente corresponderá una pena desmesurada, excesiva respecto a la gravedad del hecho realizado.

c) *Se vulnera el principio de legalidad (prohibición del «bis in idem»)*, porque los medios de comisión del delito son objeto de doble consideración por el legislador, ya que son tenidos en cuenta para transformar una falta en delito, y para agravar la pena en ese delito por la peligrosidad del medio empleado. En base al artículo 59 del Código penal, los medios comisivos, que han sido tenidos en cuenta para sancionar el hecho en sí o, que están unidos de tal forma, que sin la concurrencia de los mismos el delito no puede cometerse, no pueden agravar la pena. No hay un mayor contenido de injusto en la utilización de esos medios peligrosos recogidos en el artículo 421.1 del Código penal, que produzca una mayor repulsa social que la que conlleva en sí misma la lesión de la salud personal (Vid., supra).

Con el fin de subsanar, en la medida de lo posible, lo insubsanable de esta nueva regulación, creemos que la única válvula de escape plausible pasa por el recurso a una interpretación de carácter restrictivo de los términos descritos en el artículo 421.1 cuando establece la agravación por los medios empleados. Esta tarea ha sido ya realizada cuando analizábamos el precepto mencionado (vid., supra), por lo que tan sólo recordar que es preciso que el autor de la lesión tenga conocimiento y voluntad de que está utilizando medios peligrosos y creadores de riesgos, que pueden provocar un grave daño en la integridad corporal del lesionado, que los medios empleados tienen o pueden tener una gran potencialidad destructiva, y que son capaces de poner de manifiesto su ingente capacidad agresiva frente a la indefensión de las víctimas.

Esta forma de entender la descripción normativa del artículo 421.1 parece la más respetuosa con elementales principios del Derecho Penal, tales como el de prohibición de exceso o proporcionalidad de

las penas, «ne bis in idem» y el de mínima intervención del Derecho Penal. Se trata de apuntar una posible vía alternativa para que la aplicación de esta normativa sea apta y adecuada a su finalidad, y quizá se consiga así un mayor acercamiento a la «justicia material», por una vía restrictiva de interpretación de una nueva «legalidad punitiva irrazonable, desproporcionada e intervencionista en exceso».

IV

Por último, hay que señalar que debido al sistema elegido por nuestro Código penal para castigar los delitos realizados por imprudencia (sistema de «*numerus apertus*»), en principio cabe pensar que cualquier delito puede cometerse imprudentemente, y por tanto, también el delito de lesiones, para lo cual habrá que poner en relación el tipo doloso con alguna de las cláusulas generales que incriminan la imprudencia. No obstante, la nueva legislación plantea dos problemas importantes en lo que hace a la punición de las lesiones causadas por imprudencia. En primer lugar, determinar si es posible sancionar conforme a las cláusulas generales incriminatorias de la imprudencia los resultados lesivos previstos en los artículos 418 y 419 del Código penal. En segundo término, el de si pueden ser sancionadas con pena de multa las lesiones del artículo 420 del Código penal cuando se causen por imprudencia temeraria. Analizaremos ambos problemas por separado.

a) Supongamos que una persona conduciendo imprudentemente atropella a un peatón, a consecuencia de lo cual éste pierde la vista. Parece que habría dos modos de realizar una correcta tipificación de la conducta: En primer lugar, se puede poner en relación la nueva redacción del artículo 418 del Código penal, que recoge como típico tal hecho, con el artículo 565.1, referido a la punición genérica de la imprudencia temeraria. En segundo término, cabría también la posibilidad, de rechazar la aplicación del artículo 418, en base a que este precepto sólo y exclusivamente ha de ser objeto de consideración para los casos en que se actúe con dolo directo y acudir al tipo agravado de lesiones por el resultado producido (art. 421.2), para ponerlo en relación con la forma imprudente de realizar tal hecho (artículo 565.1) (55).

La cuestión no es intrascendente, pues en base a la nueva regla número 4 del artículo 565 del Código penal (56) —que viene a sustituir a las reglas núm. 4 y 7 de la regulación anterior— los efectos jurídicos derivados de una u otra tipificación pueden llegar a ser dis-

(55) En este sentido, vid., BOIX REIG, *ob. cit.*, p. 119.

(56) Vid., VIVES ANTÓN, *La determinación de la pena en la imprudencia punible*. «CPC», núm. 3, 1977, pp. 177 a 202.

tintos; si se adopta la primera de las hipótesis posibles, habría que relacionar el artículo 418 con el artículo 565.1 perdiendo entonces su función limitadora la regla número 4 de ese precepto, debido a la excesiva pena con que se conmina la pérdida de la vista en la nueva redacción del artículo 418, pues no es posible que la pérdida de la vista imprudente tenga igual o superior pena que si se hubiese causado dolosamente. Además, con esta tipificación se traspasaría el problema mencionado de la desproporcionalidad de la pena de los artículos 418 y 419 para los supuestos en que se produzcan esos resultados lesivos (ej., pérdida de la vista) de forma culposa. Y, por último, hemos de pensar que el legislador debe de haber querido otorgar algún sentido a la expresión «de propósito», y que esta intencionalidad directa del autor es quizá, junto con la gravedad del resultado, el fundamento de la elevada sanción penal que establecen los artículos 418 y 419.

Por consiguiente, se puede concluir que sería oportuno reservar la aplicación de los artículos 418 y 419 para los supuestos de actuación dolosa, y poner en relación el artículo 565.1 con el artículo 420 o 421.2 (según los casos) en los supuestos de hechos imprudentes, ya que entonces si que habría posibilidad de aplicar la regla número 4 del artículo 565, recobrando de esta forma su virtualidad limitadora, en cuanto que la pena del tipo básico doloso es la de prisión menor (art. 420) coincidiendo con la establecida en el artículo 565.1, y la del tipo agravado es la de prisión menor en grado medio o máximo (art. 421.2), coincidiendo también parcialmente con la del artículo 565.1 del Código penal. En consecuencia, por el efecto limitador de la mencionada regla, se debía de rebajar la pena un grado a la del delito doloso (57), dando así un mayor arbitrio judicial en un tema tan necesitado de él, puesto que podrá tenerse en cuenta la valoración de la imprudencia y la relatividad del resultado para determinar la pena. Además se disminuye el problema de la desproporcionalidad de la pena impuesta y, por todo esto, parece que la expresión «de propósito» tiene ya algún sentido, si es que ha de tenerlo.

b) Con la actual redacción del tipo básico de las infracciones atañentes a la salud personal (art. 420 del Código penal), las lesiones dolosas que requieran tratamiento médico o quirúrgico, se sancionan con las penas de prisión menor, y arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, si lo estima oportuno el Tribunal en función del arbitrio que se le concede aquí, atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias del hecho. Esto impide dar plena efectividad a la tan nombrada regla número 4 del artículo 565 del Código penal, dado que, por imperativo del artículo 6 del Código penal una lesión causada por imprudencia temeraria que requiera tratamiento

(57) Vid., VIVES ANTÓN, *La determinación...*, pp. 180 a 187.

médico o quirúrgico no podría ser sancionada en modo alguno con pena de multa inferior a 100.000 pesetas. Pero aparte de esto, y teniendo en cuenta que el párrafo número 2 del artículo 420 del Código penal es una regla de medición de la pena aplicable solamente a las lesiones dolosas, queda en pie la cuestión de que, en principio, y si la atenuación de la pena del delito doloso que prevé la regla número 4 del artículo 565 se lleva a cabo a partir de la pena señalada en el párrafo número 1 del artículo 420 (prisión menor), se llegaría a la absurda consecuencia de que la causación de una lesión que requiera tratamiento médico o quirúrgico se podría sancionar con las penas de prisión menor, arresto mayor o multa y sólo con las penas de prisión menor o arresto mayor (nunca con la de multa) si es imprudente, sin que el Juez pueda tener ahora el amplio arbitrio que se le concede en las lesiones dolosas, lo cual no deja de ser paradójico, pues se otorga menor arbitrio a los hechos imprudentes que a los dolosos, siendo aquellos los más necesitados de él.

Se produce aquí una nueva vulneración del principio de proporcionalidad de las penas, dejando sin contenido a la regla número 4 del artículo 565 del Código penal, pues su «ratio» estriba justamente en el principio vulnerado, en la necesidad de que los hechos menos graves nunca sean castigados con igual o superior pena que los hechos más graves, ya que debe existir una ponderación cualitativa y cuantitativa entre el castigo a imponer y la gravedad de la puesta en peligro o lesión del bien jurídicamente protegido.

Para paliar esta desproporcionalidad de «cantidad de pena y arbitrio judicial», podría entenderse —dado que la regla de determinación de la pena del núm. 2 del art. 420 del Código penal parece estar pensada sólo para las lesiones dolosas— que el párrafo número 4 del artículo 565 del Código penal es una regla orientada a dar efectividad al principio de proporcionalidad de las penas y, operando con su espíritu y finalidad, considerar que la misma produce un *efecto de apertura del tipo más benigno* que hace posible aplicar la pena de multa también a las lesiones causadas por imprudencia temeraria que requieren tratamiento médico o quirúrgico (58). De esta forma se consigue que la pena a aplicar sea, al menos, igual que la del tipo doloso, respetándose la «ratio legis» de la regla mencionada. Incluso, jugando con el arbitrio judicial se podría conseguir el respeto absoluto de la misma, si los jueces en función de su arbitrio imponen menor pena a los hechos imprudentes que a los dolosos.

(58) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1988. Asimismo confrontese el comentario que a la misma hace GONZÁLEZ PULIDO, A., *El «efecto de cierre» en el concurso aparente de normas penales y el concurso ideal de delitos: su trascendencia respecto de los delitos cualificados por el resultado*. «Poder judicial», núm. 14, 1989, pp. 191 a 195.