

El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la reforma penal española

Dr. MANUEL COBO

Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. Advertencias.—II. Texto del Proyecto y de la Ley de Bases.—III. Posición del legislador español de la Ley de Bases.—IV. Presupuestos del examen.—V. Análisis de las fórmulas usadas en la Ley de Bases.—A) El “penúltimo párrafo” de la Base séptima.—B) El “párrafo último” de la citada Base. C) Examen comparativo de ambos. VI. Consideraciones para la redacción definitiva de los artículos objeto de la reforma.

I. ADVERTENCIAS

Un esquema del presente estudio, como provisional instrumento de trabajo, fué presentado a la reunión celebrada el día 15 de enero pasado en el Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid. El profesor Rodríguez Devesa tuvo la amabilidad de invitarme a participar en dicha sesión, y con tal motivo articulé algunas consideraciones que me fueron sugeridas por la lectura de los dos últimos párrafos de la Base séptima de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 (*Boletín Oficial del Estado* de 27 de diciembre de 1961). Quisiera significar mi expreso agradecimiento al profesor Rodríguez Devesa en testimonio de su atención, así como hacer notar que la anterior comunicación ha sido debidamente revisada y desarrollada para su publicación.

Pretendo exponer, en forma muy resumida, algunos de los problemas con los que se enfrentará el legislador en la concreta redacción del articulado, ofreciendo alguna de sus posibles soluciones, o bien llamando la atención sobre puntos dignos de tenerse en cuenta.

Es, por tanto, esta aportación una especie de previsión, fundada más en probabilidades que en datos verificables. De aquí, pues, su relatividad, y también su limitación: tiene por objeto, únicamente, la fórmula utilizada en la redacción de los párrafos último y penúltimo de la Base séptima. He preferido, en consecuencia, fijar un punto

concreto de reflexión con la finalidad de conseguir cierta profundidad en el trabajo.

Una última observación he de hacer todavía: dada la naturaleza del comentario —referido, exclusivamente, a la reforma del Derecho positivo español—, se suprimirá, hasta el máximo, todo planteamiento doctrinal, notas y citas bibliográficas, que serán sólo las indispensables.

II. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY Y DE LA LEY DE BASES

Texto del Proyecto de Ley: “Introducir un nuevo artículo declarativo de la intrascendencia del consentimiento de la víctima en la aplicación de las penas fijadas para estos delitos.” “Modificar la redacción del párrafo primero del artículo 426 para, sin variar su esencia, darle más riqueza de matices y 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, todas las cuales deben situarse en la misma escala número segundo del artículo 73” (párrafos penúltimo y último de la Base 8.ª del Proyecto).

Texto de la Ley de Bases: “Modificar la redacción del párrafo primero del artículo 426 para, sin variar su esencia, darle más riqueza de matices.” “Introducir un nuevo artículo declarativo de la intrascendencia del consentimiento de la víctima en la aplicación de las penas fijadas para estos delitos” (párrafos penúltimo y último de la Base séptima de la Ley).

III. POSICIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL DE LA LEY DE BASES (1)

De frente al artículo 426, y de su significación en orden al problema del consentimiento en las lesiones, se han mantenido, en la doctrina penal española, dos posiciones, perfectamente delimitadas, y en torno a las cuales se agrupa la total literatura sobre el tema (2).

(1) Únicamente interesa aquí la posición general en torno al problema.

(2) Vid RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a la traducción española del Tratado de Derecho penal* de E. MEZGER (Nueva edición revisada y puesta al día). Madrid, 1955. T. I, págs. 425-427.—RODRÍGUEZ MUÑOZ, JASO ROLDÁN, RODRÍGUEZ DEVEBA, *Derecho penal* (Parte Especial). T. II. Madrid, 1949, págs. 252 y ss.—A. QUINTANO RIPOLLÉS, “Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal”, en *A. D. P. C. P. Fsc.* II, 1950, págs. 321 y ss.—R. F. SUÁREZ MONTES, *El consentimiento en las lesiones*. Pamplona, 1959, en la que se recoge la bibliografía al respecto.—Vid. también de interés A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*. T. IV. Madrid, 1956, págs. 336 y ss.—A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal* (Parte Especial) VI. II. Madrid 1958, págs. 221-222.—E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal, conforme al “Código penal, texto refundido de 1944”*. T. II (Parte Especial), 11.ª edición. Barcelona, 1961, pág. 478.—J. DEL ROSAL, *Derecho penal español*. T. I, 3.ª edición. Madrid, 1960, págs. 340 y ss.

Una, (Rodríguez Muñoz y Quintano Ripollés, especialmente), sosteniendo la relevancia del consentimiento; la otra, reforzada por la reciente contribución de Suárez Montes, propugnando la irrelevancia del mismo. Ahora bien: si tenemos en cuenta la temática que han planteado, podemos preguntar, ¿se pronuncia por alguna de ellas el legislador de la Ley de Bases?

Veamos, a continuación, cómo cabe contestar este interrogante:

1. Es incuestionable que ha afirmado la tesis de la irrelevancia. El texto es suficientemente claro y, por ahora, no necesita comentario.

2. Ha sido, sin embargo, consciente de la fundamentación, al menos puramente técnica, de la posición de la relevancia. Es más: ha partido precisamente de ella. De otra forma no se explica la expresa alusión a la "intrascendencia de consentimiento", saliendo al paso de la mentada tesis. Ha tenido conciencia, concretamente, de la interpretación de Rodríguez Muñoz, y por esta razón se pretende salvar, hasta cierto punto, la incongruencia por él apuntada.

Así, en la Base octava del Proyecto se decía: "Rebajar la pena del artículo 419 a la inmediata inferior". No obstante, dado que la inmediata inferior es presidio mayor, hubiera quedado subsistente la incongruencia puesta de manifiesto por el ilustre profesor.

Sin embargo, la Ley de Bases cambia por entero el planteamiento (3), dejando a un lado las consideraciones que pudieran haber informado la reducción de la pena, por otras que no entraron en los cálculos del cuestionado Proyecto. Aunque sea paradójico decirlo, y al menos en este concreto punto, parece que la Ley de Bases no ha entendido al Proyecto de Ley (4). Lo anterior es cierto, mucho más si se tiene en cuenta la primitiva redacción de la Base, que continuaba: "y sustituir la pena de presidio que establece por la pena de prisión de igual entidad, teniendo en cuenta que es la congruente, por ana-

(3) Así dice, por el contrario: "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".—En realidad nada de eso se quiso decir en el Proyecto. A mi juicio, la reforma del artículo 419 en orden a la pena venía dictada por la del artículo 426 y la creación de la cláusula del consentimiento. Se ha desvirtuado, pues, el sentido de la Base sobre esta cuestión. La expresa alusión del Proyecto a la *congruencia* en el último párrafo es más que suficiente para sostener tal punto de vista.

(4) No es ésta la única vez que sucede. Vid., por ejemplo, sin salir del ámbito de las lesiones, que se conserva en la Exposición de Motivos de la Ley el pasaje de "dar entrada a la forma imprudente de lesiones, hasta ahora excluida, al menos, en los artículos 418 y 419, por el empleo de la expresión de *propósito*".—Sin embargo, la Ley de Bases *suprimió* totalmente el párrafo 3.º de la Base octava del Proyecto, que expresamente decía: "Eliminar en ambos artículos (se refiere al 418 y 419), la expresión de *propósito*, a fin de prever la posibilidad de que estos delitos se cometan por imprudencia".—¿Qué sentido tiene entonces conservar el pasaje antes citado en la Exposición de Motivos de la Ley?

logía de naturaleza, con las demás del capítulo, todas las cuales deben situarse en la misma escala número segundo del artículo 73".

3. Se ha pretendido, en principio, expresar, de forma terminante, la irrelevancia del consentimiento y deshacer la incongruencia generada por los artículos 426 y 419 del Código penal.

La cuestión será ahora precisar si con el texto de la Ley de Bases pueden conseguirse ambas finalidades, que se hacen problemáticas, no ya por el propio Proyecto, sino por las alteraciones que ha sufrido al ser transformado en Ley de Bases.

IV. PRESUPUESTOS DEL EXAMEN

Podemos concretar, en forma esquemática, una serie de afirmaciones generales de las que partimos en nuestro examen. Solamente interesa su constatación, y no su total desarrollo, que excede de los estrechos límites de esta nota.

Así, tenemos:

1. Es sabido que el mayor predominio de los derechos individuales, así como la confirmación de la disponibilidad de los mismos, corresponde al más estricto *derecho penal liberal*. Nuestro Código penal, texto refundido de 1944, no abunda precisamente en dicha concepción. Es expresión, por el contrario, de un Estado *social*. Se informa, de otro lado, en la *defensa social*, e igualmente, en el sentido católico de la vida, conforme reza su propio Preámbulo (5).

2. Con la legislación vigente, y de forma especial con el artículo 426, se dió ocasión para que naciera la tesis de la relevancia del consentimiento de la víctima en los delitos de lesiones. La Ley de Bases, en su Exposición de Motivos, da a entender su existencia, si bien estima, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, se debe *introducir* la irrelevancia del mismo (6).

3. De aquí que, en consecuencia, sea nuestra legislación —de acuerdo con la tesis de la relevancia— contradictoria con sus principios informativos, y todavía más, con la legislación de rango superior.

Interesa tener bien presente este aspecto en orden a una comprensión total del problema.

(5) Vid. DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penál*, 2.^a ed. Valladolid, 1953, págs. 140 y ss.; 147 y ss., entre otras; y la bibliografía allí citada.

(6) No otra cosa significa la frase que a continuación subrayamos: "De entre las primeras, acaso sea la más importante la efectuada en el grupo de los delitos de lesiones, en que no sólo se adecúa 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 en general..." (letra a) del apartado segundo de la Exposición de Motivos).

Es decir: Hasta entonces el consentimiento tenía eficacia, era relevante. Estaban, pues, en lo cierto aquellos que así se pronunciaron.

4. No debe olvidarse, de otra parte, que los artículos 426 y 427 del vigente Código penal tienen su razón de ser, originariamente, en el artículo 160 de la Ley Militar de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 2 de febrero de 1856, como ha subrayado Suárez Montes (7).

5. El legislador actual pretende ser, conforme ha quedado expuesto más arriba, *en principio*, y cuando menos en la originaria redacción del Proyecto, más consecuente con los anteriores apartados, especialmente con 1, 2 y 3.

6. Se prescinde en el presente examen de todo tipo de consideraciones que no sean las puramente técnico-jurídicas.

V. ANÁLISIS DE LAS FÓRMULAS USADAS EN LA LEY DE BASES

A) El penúltimo párrafo de la Base séptima

1. En una primera contemplación pudiera parecer la redacción empleada por demás ambigua (8). No obstante, esta impresión es quizá un tanto superficial, y hasta cierto punto tal inconcreción pudiera ser una ventaja del párrafo comentado. No debe olvidarse que, en última instancia, el texto de la Base no es un artículo definitivo del Código, sino una autorización para redactarlo. De aquí que lleve razón Quintano Ripollés al apuntar que "habrá que esperar para juzgarlo a como se lleve a cabo esa redacción", aunque, inicialmente, le parezca "plausible" (9).

La anterior consideración no es obstáculo, sin embargo, para realizar—o, si se quiere, aventurar—una serie de consideraciones con el mejor propósito.

2. Salta a la vista, al comienzo de la reflexión, que sólo se autoriza a "modificar la redacción del párrafo primero del artículo 426". Es decir, deberán permanecer invariables tanto el párrafo segundo del artículo 426 como el 427, en inmediata relación con el anterior (10).

(7) Así, R. F. SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, págs. 54 y ss.

(8) En este sentido me pronuncié en la comunicación presentada a la Sesión del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Valladolid. También, abundando en el mismo juicio, vid. F. 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. Penitenciarios*, núm. 135, 1961, pág. 3383.

(9) A. QUINTANO RIPOLLÉS, "La reforma del Código penal español" (Texto del Proyecto y breve glosa), en *A. D. P. C. P.*, fasc. III, 1961, pág. 458.

(10) La actual redacción de ambos preceptos es como sigue: "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 426). "Si la conducta penada en el artículo ante-

Subsiste entonces el párrafo segundo del 426, como el tipo de *inutilización de otro*, y el párrafo primero del 426, como la *automutilación* o la prestación de consentimiento para ser mutilado. El 427, por la misma razón, se contraerá su párrafo primero a todo el 426, pero el párrafo segundo se referirá solamente al párrafo segundo del 426.

Conviene centrar un poco la atención sobre estas afirmaciones, llevando a cabo un brevísimo examen de las conductas previstas por el artículo 426:

a) No existe la menor duda que el párrafo primero del 426 alude a la automutilación (*el que se mutilare*) y a la *prestación de consentimiento para ser mutilado*. El párrafo segundo del mismo artículo contempla la conducta de *inutilizar a otro con su consentimiento*.

Planteadas así la cuestión, sin el menor prejuicio, parece que ambos párrafos obedecen a dos instancias diferentes, o sea, que, *aunque discutible*, 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 (11). No son equivalentes: inutilizar es un *más*; mutilar es un *menos*, un modo de inutilizar (12).

De otro lado, “mutilar” (o la “mutilación”) del 426 tiene un ámbito más concreto que en el 419: se refiere a aquella que es apta en orden a la declaración de exención del servicio militar. Cuando se habla de mutilar en el 426 se entiende como la mutilación capaz de producir la exención del servicio militar.

Precisados en la anterior forma ambos verbos, o por mejor decir, su interpretación, se desprende, como consecuencia lógica, que el 426 deja, al menos en ese sentido, un hueco en su formulación: la *automutilación* que no sea mutilación—de acuerdo como ha sido entendida—no se castiga expresamente, no está prevista por el 426. Para salvar dicha incorrección no se puede aludir—como se haría seguramente—al artículo 383 del Código de Justicia Militar (13), pues, a juicio de Suárez Montes, “tal precepto sólo puede tener aplicación respecto al que se inutiliza una vez que, ingresado en Caja, ha

rior 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 427).

(11) El contenido del término “inutilizar”, forzosamente ha de ser el comprendido bajo el título de “Cuadro de inutilidades con relación a la aptitud física para el Servicio Militar”, que, distribuido en tres numerosos grupos, describe el Reglamento provisional de 6 de abril de 1943.

(12) Una simple lectura del anterior cuadro de inutilidades es más que suficiente para fundar dicha afirmación. Vid. SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, páginas 82-84, 99-100 y 111, entre otras, para un examen de la equivalencia o no entre ambos. De interés, A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*. T. IV. Madrid, 1956, pág. 337, en orden a la interpretación dada a los citados verbos.

(13) El mentado texto tan sólo se refiere a la *inutilización*. Así, dice: “El que se inutilice totalmente, de modo voluntario, para eximirse del Servicio Militar,

adquirido, por lo menos, la condición de recluta o inscrito" (14). Ni siquiera se puede traer a colación el vigente artículo 401 del Reglamento provisional de 6 de abril de 1943, que solamente se refiere a la mutilación (15) y que hace remisión al Código penal.

Por las razones expuestas, sin que sea necesario desarrollar más argumentos ni recoger otras dimensiones interpretativas, podemos concluir afirmando el carácter problemático de la redacción del vigente artículo 426, especialmente por lo que se refiere a la autoinutilización (16).

b) Si tiene *cierto* fundamento la interpretación dada en a) de "mutilar" e "inutilizar", el legislador de la Ley de Bases necesariamente debiera haberla tenido presente, cuando menos como posibilidad, en el momento de la redacción. Hubiera sido preferible, sin más, autorizar la reforma del 426, con lo que sería más amplio el campo de movimientos para la confección del artículo.

La única solución es ahora interpretar extensivamente —pero muy extensivamente— la Base y sostener que quedando autorizado a modificar el párrafo primero del 426, se queda también legitimado para el párrafo segundo del 426, en atención a la fuerte conexión existente entre ambos tipos. Es, desde luego, preferible esta lata interpretación que aceptar, por una cuestión en última instancia formal, la intangi-

incurrirá en la pena de dos a seis años de prisión si es en tiempo de paz, y en la de reclusión si es en tiempo de guerra. Si la inutilidad no fuere total se le impondrá la misma pena, que cumplirá, si es en tiempo de guerra y mientras dure ésta, en servicios penosos de campaña. Las mismas penas serán aplicables al que no lograre su propósito, así como al que induzca a la inutilización, la realice o auxilie" (artículo 383 del Código de Justicia Militar).

(14) Así, SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, nota 17 pág. 91. Pudiera pensarse, sin embargo, que la declaración de exención únicamente se obtiene en la medida que se ha ingresado en Caja, aunque la lesión que proporcione la inutilidad sea anterior al ingreso. Si esto lo ponemos en relación con que el artículo 426 exige, indefectiblemente, la *declaración de exención*, y ésta sólo puede referirse a un mozo ingresado en Caja, veremos que la solución del problema no es tan simple como inicialmente pudiera pensarse. No obstante, siempre puede darse que la lesión —núcleo del 426— se haya verificado *antes* del ingreso, y, posteriormente, lo que se ha producido es la *declaración de exención*, con lo cual forzosamente tendríamos que aceptar, de nuevo, la tesis expuesta en el texto, quedando radiada la objeción. (Tan sólo hemos apuntado una posibilidad, sin entrar en el examen de la posición de los diversos autores. Remítimos para ello a la obra de SUÁREZ MONTES, en el pasaje citado.)

(15) "El que de propósito 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, y el que mutilare a otro con su consentimiento para el mencionado objeto, será castigado según previene el Código penal ordinario" (artículo 401 del Reglamento). Las hipótesis previstas por los artículos 403 y 404 del mismo Reglamento no son tampoco utilizables, pues ya parten de que exista el delito conforme con el Código penal ordinario.

(16) Por nuestra parte, no hemos pretendido tomar una posición decidida por la equivalencia o diferenciación de ambos verbos. Interesa, únicamente, dada la finalidad de esta nota, poner de manifiesto, como cuestionables, algunos de los aspectos del artículo 426, buscando soluciones más satisfactorias de *lege ferenda*, que ofrezcan menos dificultades, tanto interpretativas como técnicas. Se debe tener muy en cuenta lo expuesto en el presente apartado en orden a una mejor comprensión de todo el comentario.

bilidad del párrafo segundo, que pudiera imposibilitar una correcta textura del artículo.

c) El mismo razonamiento es utilizable en orden a la reforma del 427, so pena de correr idéntico riesgo al apuntado en b).

3. Es quizá un tanto *exagerada* la Base, si bien dependerá este juicio, en definitiva, de la posición en que se coloque el comentarista. Tal y como está redactada, parece que “darle más riqueza de matices” no significa otra cosa sino conseguir una mayor extensión del 426. La única forma para que el 426 tenga un mayor ámbito de aplicación es, conforme apunté en la comunicación, que se refiera no sólo a la prestación del servicio militar, sino también a la de *otros servicios* que pudieran estimarse legalmente ineludibles y de alto interés. No existe, o por lo menos no es fácil pensar, otra explicación que tenga una cierta viabilidad (17).

Si la anterior hipótesis es correcta, inmediatamente será necesario confrontarla con el resto de la Base, cuando dice: “sin variar su esencia”. Igualmente deberá ser observada desde la finalidad político-criminal y social del 426. Por nuestra parte, concretamos un breve juicio crítico en la forma siguiente:

a) De acuerdo con lo dicho más arriba, el artículo 426 parece que tiene su origen y razón de ser en el artículo 160 de la Ley de Reclutamiento y Reemplazo de 1856. Es decir, pudiera sostenerse, conforme ha hecho Suárez Montes (18), que la verificación de la conducta descrita por el tipo constituye un exclusivo “atentado contra el interés comunitario defensa nacional” o, mejor si se quiere, una *especialidad pluriofensiva* que comprendería el anterior bien jurídico y la “integridad física”, e incluso el *deber* de prestar el servicio militar.

¿Hasta qué punto se varía su “esencia”—empleando la terminología de la Base—con la extensión a otros servicios? Quizá el legislador ha tenido presente, más que nada, la mixta composición de la “esencia” del 426, cual sería la protección de la integridad física y el deber de acudir a la llamada al servicio militar; posiblemente, desde su perspectiva, sea la que más satisfaga. Ahora bien: si ha sido así, no cabe duda que la esencia del 426 no se ve alterada. No existe, dentro de esa misma línea, obstáculo alguno para ampliar a *otros servicios*—cuyo *deber* de realización puede ser tan relevante o más desde el punto de vista estatal—lo preceptuado acerca del servicio militar.

No obstante, deberá proceder el legislador con suma cautela en atención a la *especial y excepcional naturaleza de esos servicios*.

b) Si así no fuera, y el artículo 426 adquiriera una ambigua redacción, por su amplitud y elasticidad, excedería la finalidad para la

(17) Tampoco es fácil pensar que *otros servicios* podrán ser los que puedan generar una *mutilación* con la finalidad de eximirse de los mismos. Insisto, hasta el máximo, en el carácter sumamente excepcional de la formulación, sin atreverme, por razones obvias, a llevar a cabo, siquiera en forma sugerida, un recuento de las hipótesis que quizá pudieran pensarse.

(18) SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 104.

que fue concebido. Todavía peor: sería expresión de una orientación utilitaria y defensorista en contra de los más elementales dictados de justicia.

Ha de emplearse, por tanto, una fórmula que subraye ese carácter sumamente *restringido* que debe presidir la interpretación y aplicación del futuro artículo 426.

Pero es que, además, en caso contrario, se vería alterada la esencia del 426, que nace en base a supuestos excepcionales y para un concreto y determinado servicio de singular importancia. Sería, por tanto, contradictoria con la fórmula de autorización empleada por la Ley de Bases.

B) *El párrafo último de la Base séptima*

El presente párrafo, relativo a la irrelevancia del consentimiento, ofrece una serie de problemas que podemos concretar en los términos siguientes:

1. La primera impresión que recibe quien con mentalidad técnica proceda a la lectura del pasaje en cuestión, es la de extrañeza. La expresión usada de "*intrascendencia del consentimiento de la víctima en la aplicación de las penas*", es suficiente para justificarla. Quizá haya sido utilizada con un criterio puramente práctico, especialmente referido, como es natural, a la confección del nuevo precepto. De esta forma se explica, sólo hasta cierto punto, la fórmula del párrafo último.

Al inicio es conveniente puntualizar que la *intrascendencia* deberá entenderse tanto a la aplicación de una pena menor como a la de una pena mayor (por emplear la terminología de la Ley). Es decir, es radicalmente intrascendente, no tiene la menor relevancia, ni en un sentido ni en otro. La observación, por su evidencia, pudiera parecer superflua, pero más adelante veremos cómo ha sido necesario llevarla a cabo.

2. La segunda observación es que, exclusivamente, se refiere la cláusula a los delitos *de lesiones*. La frase final de la Base, "... para estos delitos", es bien demostrativa al respecto: expresamente el legislador ha querido que la intrascendencia quede contraída, de forma exclusiva, a los delitos de lesiones, o sea, al Capítulo Cuarto del Título Octavo.

Frente a la anterior afirmación, cabe precisar:

a) Que es entonces perfectamente lógica, desde su planteamiento, la posición de Quintano Ripollés al decir: "en todo caso, parece demasiado radical borrar toda trascendencia al consentimiento de la víctima que pudiera mejor valorarse como atenuante, y que contrasta con la trascendencia que se le atribuye en ocasión aún más seria, como es la de ayuda al suicidio" (19).

(19) QUINTANO RIPOLLÉS, "La reforma del Código penal español (Texto del Proyecto y breve glosa)", en *A. D. P. C. P.*, Fasc. III, 1961, pág. 458.

La misma consideración es extensiva a las hipótesis de aborto del número 2 del artículo 411 y del artículo 413, que, sin duda, suponen tipos privilegiados de acuerdo con la "trascendencia" del consentimiento, e incluso conjuntamente con la *causa honoris* del 414, por si no fueran muy discutibles los argumentos extraídos del criticable párrafo último del artículo 411 (20), cuya reforma, inexplicablemente, no ha tenido acceso a la Ley de Bases, siendo así que se encontraba en la Base séptima del Proyecto, perdiéndose, por tanto, una inmejorable oportunidad para radiar del Código una de las figuras más censurables desde todos los puntos de vista.

b) Se puede afirmar, en consecuencia, antes de que tenga plena virtualidad la reforma propuesta, la incongruencia a que dará lugar, dentro del inexpressivo título de "delitos contra las personas". Paradójicamente, la cuestión del consentimiento irrelevante se trae al articulado para destruir una incongruencia entre dos artículos (419 y 426) de un capítulo (de las lesiones) y, sin embargo, ocasionará otras, incluso más radicales, y de orden sustantivo, como son las apuntadas en a). Carece de sentido, por tanto, sostener que es intrascendente el consentimiento, referido al bien jurídico integridad física, y afirmar, u ofrecer fundamento para que así se haga, la relevancia del mismo en orden a los bienes jurídicamente protegidos por los Capítulos Primero y Tercero del Título Octavo.

3. Otro problema que podrá plantearse es el referente a la *auto-mutilación* y, en general, a las *autolesiones*. Desde luego, cuando no se tenga la finalidad de eximirse del servicio militar, o del servicio que se estime con pareja significación; es decir, cuando no se pueda inscribir la conducta en el futuro 426 por inexistencia de la finalidad por él exigida.

No cabe duda, que persistiendo la actual redacción de los artículos de las lesiones, los mentados supuestos no serían típicos, en razón a estar concebidos en forma de lesión o mutilación realizada a *otro*.

Sin embargo, si se tienen en cuenta los principios que han informado la confección de la Base, no dejaría de ser inconsecuente la anterior afirmación.

Es evidente que de forma expresa se acepta la total intrascendencia del consentimiento. Por tanto, también la absoluta indisponibilidad del bien jurídico protegido, o sea, de la integridad física o, en su caso, mental.

Si se lleva el razonamiento lógico hasta sus últimas consecuencias, no queda más solución que preguntarse acerca de las hipótesis de auto-mutilaciones-lesiones, a las que hemos hecho alusión más arriba. ¿Qué sucederá entonces?

En el supuesto de que permanezcan como hasta ahora, surgirá una contradicción con la cláusula de la intrascendencia del consentimiento,

(20) Vid., sobre ello, SÁNCHEZ MONTES, *ob. cit.*, págs. 115-135, y la bibliografía por él citada.

negándose, en estos casos, la tesis de la indisponibilidad del bien jurídico.

Si, por el contrario, se acepta en toda su lógica deducción la formulación de la Base, será necesario la creación de un precepto al respecto o la adaptación de los ya existentes.

Desde esta última perspectiva se observan, entre otras, algunas cuestiones, además de la más genérica ya citada, que quizá valga la pena concretar:

a) Quintano Ripollés ha planteado una de ellas cuando dice: "en cuanto a introducir un nuevo artículo declarativo de la intrascendencia del consentimiento de la víctima en los delitos de lesiones, más bien pienso que ha de acarrear dificultades en la práctica, complicando la incriminación de lesiones en tratamiento quirúrgico y en deportes" (21).

No obstante, hemos de significar, a efectos de nuestra exposición, que estos casos no son propiamente de autolesiones, que de forma muy excepcional cabría pensar en las deportivas. Las dificultades que vaticina Quintano Ripollés pudieran solucionarse satisfactoriamente de acuerdo con los números 11 y 8 del artículo 8 (22), sin que sea necesario aludir al consentimiento, dada la forma en que están redactadas en nuestra legislación ambas "eximentes".

b) La cuestión se centra, siguiendo la misma línea de pensamiento que venimos exponiendo, si se tiene presente lo preceptuado por el artículo 409 del Código penal y su significación en los delitos contra la vida, conforme adujera Quintano Ripollés. Subsistirá la impunidad del que se autolesiona con motivo de un suicidio no conseguido, que mostrará, de la misma forma, otra excepción al principio de la indisponibilidad del bien jurídico y, en consecuencia, de la intrascendencia del consentimiento. Igualmente, será sumamente problemática la solución técnica, concorde con el principio formulado por la Base, que pueda ofrecerse en relación con la inducción a otro para que se autolesione, siempre, desde luego, *sin* la finalidad expresamente requerida por el 426, e incluso también de la inducción a otro para que se suicide, pero que solamente se ocasione lesiones, y en idénticos términos se puede plantear la cuestión de la prestación de auxilio (23).

c) Sin duda, dogmáticamente es correcto el planteamiento de las anteriores cuestiones—apuntadas sin la menor pretensión—, que constituyen excepciones en abierta contradicción con el principio proclamado por la Base. Es muy posible que el propio legislador haya

(21) QUINTANO RIPOLLÉS, *art. cit.*, pág. 458.

(22) En el mismo sentido, DEL ROSAL, *Derecho penal español*. T. I, 3.ª ed. Madrid, 1960, págs. 336-337, si bien mantiene junto a ellas el consentimiento, de acuerdo con la interpretación de la relevancia que acepta en la página 341, abundando en la tesis de RODRÍGUEZ MUÑOZ.

(23) Interesa resaltar, solamente, su carácter problemático sin que sea necesario el total desarrollo de la cuestión, dada la índole de la presente *nota*.

parado mientes en ellas, prevaleciendo, sin embargo, criterios político-criminales y utilitarios en orden a la solución de las mismas.

C) *Examen comparativo de ambos*

Además de lo hasta ahora expuesto, de un examen comparativo de ambos párrafos, pudiera deducirse lo siguiente:

1. Cabe sostener, con el carácter provisional propio del presente estudio, la contradicción que dichos textos pudieran generar. Contradicción que proviene de conservar en su *esencia* el 426, y a continuación decir que se introduzca “un nuevo artículo declarativo de la *intrascendencia del consentimiento* de la víctima”.

2. No debe perderse de vista que el legislador ha partido de la existencia de la tesis de Rodríguez Muñoz, o por mejor decir, ha pretendido salvar tal interpretación. Pero tampoco debe olvidarse, si ello es así, que el 426 tiene sentido si se acepta la postura de Rodríguez Muñoz, en la medida que el consentimiento tenga valor justificante.

Es decir: si el consentimiento, en lo sucesivo, careciera de toda trascendencia, no hay por qué mantenerlo en la definitiva redacción del 426. Es entonces totalmente irrelevante hablar de lesiones *consentidas*. El 426 será el tipo de lesiones para eximirse del servicio militar (o del servicio que se estime) y fuere declarado exento, independientemente de que se haya o no consentido, aunque generalmente medie el consentimiento.

Téngase muy presente que la Base dice: “*intrascendencia del consentimiento de la víctima en la aplicación de las penas*”. Es claro, en consecuencia, que no tendrá la menor significación en orden a la aplicación de la pena ni en sentido agravatorio ni atenuatorio: será intrascendente.

De aquí, pues, que sea incorrecta la alusión al consentimiento en la descripción de la conducta del 426 (24). No podrá hacerse si no es contraviniendo la redacción del párrafo último de la Base séptima.

3. El 426 dejará de ser, forzosamente, un tipo de lesiones consentidas, para convertirse en lesiones con una finalidad expresamente reseñada en el precepto, y nada más.

Pero además el 426 dejará de ser, igualmente —siempre de acuerdo con la tesis de Rodríguez Muñoz, de la que ha partido el legislador—, un tipo privilegiado de lesiones para convertirse, necesariamente, en agravado, y cuya razón de agravación habrá que buscarla en esa finalidad, y en su éxito, que normativamente quedan estampadas en el precepto.

(24) Inmediatamente se preguntará ¿qué sucederá con la mera prestación de consentimiento para ser mutilado? En principio, no creo existiera inconveniente en traer a colación las reglas de la autoría del artículo 14 del Código penal, si se acepta el criterio de la Base.

VI. CONSIDERACIONES PARA LA REDACCIÓN DEFINITIVA DE LOS ARTÍCULOS OBJETO DE LA REFORMA

En forma conclusiva cabe subrayar algunas consideraciones que de forma especial debieran tenerse presentes en la definitiva redacción del articulado. Son consecuencia de los anteriores razonamientos, y desde luego se encuentran condicionadas por el texto de la Base, o mejor dicho, se han confeccionado *para él*, y *de él* han sido extraídas.

Por tanto, no cabe identificar los supuestos que animan la reforma con mi posición personal acerca de los temas apuntados. Como es de suyo natural, se ha partido del hecho de que la Ley, aunque sea de Bases, tiene ya plena virtualidad.

Muy brevemente, podemos significar:

Primero. En el caso de que sea necesario, deberá considerarse autorizado, implícitamente, para reformar el párrafo segundo del artículo 426, así como el artículo 427.

Segundo. Conveniencia de emplear, únicamente, el verbo “inutilizar”, pudiendo configurarse la inutilización conseguida por mutilación o lesión como agravada de las mismas. En este sentido, se constatará, de forma expresa, la *inutilización de otro* y la *autoinutilización* con la finalidad prevista.

Tercero. Redacción de una fórmula, en referencia con la posibilidad de extensión a *otros servicios*—siempre dentro del artículo 426—, que no sea susceptible de amplia interpretación, partiendo, desde luego, de que así se haya entendido la expresión “darle más riqueza de matices”.

Cuarto. Eliminación de toda expresa referencia al consentimiento en los futuros artículos, que definitivamente sean creados como consecuencia de la reforma autorizada por el penúltimo párrafo de la Base séptima.

Quinto. Es aconsejable el uso de una fórmula que exprese, con cierta técnica, la irrelevancia del consentimiento de la víctima en *estos delitos*, ya que no queda más solución que aceptar, en toda su eficacia, el último párrafo de la Base séptima.

Sexto. Adoptar normativamente una posición que resuelva *prácticamente* el problema de las automutilaciones-lesiones sin la finalidad prevista por el artículo 426. Dicha posición tendrá muy presente las hipótesis, apuntadas en el correspondiente apartado, y referidas, especialmente, al artículo 409 del Código penal, so pena de aumentar las

incongruencias y contradicciones con los demás delitos del Título, e incluso, con los del propio Capítulo.

* * *

Quisiera reiterar, por último, mi mejor propósito en orden a contribuir, en cierta medida, a la fatigosa tarea de reforma, que por tantas y tantas razones debiera comprender todo el Código penal. Con la presente Ley de Bases se suscita, una vez más, la conveniencia de un nuevo Código, y no de reformas parciales, que en ocasiones sólo sirven para aplazar problemas que tarde o temprano han de ser resueltos con la seriedad y rigor que impone la función legislativa.