

Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal y Vocal del
Consejo General del Poder Judicial

SUMARIO: 1. La regulación tradicional de los delitos de lesiones.—2. El sistema regulador de las lesiones introducido por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.—2.1. Características básicas de la nueva regulación.—2.2. Aspectos político-criminales más destacables.—3. Graves mutilaciones y lesiones y otros traumatismos intencionales a partir de la reforma.—4. Mutilaciones no principales y esterilización.—5. Las lesiones comunes o genéricas.—5.1. El tipo básico de lesiones.—5.2. La atenuación facultativa de la pena.—6. Las lesiones cualificadas.—6.1. El artículo 421-1.º: cualificación por los medios usados.—6.2. El artículo 421-2.º: cualificación por la especial gravedad del resultado lesivo.—6.3. El artículo 421-3.º: la cualificación por tortura.—7. El tratamiento técnico de las conductas descritas en los preceptos derogados por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.—7.1. La cualificación de las lesiones por parentesco o por concurrencia de las circunstancias propias del asesinato.—7.2. Las lesiones engañosas y abusivas del anterior artículo 421 CP.—7.3. Las lesiones injuriosas del artículo 422.—7.4. Las lesiones a padres, ascendientes, tutores, maestros y personas constituidas en dignidad o autoridad pública, del anterior artículo 423.—8. La nueva regulación de las lesiones en riña tumultuaria.—9. Los malos tratos en el grupo familiar.—10. El consentimiento de las lesiones.—11. La falta de lesiones.—11.1. El primer párrafo del artículo 582 y el concepto de lesión.—11.2. El segundo párrafo del artículo 582: los malos tratos.—12. Conclusión.

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, «de actualización del Código Penal» ha alterado substancialmente la regulación de los delitos de lesiones, finalizando así con una técnica legislativa e incriminadora que ha durado decenios. Esa técnica, para algunos eficaz y ágil por cuanto a interpretación y reducción de la prueba necesaria atañía,

era señalada por la mayoría como exponente máximo de la responsabilidad objetiva y de la irracionalidad en la fijación de los criterios determinantes del aumento o descenso de las penas. La nueva regulación parece recoger esa crítica. Así y todo, los complejos problemas de estos delitos, tanto en lo técnico como en lo criminológico y político-criminal, no se resuelven fácilmente con una reforma legal, pues las dificultades comienzan con la misma imprecisión de lo que es «una lesión». En lo que sigue intentaré dar mi opinión sobre las que entiendo son las cuestiones más importantes que suscita la Reforma citada, sus virtudes y sus carencias.

1. LA REGULACION TRADICIONAL DE LOS DELITOS DE LESIONES

Estando estas páginas dedicadas a analizar el alcance de la reforma operada por la Ley 3/1989, de 21 de junio, no voy a explayarme en el examen pormenorizado de la regulación anterior de los delitos de lesiones. Por otra parte, las características del sistema hoy derogado ya son conocidas en lo esencial por los especialistas. Siendo así, basta con indicar los rasgos principales técnicos y políticos-criminales.

a) Ante todo es obligado reconocer que el sistema anterior no contenía una «definición» de lo que es una «lesión». Esta misma palabra parece referirse en principio a los daños corporales de índole física (heridas, pérdidas corporales) «plásticamente apreciables». Naturalmente, *la doctrina* se resistió a aceptar que solamente ese fuera el significado de una lesión, y con base a las referencias legales a los términos o plazos de curación o incapacidad señalados en el anterior artículo 420 CP, el concepto de lesión se extendía a los menoscabos en la salud de cualquier clase, aun cuando no supusieran alteraciones o pérdidas corporales. La herida, con o sin pérdida corporal, y la enfermedad quedaban integradas por igual a pesar de la habitual consideración de estos delitos como ataques a la «integridad física», expresión que encierra un claro peligro de reducción del ámbito de males comprendidos. La inclusión de las enfermedades psíquicas, o simplemente traumas psíquicos de cualquier especie, también resultaba dificultada por la técnica legal, si bien se acogía en el artículo 420-1.º la lesión a consecuencia de la cual el ofendido resultare «imbécil», de donde se podía inferir que las secuelas psíquicas habían sido contempladas por el legislador. Pero entiendo que en esta cuestión, como en otras, no conviene abusar del voluntarismo en la interpretación: el legislador imaginó la posibilidad de que un traumatismo físico fuera de tal brutalidad que determinara una lesión cerebral de la citada gravedad (determinante de la pérdida del raciocinio elemental). Mas eso no significa que en puridad se contempla «como lesión» la sola y directa causación de un trauma psíquico, sino que

éste, y solamente para un supuesto de especial gravedad, se tomaba en consideración como «secuela» del previo ataque físico.

En suma, solamente con grandes esfuerzos interpretativos rayanos en la analogía se podía definir la lesión como menoscabo de la salud corporal o mental, concepto amplio que, como digo, tropezaba con una técnica legal dominada por la casuística. Y esto era así no solamente por la manera en que se describían las diferentes clases de lesiones en los artículos 418, 419 y 420, sino también porque en el nuclear artículo 420 se *determinaban legalmente los medios* capaces de causar lesiones típicas (herir, golpear o maltratar de obra), de tal modo que apenas quedaba resquicio para incluir otra clase de lesión que no consistiera esencialmente en un acontecimiento o actuación física sobre la persona de la víctima.

b) Como es bien sabido, la concreción del *objeto y contenido del dolo* en estos delitos resultaba muy difícil. Un parecer extendido en doctrina y jurisprudencia sostenía que el dolo en estos delitos sólo había de referirse a la «acción de herir, golpear o maltratar de obra a otro», quedando fuera de su alcance o, lo que es lo mismo, no exigiéndose que comprendiera el concreto resultado de ese ataque (entidad del daño, duración de la curación, etc.). En favor de este sistema se aducía un argumento de indudable importancia, extraído de la experiencia: el que ataca a otro no repara normalmente en cuánto daño le va a hacer; incluso puede admitirse que en muchos casos quiere causarle cuanto más pueda, excluyéndose solamente el que desee matarlo. Esta razonamiento en el fondo viene a sostener que el «animus laedendi» no tiene otro límite que el «animus necandi».

Pero aunque eso pueda sostenerse con argumentos más o menos empíricos debe ser rechazado. En primer lugar, porque supone una flagrante violación del principio de culpabilidad en favor de la responsabilidad objetiva (el «versari in re illicita»). En segundo lugar, aunque en el fondo es el mismo argumento, porque entraña una presunción «contra reo» (se supone que deseaba causar todo ese daño). Por ambos motivos el sistema era rechazable. No obstante, Antón Oneca señaló en su día que el sistema regulador de las lesiones en derecho penal español no era el propio de los delitos cualificados por el resultado como normalmente se sostenía, sino que se trataba, según expresión suya, de delitos «determinados por el resultado». La diferencia entre éstos y aquéllos era la siguiente: en los delitos cualificados por el resultado podía llegar a mediar «culpa» respecto del resultado más grave —actualmente esa posibilidad es una exigencia de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1 CP—, pero «nunca» dolo, pues ello daría lugar a un delito diferente y más grave; así, por ejemplo, si la muerte derivada de un delito contra salud pública hubiera sido buscada y deseada por el autor no se trataría de tal delito, sino de un asesinato. En cambio, en los delitos «determinados por el resultado», cual era el caso de las lesiones, el que el autor

deseara o no el concreto mal causado a la víctima resultaba «indiferente», de manera que no se trataba de una «renuncia» a la cobertura del dolo, sino de un «desprecio» por esa eventual cobertura.

La indicada y certera opinión de Antón Oneca pone de manifiesto algo de aún mayor gravedad que la supervivencia de estructuras de responsabilidad por el resultado, cual es dispensar el mismo tratamiento penal a sujetos que penalmente se comportan de manera radicalmente distinta, y así recibiría la misma pena el que le partiera un brazo a otro a consecuencia de un empujón y el que se lo partiera intencionadamente, pues ese plus subjetivo carecería de traducción jurídica.

c) Es cierto que desde la Reforma de 1983 resulta muy difícil admitir la responsabilidad por el resultado, toda vez que los artículos 1 y 6 bis b) CP dejan fuera de duda la necesidad de que, cuando menos, aquello que deba fundamentar la pena o su agravación sea imputable a título de culpa. Pero sería cerrar los ojos a la realidad suponer que una regulación concebida para la admisibilidad de la responsabilidad objetiva se adapta sin más a las exigencias del principio de culpabilidad. Y ello sin entrar en la posibilidad de que algún Tribunal penal sea proclive a declarar probado que ha mediado culpa respecto del resultado final sin pararse en demasiadas indagaciones, por demás muy difíciles como todo lo que atañe el contenido de la conciencia y la voluntad. El riesgo de subjetividad en la interpretación de los hechos por el Juez es pues inevitable. Pero la solución no es «prohibir la subjetividad», pues eso sería lo mismo que prohibir la valoración en conciencia de la prueba. La solución, aunque ninguna puede ser perfecta, pasa por suministrar al juzgador normas que ofrezcan la posibilidad de valorar mayores dimensiones de la conducta humana, normas que permitan considerar aspectos subjetivos y objetivos que hacen político-criminalmente diferentes conductas que quizá hayan dado lugar al mismo resultado formal en lo lesivo. No hace falta realizar un gran esfuerzo valorativo para comprender que tanto por razones de prevención general como especial no puede tenerse en la misma consideración al que golpea con la mano que al que lo hace con una navaja o una pistola; que la lesión subsiguiente tarde en curar veinte días o treinta es algo que, sin perjuicio de que haya de ser tenido en cuenta a efectos indemnizatorios, no puede por sí solo decidir la gravedad del delito.

d) Estas últimas palabras conducen a señalar cuál es a mi juicio el eje de la reforma introducida en los delitos de lesiones, y que no es solamente la necesidad de superar los defectos técnicos y desprecios culpabilísticos que presentaba el sistema derogado. Era necesario que la Ley penal valorara la gravedad o potencialidad dañina de los medios usados para lesionar y la actitud subjetiva con la que se produjera el daño, que no sólo se conforma con el ingrediente del dolo, sino que puede aumentarse con otros componentes (brutalidad, tortu-

ra) que igualmente han de ser tenidos en cuenta como integrantes del desvalor de acción, sin que sea en manera alguna solución satisfactoria el eventual recurso a alguna circunstancia agravadamente como la de ensañamiento, dada la diferencia que hay entre integrar algo como elemento del tipo o dejarlo como cuestión de eventual subsunción en una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, las cuales solamente han de usarse para valorar aquellos aspectos del hecho que aconsejan la imposición de la pena en su grado máximo, mas no aquellos que dan lugar a que el hecho en sí sea, por razones subjetivas u objetivas, más *justo*.

2. EL SISTEMA REGULADOR DE LAS LESIONES INTRODUCIDO POR LA LEY ORGANICA 3/1989, DE 21 DE JUNIO

Hay que advertir, ante todo, que la Ley Orgánica 3/1989 es una Ley de actualización del Código penal cuyo objetivo fundamental no era modificar el contenido del Libro II del Código penal, sino despenalizar un buen número de conductas que hasta ahora tenían el carácter penal de faltas. Las variaciones del Libro II vienen en su mayor parte forzadas por la desaparición o reformulación de la correspondiente falta. Y así sucede en las lesiones, en las que a partir de la reformulación de la falta de lesiones en el artículo 582 y aprovechando esa ocasión legislativa se introduce una más amplia reforma que alcanza también a los delitos de lesiones.

El sistema que se introduce conserva la distinción entre delitos y falta de lesiones. Por lo tanto no se ha creído posible o conveniente suprimir esa forma menor de ataque a las personas, lo cual, mientras subsista el Libro III, no tiene mayor importancia. Otra cosa es que en términos generales se pueda desear la total desaparición de las infracciones que hoy conocemos como faltas, grupo que tras la Ley que nos ocupa ha quedado notoriamente reducido.

2.1. Características técnicas de la nueva regulación

La primera lectura, y por comparación con el texto anterior, pone de manifiesto la desaparición total de los plazos de curación que hasta ahora venían siendo determinantes de la diferencia no sólo entre el delito y la falta de lesiones, sino también de las distintas gravedades de los mismos tipos de lesiones con categoría de delito (anterior artículo 420). Con ello el legislador recoge una crítica prácticamente unánime y que ya he citado anteriormente. A aquellas críticas puede añadirse una de índole médico-forense de especial importancia: la dificultad para señalar con la contundencia que un tipo penal exige

cuál es el plazo de curación de lesiones. En suma: acumulación de argumentos que convergen justificando sobradamente la decisión adoptada, por más que fuera un sistema al que se hubiera acomodado la práctica.

La desaparición de los plazos de sanidad o curación se traduce, y eso es lo realmente importante, en una *reestructuración de los tipos*, que dejan de ser aquellos delitos «determinados por el resultado», cuya significación y crítica ya he indicado antes. Los nuevos tipos cumplen con una garantía derivada del principio de culpabilidad toda vez que su formulación permite exigir que el dolo capte, desee y controle todo aquello que deba fundamentar o aumentar la pena, lo que no sucedía con el sistema anterior. Por supuesto son delitos de resultado, pero de un resultado cognoscible y deseable racionalmente por el autor. Quizá haya quien sostenga que el autor no puede saber si la lesión que produce va a necesitar o no asistencia médica más duradera o extensa que la simple primera cura (criterio diferenciador entre la falta y el delito de lesiones), pues eso es algo que depende en teoría del criterio del médico que asista al herido. Es cierto que ese dato escapa a la voluntad del autor y desde ese punto de vista puede cuestionarse si ese extremo es captable y controlable en el ámbito del dolo. Pero la necesidad de una asistencia médica más o menos duradera opera como un criterio definidor de la gravedad de la lesión, lo cual así es aprehensible por la voluntad del autor. Este, por ejemplo, puede imaginar perfectamente la distinción entre una contusión con subsiguiente hematoma, que ciertamente no va a requerir asistencia médica, y una herida que requiera sutura y control médico más o menos prolongado. Con ello no pongo en duda la posibilidad de que una persona determinada a causa de su particular debilidad física u otra causa (p. ej.: enfermo de hemofilia), pueda requerir asistencia médica por una lesión que a otro no le hubiera acarreado tal consecuencia; es cierto. Pero en esos casos se tratará de un *elemento desconocido por el autor*, y la consecuencia por lo tanto considerable fortuita, o bien esa debilidad o enfermedad será conocida por el autor, y en tal hipótesis deberá afrontar esa consecuencia de su acción, ya a título de dolo, ya de culpa.

Naturalmente la comisión culposa sigue siendo posible, pero como después señalaré, sólo en relación con las lesiones descritas en el artículo 420, que al igual que en el texto anterior, pero con un contenido radicalmente diferente, opera como tipo básico o nuclear del grupo.

2.2. Aspectos político-criminales más destacables

A mi juicio los dos aspectos más importantes de la Reforma introducida, en cuanto suponen una substancial modificación político-criminal, son la importancia que se otorga a la conducta agresiva

«*en sí misma*», como algo más importante incluso que su resultado y, en segundo lugar, la modificación de la regulación de la eficacia del consentimiento y de la capacidad para otorgarlo.

A esto debe añadirse, por supuesto, la substancial alteración introducida en el régimen de las faltas. De la lectura del antiguo artículo 582 CP, que permitía tener como faltas a lesiones que determinaran hasta quince días de incapacidad laboral o asistencia médica por el mismo tiempo, y su comparación con el actual artículo 420, se desprende que muchas de las conductas que hasta ahora quedaban reducidas a esa consideración penal pasarán a ser calificables como *delitos*. Se produce pues un *aumento de la represión* al reducir las faltas de lesiones a los ataques que no supongan pérdida de la capacidad laboral ni exijan asistencia sanitaria más allá de la primera atención. No creo que pueda hacerse objeción alguna a esta decisión del legislador, pues esas lesiones que hasta ahora quedaban en simples faltas recibían un tratamiento de incomprensible benignidad, tanto por la importancia del bien jurídico protegido (integridad física o de salud) cuanto por la dureza que muestra el mismo Código penal en la protección de otros bienes jurídicos de inferior importancia; que fuera más grave entregar un cheque sin fondos que dejar a una persona impedida durante catorce días para su trabajo habitual resultaba ciertamente escandaloso. Que el legislador haya considerado además que el nuestro es un país donde la violencia física surge con excesiva facilidad, y a partir de ahí se haya visto impulsado por razones de prevención general, es algo que no hay inconveniente en admitir, aun cuando el argumento de índole estadístico o sociológico creo que debe ceder la primacía de la motivación al esencial del desequilibrio en la protección penal de este bien jurídico. Ello no obstante, es indudable que la valoración de la «violencia» como problema criminológico está presente en la preocupación del legislador, y sólo así se entienden las referencias a la «acusada brutalidad en la acción» (artículo 421-1.º) o al uso de instrumentos «peligrosos para la vida o integridad de las personas» (art. 424).

3. GRAVES MUTILACIONES, LESIONES Y OTROS TRAUMATISMOS INTENCIONALES A PARTIR DE LA REFORMA

Tradicionalmente los artículos 418 y 419 del Código penal penaban la castración, esterilización y mutilaciones de miembros principales o no principales. La característica más acusada de estos dos preceptos, en comparación con el resto del grupo, es que se trataba de acciones necesariamente intencionales («de propósito»). En cuanto a su ámbito, hay que reconocer que era *reducido y desproporcionado*. Castración y esterilización venían igualadas bajo la conminación de

la pena de reclusión menor, valorándose así de la misma gravedad la «impotentia coeundi» y la «impotentia generandi», a pesar de la abismal diferencia que existe entre perder la capacidad de relación sexual y perder la capacidad de procrear, sin poner en duda la importancia de esta última. En cambio, la pérdida de sentidos como la vista o el oído intencionalmente producida no recibían el debido tratamiento punitivo. La pérdida de la vista difícilmente podía subsumirse en el concepto de «mutilación de órgano», pues la vista puede perderse sin necesidad de la extirpación de los ojos y la «mutilación» necesariamente ha de interpretarse como «cercenamiento físico». Lo mismo podía decirse de la pérdida del oído. Pero, además, quedaban fuera del ámbito de estas gravísimas lesiones producidas con dolo directo cosas tan graves como la anulación de la capacidad laboral o las enfermedades somáticas o psíquicas graves o incurables, amén de las dificultades ya comentadas para incluir estas consecuencias en el concepto mismo de «lesión».

Por estas razones el artículo 418 señala la pena de reclusión menor, a partir de ahora, para el que «...de propósito mutilare o inutilizare a otro de un órgano o miembro principal, le privare de la vista o el oído, le cause la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, una grave enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable...». Es de ver la desaparición de la referencia expresa a la «castración», que queda pues englobada en el concepto general de mutilación de órgano o miembro principal. La ceguera aparecía citada anteriormente en el derogado artículo 420-1.º, con las ya indicadas dificultades para la inclusión en el artículo 419 (ant.) los supuestos de ceguera intencionadamente causada. A partir de ahora esos casos quedan recogidos en el artículo 418, y desaparece la mención a la ceguera en las lesiones «básicas». A esto debemos añadir que ya no estamos ante delitos «determinados por el resultado»; por lo tanto, el «resultado de ceguera» ha de ser captado y querido por el dolo directamente, y los demás casos en que se produzca ceguera tendrán que remitirse, siempre que al menos concorra dolo eventual, al ámbito del artículo 421-2.º, el cual recoge los mismos resultados que en el artículo 418 se castigan con la pena de reclusión menor si son buscados con dolo directo, por lo que parece obligado entender que el artículo 421-2.º parte de la ausencia de esa clase de dolo y opera como norma subsidiaria respecto del 418.

La mención a la «aptitud laboral» es preciso interpretarla con precisión restrictiva. No se trata de la «capacidad para trabajar en alguna cosa», pues eso es algo mucho más amplio, sino de la posibilidad de trabajar precisamente en aquello para lo que la víctima estaba dotado, para lo que era «apto». En cuanto a la referencia a la «enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable...» puede parecer que se trata de una reiteración tautológica, pues la enfermedad psíquica es una enfermedad como otra, y la incapacidad

mental, que aquí ha de entenderse como sobrevenida (p. ej.: una actuación traumática sobre el cerebro), también podría conducirse al concepto genérico de enfermedad. Pero indudablemente el legislador, consciente de las limitaciones interpretativas con las que tropezaba anteriormente el concepto de lesión, y en el propósito de ofrecer una protección completa de la integridad física entendida como integridad corporal y de salud, y ésta en su más amplia acepción, ha preferido mencionar expresamente todas y cada una de las dimensiones del bien jurídico que se quiere proteger, el cual, justo es decirlo, aparece ahora con una *protección mucho menos fragmentaria que antes*.

4. MUTILACIONES NO PRINCIPALES Y ESTERILIZACION

El artículo 419 del Código penal recoge, al igual que sucedía antes de la Ley de Actualización, las mutilaciones de miembros no principales, a las que hasta ahora se refería, por exclusión, el párrafo 2.º del mismo artículo. Salvo este extremo el contenido del precepto ha variado substancialmente. Las mutilaciones de órganos o miembros principales, castigadas con la pena de reclusión menor, se incorporan al anterior artículo 418, que hasta ahora estaba consagrado en exclusiva, como sabemos, a la castración y esterilización, las cuales, parificadas en lo punitivo al homicidio se situaban tras el asesinato como los más graves ataques imaginables a la integridad, encabezando el Capítulo IV.

La situación ha variado notoriamente. Como ya he indicado, la esterilización deja de tenerse en la misma gravedad que la castración, y pasa a castigarse con la pena inferior en grado (prisión mayor). La misma pena se señala para la mutilación o «inutilidad» (concepto antes inexistente) de un órgano o miembro no principal y para la «deformidad» (concepto también nuevo). Además de que el anterior artículo 419 se refería únicamente a la mutilación de miembros no principales, la pena antes conminada era la de prisión menor, castigo benigno si se considera la gravedad potencial de las conductas intencionales que se enumeran.

5. LAS LESIONES COMUNES

Sin poner en duda la importancia de las transformaciones operadas en los artículos 418 y 419 hay que reconocer que, claramente, los cambios más importantes se han producido en lo que hasta ahora venían llamándose lesiones «graves» o comunes, cuya formulación y contenido experimentan modificaciones substanciales.

Ante todo, la anterior distinción entre lesiones «graves» (arts. 420 y 421), «menos graves» (arts. 422 y 423) y «leves» (falta del ar-

título 582), desaparece, quedando en su lugar un solo concepto de lesiones constitutivas de delito y una falta de lesiones. Las clasificaciones que han desaparecido no eran más que fruto de la separación de las lesiones en función de los días necesitados para su curación. Abandonando ese criterio dejaba de tener sentido cualquier distinción que en él se apoyara.

Pero eso no significa que las actuales compongan un grupo unificado bajo una sola e idéntica conminación penal. Las penas que pueden merecer los delitos de lesiones van desde la multa de 100.000 pesetas (párrafo segundo del art. 420) hasta la de prisión menor en su grado máximo (art. 421, párrafo primero). El intérprete podrá recorrer ese marco penal siguiendo los criterios que ofrece el Código, criterios que, y es importante decirlo, *descansa en buena parte en el arbitrio judicial*, abandonando el aritmetismo del sistema anterior.

Algunos resultados que se describen son, como ocurre en los artículos 418 y 419, nuevos en nuestras leyes penales. En cambio, algunos criterios *cualificadores* que existían en el texto anterior, desaparecen. Tal ocurre con el último párrafo del artículo 420, el artículo 423 (del texto anterior). Igualmente desaparecen tipos escasamente comprensibles que ofrecía la regulación anterior, como eran los contenidos en los artículos 421, o el párrafo segundo del artículo 422. Por último, las lesiones producidas en el ámbito de las relaciones de parentesco o de afecto experimentan también substanciales variaciones. De todas esas cuestiones me ocuparé por separado.

5.1. El tipo básico de lesiones

Teniendo como tipo básico aquel que menos aditamentos objetivos contengan, parece evidente que ese ha de ser el descrito en el párrafo primero del artículo 420, que declara: «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental será castigado con la pena de prisión menor, siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico...». El párrafo segundo del mismo artículo, dejando la cuestión claramente remitida al arbitrio judicial, permite reducir la pena, para esta misma lesión, e imponer la de arresto mayor o multa de 100.000 y 500.000 pesetas «...atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias de aquél (el hecho)...».

El criterio diferenciador más claro respecto de la falta de lesiones es la necesidad de tratamiento médico-quirúrgico. En que haya de consistir éste y cuánto tiempo puede durar es cuestión que no resuelve el texto legal, afortunadamente. Pero sin particulares esfuerzos interpretativos puede admitirse que tratamiento médico-quirúrgico será aquel que únicamente pueden dispensar profesionales de la sanidad y que,

además, resulta absolutamente imprescindible para lograr la curación del daño recibido. El problema de la duración del tratamiento puede aparecer como algo incomprensiblemente despreciado por el legislador, como si fuera lo mismo un tratamiento de dos días que de veinte semanas. Pero esa impresión puede superarse. En primer lugar porque si tan largo ha de ser el tratamiento es difícil que no concorra la cualificación establecida en el número 1 del artículo 421 (utilizar en la agresión armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado). En segundo lugar porque, existiendo un tipo atenuado aplicable a lesiones que también requieran asistencia médico-quirúrgica, es lógico pensar que el Juez que interprete la Ley apreciará la necesidad de fijar una aproximada esfera aplicativa de cada uno de ellos. Combinando ambas ideas puede razonablemente confiarse en que no tienen por qué recibir el mismo tratamiento punitivo conductas que sean o hayan producido resultados claramenté diferentes en entidad material. Pero en esta, como en otras cuestiones, el requisito previo para la discusión es decidir si se quiere confiar o no en el *arbitrio judicial*. El enfrentamiento, no resuelto, entre legalismo y arbitrio judicial viene del siglo XIX, y ciertamente es una cuestión delicada, e indiscutible cuando de garantías mínimas se trata, las cuales han de estar amparadas por un estricto legalismo. Pero la consecución de un derecho penal progresivamente adaptado al ideal de «individualización de la reacción», que haga cada vez más posible el tan invocado «juicio personal» propio de la culpabilidad, y que realmente pueda tomar en consideración los más distintos aspectos de cada caso, para ineludiblemente por la colaboración del Juez destinatario de la Ley para su aplicación, cuya importantísima función se ve imposibilitada con los sistemas de cerrada y tasada legalidad o abusiva casuística. Y un buen ejemplo de lo que acabo de decir lo ofrece precisamente la anterior regulación de los delitos de lesiones, exponente de esos defectos que, por lo mismo, se pretende superar con la nueva regulación de tales infracciones.

En lo que atañe al componente *subjetivo* del delito de lesiones en el artículo 420, párrafo primero, es evidente que en ningún caso puede concurrir dolo directamente orientado a la consecución de aquellos resultados, pues si así sucediera a buen seguro serían de preferente aplicación los artículos 418 ó 419. Los resultados descritos han de ser contemplados como «posibilidades racionales», en términos de dolo eventual y por delicado que resulte la remisión completa de una estructura delictiva a esa clase de dolo —que yo mismo he cuestionado por los riesgos que tiene de transformarse en una gatera por donde puede colarse de nuevo la responsabilidad objetiva, riesgo que sólo el Juez, ponderando cuidadosamente la prueba concurrente, puede obviar—. Ahora bien, *no es correcto entender que la totalidad del comportamiento se remite a la estructura de dolo eventual*, pues la

primera parte del mismo, es decir, el hecho de la agresión en sí mismo, *puede* estar cubierto por dolo directo. Y digo que «puede» porque en teoría no es desdeñable la posibilidad de que incluso la agresión obedezca a una decisión tomada subjetivamente bajo la forma de dolo eventual. Por ejemplo: el que en un parque público dispara un arco sabiendo que hay gente paseando, y despreciando ese hecho actúa con dolo eventual «desde el primer momento», es decir, desde la agresión misma. En la regulación anterior de las lesiones esta tesis no podía sostenerse fácilmente, toda vez que los medios agresivos legalmente determinados (herir, golpear, maltratar) eran frecuentemente tenidos como conductas causadas con dolo directo, quizá para compensar el que el dolo sólo hiciera obligatoriamente acto de presencia en ese momento de la ejecución del tipo, ya que el resto se fiaba, para su concreción, a la mera causalidad. En suma, en la actual regulación de las lesiones parece claro que la combinación de la expresión «causar lesión de cualquier modo» con la exigencia de dolo o culpa fijada en el artículo 1 del Código penal, deja abierta la posibilidad de comisión doloso-eventual y *culposa* (exclusivamente en relación con este artículo 420), en tanto que la búsqueda de una determinada especie de lesión con dolo directo trasladará el hecho, en la mayor parte de los casos, a las más severas tipicidades de los artículos 418 y 419.

5.2. La atenuación facultativa de la pena

El segundo párrafo del artículo 420 dispone que «...el hecho descrito en el párrafo anterior podrá ser castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, atendidas la *naturaleza de la lesión* y las *demás circunstancias* de aquél...». Indudablemente este párrafo segundo, que permite eludir la pena privativa de libertad, está llamado a tener una constante función en la práctica forense. Pero esta regla no señala la «pena mínima» imponible a las lesiones, sino un *tipo atenuado de lesión*, de manera que no se puede descender a ella en nombre de las reglas 1.^a ó 4.^a del artículo 61, o por una analogía en la medición hecha en referencia analógica al mismo. La presencia de una atenuante o la ausencia de circunstancia permitirán imponer la pena de prisión menor en su grado mínimo. Las circunstancias que menciona el párrafo segundo del artículo 420 no son las modificativas de la responsabilidad criminal, pues esas ya tienen previsto su efecto en lo punitivo. Ha de tratarse, pues, de otra especie de elementos fácticos o personales que proporcionen al ataque un sentido distinto; por supuesto, el tema no puede resolverse «a priori» dada su naturaleza de cuestión remitida al arbitrio judicial. En cuanto a la también mencionada «naturaleza de la lesión» cabe imaginar que ha de tratarse de lesiones que aun requiriendo formalmente tratamiento médico, éste sea de escasa entidad o duración (p. ej.: un sim-

ple control del proceso de cicatrización). Pero al igual que en el caso anterior está fuera de lugar sugerir una casuística.

6. LAS LESIONES CUALIFICADAS

Por las razones que en seguida comentaré, el nuevo artículo 421 supone el más profundo cambio introducido en el ámbito de las lesiones, puesto que es el *precepto que con mayor claridad expresa una nueva orientación político-criminal*. Así, estas cualificaciones no son simplemente tipos agravados —esa será su consideración técnica—, sino tipos que recogen aspectos de las conductas agresivas que anteriormente no estaban debidamente contemplados con los elementos que realmente debían determinar un cambio en la gravedad de las lesiones, y no el plazo mayor o menor de su curación. De los tres subtipos cualificados, dos (los números 1 y 3) se instrumentan prioritariamente sobre el *desvalor de acción*, mientras que el número 2 compone su injusto propio en función del *desvalor de resultado*. La combinación de los tres subtipos obligada, dado que forman un único precepto, permite apreciar una completa valoración de cualquier posible aumento del contenido antijurídico de la lesión.

6.1. El artículo 421-1.º: cualificación por los medios de la lesión

En la anterior regulación de las lesiones era legalmente «indiferente» el que, por ejemplo, la lesión se hubiera causado con un palo o con una pistola, con la mano o con un hacha. Y cualquiera puede admitir que el solo uso de una pistola, por su capacidad para causar la muerte, debería tener una traducción en el ámbito de la antijuricidad, salvo que ésta se cerrara sobre un estricto «objetivismo de resultados», despreciando cualquier otro ingrediente externo o interno de la conducta. En el ejemplo del hacha, u otros que se pueden sugerir, para la cual bastaría una breve lectura de los repertorios de jurisprudencia, el solo medio empleado pone de manifiesto una violencia atávica o particular intensidad del «impulso criminal», usando lenguaje carrariano. El influjo de la anterior regulación podrá llevar a alguno a cuestionar la oportunidad o fundamentación de estas causas de cualificación. Se dirá que si el bien jurídico protegido es la integridad física, lo único relevante será el que ésta se haya menoscabado y en qué medida, siendo secundario el medio empleado, pues éste «en sí mismo» no hace que el ataque sea más o menos injusto. Pero ese modo de razonar olvida algunas cosas importantes: a) que las normas penales no recogen solamente ideales dogmáticos, y eso suponiendo que existan tales ideales y que sean unánimes, lo que es mucho suponer; b) que con las normas penales se tiene que contribuir a la reali-

zación de una política criminal, y c) que los componentes subjetivos, además del dolo, y exteriores del acto, prescindiendo del resultado, son también y necesariamente elementos básicos para la configuración de un «hecho injusto», ya que el derecho penal no castiga simples «causaciones conscientes o imprudentes de resultados», sino «comportamientos humanos» contrarios a la convivencia desde su mismo comienzo, lo cual, por otra parte, habrá de tener su consecuencia en los casos de imperfecta ejecución del hecho, como después veremos.

Así pues, estamos ante una nueva configuración legal del injusto que incorpora lo que estaba ausente: una completa valoración del desvalor del acto y de su significación *político-criminal*. La cualificación, con su sola lectura, pone de manifiesto cuál ha sido el propósito del legislador: «(penas de prisión menor en sus grados medios a máximo) 1.º Si en la agresión se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o relevadoras de acusada brutalidad en la acción...». Prescindiendo de cuál sea la lesión que así se cause es evidente que se pretende reprimir la «creación de un *peligro*» (la Ley se refiere a armas... o formas *susceptibles* de causar graves daños...) *mayor* para la integridad física o la misma vida que el que se derivaría de una simple acción agresiva sin apenas más recursos que los físicos propios. Sería incorrecto, no obstante, entender que estamos ante un delito de riesgo, pues en modo alguno se trata de eso. Simplemente, la creación para el bien jurídico «vida o integridad» de un peligro *adicional* al propio ataque hace, por sí solo, que la lesión sea más grave, no en lo físico, pero sí en la valoración jurídica. Claro está que con eso se pretende reprimir la *violencia* como algo diferenciable incluso de la propia lesión a que pueda dar lugar. Y ciertamente, si la decisión político-criminal es la de combatir el problema criminológico de la violencia resulta obligado reprimir los más evidentes síntomas de esa tendencia o capacidad de determinados individuos. Lo mismo, prácticamente, puede decirse de la referencia a la «acusada brutalidad» puesta de manifiesto en la acción agresiva, expresión que a mi modo de ver no persigue otra cosa que cerrar mediante un concepto valorativo el campo típico de subsunción de la violencia peligrosa, si bien la idea de brutalidad puede referirse a la *personalidad* del sujeto puesta de manifiesto a través de su modo de agredir, aunque en verdad cuesta imaginar un medio «brutal» que no sea a la vez peligroso para la integridad del lesionado.

Por último, quiero referirme a una cuestión de aplicación de la norma que creo tiene indudable importancia, y a la que hice antes alusión: cómo repercute este tipo cualificado en los casos de imperfecta ejecución del hecho (tentativa o frustración). A mi modo de ver no puede existir duda alguna de que la tentativa o frustración lo serán del hecho descrito en el artículo 421-1.º, pues la cualificación no se funda en la gravedad del mal causado, sino en elementos de

desvalor de acción que, en el caso de delito intentado, *se han incumplido* perfectamente.

6.2. El artículo 421-2.º: cualificación por la especial gravedad del resultado lesivo

Dispone el artículo 421-2.º: «Si como resultado de las lesiones 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 quedado impedido de él». Observando los distintos resultados lesivos que señala este tipo cualificado resulta obligado fijar la diferencia entre éstos y los señalados en el artículo 420, sin olvidar que los del 421-2.º han de ser «necesariamente» más graves. A su vez habrá que trazar la línea divisoria entre el 421-2.º y los hechos a los que se refieren los artículos 418 y 419. La interpretación pone de manifiesto que los respectivos campos aplicativos pueden delimitarse con claridad. La frontera entre los artículos 418 y 419, de un lado, y el artículo 421-2.º de otro viene dada por lo *subjetivo*, como ya antes he indicado; aquellos preceptos describen conductas cuya tipicidad exige la concurrencia del dolo directo referido a los concretos resultados lesivos, mientras que en el artículo 421-2.º *se reduce la intensidad del dolo requerido* que será el directo o eventual para el acto agresivo y el eventual respecto del concreto resultado producido. Esta interpretación se impone si se tiene en cuenta que los resultados enumerados en el artículo 421-2.º son, con ligerísimas diferencias, *los mismos* que se señalan en los artículos 418 y 419, de modo que por el camino de la «objetividad» poco se podrá conseguir. Cuestión diferente, y de gran importancia, es si bastaría que el concreto resultado lesivo al que alude el artículo 421-2.º puede ser simplemente *captado e imputado a título de culpa*. El tema es difícil, máxime cuando se pretende precisamente superar una tradición en la que el resultado de las lesiones apenas tenía exigida presencia en la voluntad del autor. Antes he indicado que, a mi modo de ver, el resultado de la lesión ha de ser «representado mentalmente», con mayor o menor precisión, y con sentido. Si se abriera la puerta a una combinación de «agresión dolosa» con «resultado imprudente», amén de crear una figura de preterintencionalidad, siempre peligrosa, se producirían rechazables efectos técnicos: a) la combinación de dolo en la agresión más dolo eventual respecto del resultado producido *tendría la misma pena* que el hecho integrado por una combinación de dolo y culpa, lo cual sería equitativo; b) la «capacitación del resultado por culpa» deja a su vez la incógnita sobre si habrá de ser culpa consciente o inconsciente, lo que contribuye a confundir aún más los contornos de la infracción; c) la configuración de las lesiones imprudentemente causadas tropezaría con enor-

mes dificultades en orden a su diferenciación de las causadas con combinación de dolo y culpa. Es cierto que la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente es en ciertas zonas poca precisa, hasta el punto de que, como sabemos, no ha faltado quien (Rodríguez Muñoz) sostuviera que lo más adecuado en derecho español era tratar el dolo eventual como culpa consciente. Pero si nos encontramos forzados a buscar una delimitación subjetiva con los artículos 418 y 419 y, de otra parte, ceder una zona al ámbito de la comisión por imprudencia, no queda otra salida que la de admitir una solución a través del dolo eventual, por riesgos que ésta tenga, pues más riesgos aún para el principio de culpabilidad tiene el admitir que el resultado, indiferenciadamente, puede ser atribuible a título de dolo eventual, de culpa consciente o de culpa inconsciente.

El artículo 421-2.º también ha de diferenciarse del básico artículo 420. La contemplación de ambos pone de manifiesto que el 421-2.º establece una cualificación simplemente porque los resultados son más graves, pero por lo demás ambos tipos son iguales, es decir, no registran diferencias en lo subjetivo. En lo *objetivo* (los resultados) sí es posible apreciar ámbitos separados. *Los resultados descritos en el artículo 421-2.º son más graves y, además, están específicamente descritos*, en tanto que los del artículo 420 se definen con una *fórmula genérica* (menoscabo de la integridad o de la salud física o mental). De ese modo, *el artículo 420 resulta subsidiario respecto del 421-2.º*, pues al 420 irán a parar, todos los resultados que no puedan incluirse en alguna de las descripciones que hace el artículo 421-2.º

6.3. El artículo 421-3.º: La cualificación por tortura

La Ley de 17 de julio de 1978 introdujo en el Código español el delito de tortura, situándolo en el artículo 204 bis, como uno de los «delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona conocidos por las leyes». Con esa Ley se satisfacía una exigencia básicamente política, además de salir al paso de una práctica más o menos demostrada o frecuente en su momento, pero en cualquier caso odiosa hasta la repugnancia. Naturalmente aquí no voy a ocuparme del problema general de la tortura, sino de la significación que puede tener el que la Ley de Actualización del Código penal haya incluido esta cualificación entre las lesiones.

Al poco de aparecer la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, se han alzado voces críticas contra la presencia de la agravación por tortura entre los delitos de lesiones, pues opinan que la tortura, necesariamente, ha de ser un delito *especial o propio* que solamente pueden cometer *funcionarios públicos*. Personalmente estoy de acuerdo con que la tortura, en sentido estricto, únicamente es referible a actos de funcionarios públicos, pues la tortura es en esencia la más abomi-

nable manifestación del abuso de poder. Advertido esto, que creo es importante, veamos cómo se sitúa la cuestión en nuestra Ley positiva a partir de la última modificación.

El legislador español no ha sido plenamente respetuoso con un concepto de tortura indisolublemente ligado a la actuación de funcionarios públicos, pues en un delito común como es el robo con violencia o intimidación en las personas también incluyó la cualificación por empleo de tortura (art. 501-4.º) y evidentemente no se estaba pensando en robos «cometidos por funcionarios». En segundo lugar, resulta imprescindible, para poder tomar posición, ver cuál era el régimen de las lesiones infligidas mediante tortura con anterioridad a la Ley de Actualización. A mi juicio, el delito de tortura descrito en el artículo 204 bis está concebido como una figura de agravación de los delitos a los que alude, entre ellos, el de lesiones (en este sentido, Vives Antón). Por ese motivo se ha dicho que quizá hubiese sido más práctico cualificar cada una de las figuras concretas citadas con la mención a la tortura (como ahora ha hecho el nuevo art. 421). Sea como fuere, unas lesiones graves del anterior artículo 420-3.º, por ejemplo, si se producían mediante tortura, llevaban aparejada la pena de prisión menor en su grado máximo más la de inhabilitación especial. ¿Cuál es la situación actual? La respuesta es algo compleja, pero sólo aparentemente:

Las mismas lesiones citadas antes como ejemplo, dado que ahora pertenecen al ámbito del artículo 419 y que, además, la lesión por tortura es *intencional*, daría lugar a la imposición de la pena de prisión mayor en su grado máximo más la de inhabilitación especial, de acuerdo con lo señalado en el párrafo primero del artículo 204 bis. Así pues, se ha registrado una importante *agravación* del castigo.

Pero el problema más importante no es solamente ése, sino decidir *quién* puede realizar este tipo cualificado y cuál es su estricto *ámbito de aplicación*. En cuanto a lo primero parece que, pese al entendimiento de la tortura como delito de los funcionarios públicos, resulta obligado, admitiendo la quiebra de ese principio producida ya en el artículo 501-4.º, entender que esta cualificación por tortura va referida a *cualquier persona*. Eso fuerza a *definir la tortura prescindiendo de su autor*, lo que no es fácil, puesto que la reducción de la esfera de posibles autores facilitaba la formulación de un concepto de tortura: lesión causada por el funcionario aprovechándose de su posición y en el ámbito de su función. Pero si el autor del hecho, a efectos del artículo 421-3.º, puede ser cualquiera, habrá que encontrar otro modo de entender la tortura, y que tendrá que reducirse a las ideas de *superioridad e impotencia* de la víctima, completadas con las de *frialdad o deleite* en la agresión. Claro está que ello excluirá por inherente la apreciación de la circunstancia agravante de enajenamiento.

En cuanto al ámbito de aplicación del artículo 421-3.º, el proble-

ma viene determinado por pago a lo que ya antes he hecho mención: el *componente subjetivo de la lesión causada mediante tortura*. Si se acepta que los artículos 418 y 419 describen conductas de dolo directo y que el artículo 421-2.º enumera resultados que, de ser causados de propósito, determinan la aplicación de aquéllos, y a eso añadimos que las lesiones causadas por tortura no merecen el beneficio de la duda en cuanto a la concurrencia de dolo directo, la conclusión que extraeremos es que la cualificación de tortura a la que alude el número 3 del artículo 421 solamente es aplicable, tal como dice el párrafo inicial del artículo 421 («Las lesiones del artículo anterior...») a las *lesiones del artículo 420 no causadas por funcionarios públicos en el ámbito de su actividad profesional*, pues en ese caso resultaría de preferente aplicación, por disponer pena mayor, la regla del artículo 204 bis. La crítica que quizá puede hacerse es que el uso de tortura debería cualificar, en tal caso, a cualquier clase de lesión causada por un particular, pero el legislador ha entendido que en los restantes y más graves casos la intencionalidad de la lesión ya lleva aparejada mayor pena, amén de que respecto de los artículos 418 y 419 no queda vedada la posible apreciación de la agravante de ensañamiento o la de abuso de superioridad. A ello hay que añadir lo regulado para la falta (vid. infra 11.1).

7. EL TRATAMIENTO TECNICO DE LAS CONDUCTAS DESCRITAS EN PRECEPTOS DEROGADOS POR LA LEY ORGANICA 3/1989, DE 21 DE JUNIO

Algunas normas existentes en la regulación de las lesiones que hasta ahora ha estado vigente han desaparecido con la Ley de Actualización. En ningún caso se trata de «descripciones» de lesiones, sino de cualificaciones o ampliaciones de los modos comisivos que acogía la legislación anterior. Como veremos, ninguna de las normas suprimidas justificaba actualmente su presencia en el Código:

7.1. La cualificación de las lesiones por parentesco o por concurrir las circunstancias propias del asesinato

El último párrafo del anterior artículo 420 disponía: «Si el hecho (la lesión) se ejecutare contra alguna de las personas que menciona el artículo 405..., las penas serán las de reclusión menor, en el caso del número 1, la de..., etc. (se aumentaban respectivamente en grado)». La misma regla se observaba si concurría alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 406. La nueva regulación de las lesiones no contempla reglas análogas a éstas. Indudablemente el legislador ha entendido que no era preciso. Y ello tanto porque se han aumentado en general las penas correspondientes a las lesiones como por

que el régimen de las circunstancias mixta de parentesco y de las circunstancias agravantes resulta suficientemente exasperador de las penas imponibles.

La violencia en el grupo familiar, además, es objeto de un nuevo tipo de delito (el art. 425, nuevo), del que después me ocuparé. Siendo así no es posible entender que la Ley de Actualización implica una rebaja en la protección de las relaciones familiares, y lo digo prescindiendo de mi personal parecer acerca de la relevancia que el parentesco hubiera de tener en las lesiones o incluso en los delitos contra la vida, que entiendo que debiera de ser escasa o nula.

7.2. Las lesiones engañosas y abusivas del anterior artículo 421 CP

Este precepto, como se recordará disponía que «las penas del artículo anterior son aplicables, respectivamente, al que sin ánimo de matar, causare a otro alguna de las lesiones graves administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credibilidad o flaqueza de espíritu...». Hay que reconocer que como norma positiva resultaba un tanto insólita por el contenido y por el lenguaje empleado. Pero en el contexto de la anterior regulación de las lesiones puede ser comprendida: la administración de sustancias o bebidas tóxicas se presentó al legislador histórico como un modo de lesionar que no podía incluirse entre los de «herir», «golpear» o «maltratar», por tratarse de conductas cuyo significado lingüístico no admitía extensiones. Actualmente, y dado que el artículo 420, básico en la definición de las lesiones, declara típica la conducta del que «...por cualquier medio o procedimiento...» cause una lesión, los modos de lesionar son ilimitados, de manera que la lesión causada administrando bebidas o sustancias se incluye sin problema alguno.

En cuanto al segundo inciso de ese desaparecido artículo 421, la cuestión es diferente. Como se recordará equiparaba las lesiones causadas suministrando sustancias nocivas con las producidas «...abusando de su credibilidad o flaqueza de espíritu...». Parece que el legislador histórico contemplara dos situaciones diferentes: una en la que el que ingiere la sustancia tóxica es engañado, como si fuera «envenenado», pero sin que el autor tuviera intención de matarlo —y así lo advertía el mismo tipo—, y otra en la que la ingestión de la sustancia tóxica se produce contando con o aprovechándose del poco criterio o de la inmadurez de la víctima. Esta segunda situación, técnicamente, no es otra cosa, en lo objetivo, que una lesión causada a sí mismo por la propia víctima. Si es así, y siempre que se pueda demostrar que el autor del hecho controló el comportamiento de la víctima, a la que manejó libremente dominando su voluntad, estaremos en presencia de una lesión causada en *autoría mediata* en la que el *instrumento* ha sido la *propia víctima*, y en tal caso podrá subsu-

mirse también directamente en la fórmula del artículo 420, o en la del 421-2.º, si el caso se diera.

7.3. Las lesiones injuriosas del anterior artículo 422

El texto derogado en el artículo 422 contenía dos párrafos. El primero de ellos describía las llamadas lesiones «menos graves», que eran aquellas que determinaban incapacidad laboral o necesidad de asistencia médica por un tiempo de entre quince o treinta días. Como sabemos, la distinción entre lesiones graves y menos graves, al igual que el criterio de duración de la lesión, han desaparecido. El segundo párrafo, diferente y extraño como precepto incluido entre los delitos contra las personas, contenía una curiosa forma lesiva: «cuando la lesión menos grave se causare con intención manifiesta de injuriar o con circunstancias ignominiosas, se impondrá, además del arresto mayor, una multa de 20.000 a 100.000 pesetas». Evidentemente así se quería valorar la posibilidad de que el ataque hubiese ofendido a la vez a dos bienes jurídicos: integridad física y honor. Siendo así parece claro que la aplicación de este segundo párrafo impedía la teórica posibilidad de un concurso ideal entre lesiones menos graves e injurias, consecuencia claramente *beneficiosa* para el autor, pues la aplicación de las dos figuras de delito hubiera dado lugar a dos penas de arresto mayor, mientras que con la regla de ese segundo párrafo del artículo 422 el componente injurioso se saldaba con una multa, o, visto desde la injuria, ese era el castigo por la dimensión lesiva del hecho. En suma, un precepto con poco sentido en la actualidad y técnicamente censurable, por lo que resulta fácil comprender su desaparición, sin que por ello se haya de poner en duda la posibilidad formal de que se dé un concurso ideal entre lesiones e injurias, aunque sea poco imaginable, en cuyo caso se acudiría a las reglas de concurso ordinarias.

7.4. Las lesiones a padres, ascendientes, tutores, maestros y personas constituidas en dignidad o autoridad pública, del anterior artículo 423

El derogado artículo 423 contenía un *tipo cualificado* de lesiones menos graves para cuando la víctima fuera «padre o ascendiente». Se observaba así un paralelismo con el último párrafo del artículo 420, que hacía mención a las personas comprendidas en el ámbito del artículo 405. Había, como es de ver, una clara diferencia: las lesiones menos graves causadas a los *descendientes* no se consideraban cualificadas, de acuerdo con una tradición legal, rota en la Reforma de 1983, que acogía el derecho de corrección. En el artícu-

lo 423 no se mencionaba el derecho de corrección siquiera, sino que simplemente las lesiones menos graves causadas a los hijos no tenían pena agravada. Esta inaceptable ausencia, unida a la suficiente exasperación punitiva que permite la circunstancia mixta de parentesco, justifica la desaparición de la cualificación.

El párrafo segundo del mismo artículo extendía la cualificación del siguiente modo: «En la misma pena (prisión menor) incurrirá quien infiera dichas lesiones, o las comprendidas en el número 4 del artículo 420, a su tutor, maestro o persona constituida en dignidad o autoridad pública». Además del defecto técnico de señalar la misma pena (prisión menor) para dos lesiones de diferente gravedad (la menos grave y la grave del art. 420-4.º), según los criterios de la legislación derogada, la cualificación carecería de sentido. El autor está ya en el ámbito del artículo 11 por mantener una relación análoga a la paterno-filial; la mención al maestro forma parte también de un fenecido concepto de las relaciones docentes. Por último, la referencia a autoridades o dignidades públicas resulta innecesaria, existiendo en el artículo 231 el delito de atentado, que en su caso entrará en concurso real con la lesión causada.

8. LA NUEVA REGULACION DE LAS LESIONES EN RIÑA TUMULTUARIA

Entramos ahora en una figura que estaba en la regulación anterior de las lesiones y subsiste en la nueva, pero con profundas modificaciones. El anterior artículo 424 describía, con una remisión al artículo 408, las lesiones causadas en riña tumultuaria. A partir de la Ley 3/1989, de 21 de junio, el artículo 408 CP, que describía la muerte en riña tumultuaria, queda sin contenido (art. 12, Ley 3/1989). Siendo así, el artículo 424 ha de describir por sí solo la conducta que castiga, y lo hace así: «Quienes riñeren entre sí, acometiéndose confusa y tumultuariamente y utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio».

El transcrito precepto resume toda la actuación del derecho punitivo en el ámbito de lo que se viene conociendo como «riña tumultuaria». Se termina así con una tradición legal visible en los desaparecidos artículos 408 y 424, que había suscitado constantes críticas doctrinales, que a su vez habían arreciado a partir de la plena sumisión del sistema legal a las garantías derivadas del principio de culpabilidad, pues ambas figuras eran incompatibles con el mismo por ofender a la *prohibición de responsabilidad objetiva*, al *principio de personalidad de la pena*, y a la *seguridad jurídica*. Por definición, en ambos preceptos la pena venía conminada para alguien del que

lo único que se sabía con certeza era «que no era el autor del mal causado, fuese muerte o lesión». A partir de ahí se argumentaba que el fundamento de la responsabilidad criminal se contraía al hecho de haber participado en la riña y haber ejercido alguna violencia sobre el que luego sería víctima. Por supuesto el «dolo» tan sólo abarcaba el hecho mismo de entrar o participar en la riña, y, en su caso la violencia ejercida, pues en modo alguno el resultado de muerte o lesión podía ser imputado ni a título de dolo ni a título de culpa. Luego entonces, la pena señalada no tenía relación con lo que el autor hubiera querido o hubiera previsto o podido prever, y no se podía tampoco admitir el argumento de que era un castigo fundado en la «sospecha» o en la «necesidad de que alguien responda», como entendían los comentaristas decimonónicos.

El problema no es en la práctica muy importante, como demuestra la casi nula aplicación que venían teniendo los desaparecidos artículos 408 y 424, pero de todos modos su derogación venía siendo reclamada unánimemente, y ya la PANCP de 1983 la propuso. Ha sido ahora, a través de la Ley de Actualización, cuando por fin han sido eliminadas ambas. En su lugar, siguiendo la pauta marcada por la PANCP de 1989 y otras legislaciones, se introduce una *figura única* de delito de participación en riña portando armas o instrumentos peligrosos, sin necesidad ni contemplación legal de resultado alguno. De producirse éste, ignorándose su autor doloso, no podrá ser imputado a nadie, ni afectar a la pena imponible, la cual se funda exclusivamente en el hecho de intervenir en la riña, cosa que perfectamente puede ser decidida y querida por el autor dolosamente. La pena que se señala (arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio) se desvincula de cualquier resultado lesivo.

9. LOS MALOS TRATOS EN EL GRUPO FAMILIAR

La Ley de Actualización ha incorporado al Código penal un nuevo delito, que aparece en el número 425 del actual articulado, que reza: «El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor». De la lectura se desprende, en principio, que se trata de una infracción integrada por los malos tratos sistemáticos. El legislador, en el Preámbulo de la Ley justifica su introducción en el Código así: «Respondiendo a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una

sucesión de faltas, se producen de modo habitual». Estos datos permiten algunas reflexiones:

En el terreno político-criminal es indudable que el legislador ha sido sensible a la frecuencia de los malos tratos sistemáticos de los que habitualmente son víctimas mujeres o niños. La intervención penal viene pues explicada por ese motivo, recordando que esa actuación punitiva no es nueva totalmente, pues hasta ahora estos hechos podían subsumirse en la falta del número 2 del artículo 583, que describía los malos tratos aislados y no constitutivos de lesión. Pero esta infracción, que con algunos cambios permanece ahora en el párrafo segundo del artículo 582, se ha mostrado como insuficiente, aunque sólo sea por la escasa capacidad intimidatoria que tienen las penas correspondientes a las faltas, amén del esfuerzo que suponía acudir a un procedimiento judicial cada vez que se produjera un maltrato. Claro está que existen, y no se deben ignorar, otros problemas que rodean este tipo de desgraciados sucesos, como son las situaciones de incultura, subdesarrollo, alcoholismo, etc., que conforman el ambiente en que con más frecuencia se producen los malos tratos. A ello se añade la necesidad de soluciones legales, que no puede ofrecer el Código penal —cosa similar ocurre en el campo de los delitos relativos al uso de niños en la mendicidad— para la custodia y protección de las víctimas de unos hechos, pues el problema evidentemente no se resuelve con la imposición al culpable de una pena de arresto mayor. Pero ciertamente eso es lo más que puede hacer el Derecho penal: contribuir con sus toscos y reducidos medios a una política general de protección de los miembros más débiles del grupo familiar, contribución que puede resultar meramente simbólica si no va acompañada de otras medidas.

En el plano técnico-jurídico el tipo que se introduce ofrece algunas cuestiones interesantes. La más sobresaliente, y que quizá esté llamada a suscitar alguna crítica, es que la infracción se configura aparentemente como *delito de hábito*. Esta clase de figuras, poco abundantes en nuestro Código, son censuradas doctrinalmente porque se consideran peligrosas para el llamado *dogma del hecho*, según el cual el derecho penal ha de contraer su intervención a hechos concretos y precisos y deben rechazarse las normas incriminatorias de modos de vida o de conductas más o menos frecuentes, como son, por ejemplo, las de rufianes (art. 452 bis c) o usureros (art. 542). Este rechazo se inspira también en que en los delitos de hábito se ve, además de la infracción del principio de culpabilidad por el hecho, una especie de «derecho penal de autor» incompatible con la seguridad jurídica. Ciertamente la crítica básica a los delitos de hábito es *válida* y respetable; pero también es cierto que determinadas conductas solamente adquieren su exacto significado cuando son habituales. Por eso creo que el problema reside en lograr fórmulas *que concilien ambos extremos*, seguridad jurídica y respeto al hecho, de una parte, y valoración

integral de la conducta cuando su reiteración configure un problema diferente y más grave. Y en el delito que nos ocupa eso se consigue. La crítica en contra tendría razón de ser si los hechos aisladamente considerados fueran jurídicamente *irrelevantes*, como por ejemplo, es irrelevante aceptar *una vez* dinero de una mujer obtenido a través de su prostitución. Pero si los hechos reiterados son de por sí *relevantes penalmente*, lo que se castigará no será ya una forma de vivir o una costumbre más o menos reprobable socialmente, sino una sucesión de pequeñas infracciones que arrojan una figura más cercana a lo que se conoce como delito continuado, en el que la valoración de la antijuricidad se hace tomando el conjunto de hechos para evitar que la escasa entidad de cada uno de ellos haga que la separación de los procesos se transforme en un beneficio para su autor. En los malos tratos en el grupo familiar sucede algo parecido, pues la *violencia física* a la que se refiere el precepto, *aisladamente considerada configuraría una falta*, concretamente la del actual artículo 582, párrafo segundo, que dispone: «El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fueren los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad o los hijos menores la pena será de arresto menor en toda su extensión». Siendo así puede afirmarse que no estamos ante un delito construido sobre la acumulación de actos atípicos, que es precisamente lo que se critica a propósito de los delitos de hábito, sino de una infracción nutrida por la concurrencia sucesiva de actos (violencias físicas) que aisladamente constituirían faltas, y por ello se trata en realidad de una especial figura de falta que por ser *continuada* asciende a la condición de delito.

Con este precepto el planteamiento legal del problema de las agresiones o violencias en lo que puede llamarse grupo familiar queda como sigue: a) los delitos de lesiones podrán exasperar su pena mediante la circunstancia mixta de parentesco; b) los malos tratos sistemáticos o reiterados constituirán con su acumulación el delito descrito en el artículo 425, sin que, naturalmente, pueda apreciarse la circunstancia de parentesco por ser inherente, y c) los malos tratos aislados podrán subsumirse en la falta del párrafo segundo del artículo 582.

10. EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES

De enorme trascendencia es la reforma operada en materia de relevancia del consentimiento y capacidad para otorgarlo introducida por la Ley 3/1989, de 21 de junio. A partir de ella el artículo 428 del Código penal dispone: «Las penas señaladas en el Capítulo ante-

rior se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado». No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. *Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.* «El consentimiento a que se refiere el párrafo segundo de este artículo no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del artículo 422 de este Código.»

Respecto del texto anterior, que a su vez procedía de la reforma de 1983, la novedad viene dada por el inciso que he destacado y que, como es de ver, abre la posibilidad de esterilizar a incapaces que por sí mismos no pueden otorgar consentimiento válido. De este modo el problema del consentimiento en las lesiones adquiere un rumbo nuevo en su ya sinuosa evolución desde 1963, y cuyos grandes rasgos pueden resumirse así:

Hasta 1963 el CP, como es sabido, nada decía acerca de la eficacia o ineficacia del consentimiento, pese a que en la doctrina se sostenía que en determinados casos tenía que ser necesariamente eficaz. A partir de 1963 se introduce una fórmula en el artículo 428, que declara en términos generales la «irrelevancia» del consentimiento, lo cual no resuelve el problema pues el análisis de determinadas situaciones pone de manifiesto que el consentimiento es relevante. Esta situación se mantendrá hasta la Reforma penal de 1983. Entretanto se promulga la Constitución de 1978, circunstancia que sirve a algún autor para reclamar la inconstitucionalidad de aquel artículo 428, que declaraba la irrelevancia del consentimiento, por ser contrario a la dignidad de la persona y a los principios inspiradores del Estado social y democrático de Derecho (Berdugo).

Evidentemente, el legislador de 1983 no entendió que la Constitución de 1978 tuviera esas consecuencias para la pervivencia de la norma declarante de la irrelevancia del consentimiento, y en su virtud mantuvo en el artículo 428 una primera *declaración general de irrelevancia*. Pero, y esa es la diferencia con la situación anterior, introduce además un segundo párrafo por el que se exceptuaba de la regla de la irrelevancia los casos en los que el consentimiento hubiera sido prestado para trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual. De esta manera el legislador aceptaba un planteamiento esencial que no siempre ha sido debidamente comprendido: no toda actuación

médico-quirúrgica está amparada por la eximente de ejercicio legítimo del oficio, como algunos sostienen para argumentar en favor de la irrelevancia del consentimiento. Y, del mismo modo, no toda actuación médico-quirúrgica está necesariamente orientada a la «curación de una enfermedad», salvo que los conceptos de curación y enfermedad se interpreten muy laxamente.

Claro está que el problema del consentimiento en las lesiones no se contrae a las actuaciones médico-quirúrgicas; pero éstas ocupan la mayor parte del mismo, pues normalmente las alteraciones corporales de cualquier especie se producirán mediante cirugía. La tesis que pretende resolver a través de las eximentes estos problemas olvida que incluso las intervenciones quirúrgicas curativas han de ser consentidas por el enfermo, si está en condiciones de hacerlo. El problema penal más agudo venía, no obstante, planteado en aquellos casos en los que el consentimiento prestado al médico era irrelevante porque el «objeto» de la intervención se consideraba «inaceptable» (esterilización voluntaria, cirugía transexual) según criterios morales no dominantes, pero sí impuestos. Ese obstáculo legal se resuelve en 1983, y desde entonces el consentimiento es eficaz para legitimar la actuación médica en esas intervenciones. El trasplante de órganos, afectado por problemas distintos de los morales antes aludidos, entra también en este grupo de autorizaciones por cuanto el trasplante, curativo para el receptor, no tiene tal carácter para el donante. Y el que no se haga mención a las intervenciones quirúrgicas curativas no significa que éstas puedan hacerse contra la voluntad del enfermo; lo que sucede es que ése no es ya un problema de «consentimiento en las lesiones», entendida la lesión genéricamente como ataque a la salud o integridad, pues con la intervención quirúrgica se persigue justamente lo contrario, devolver la salud, y por lo tanto el bien jurídico protegido en las lesiones no resulta atacado, sino que, al contrario, el autor actúa en favor de su preservación precisamente. *Por ello está fuera de lugar tratar la intervención médica en el ámbito de la validez del consentimiento para ser lesionado*, pues su correcto campo de discusión ha de ser, en su caso, el de los delitos contra la libertad, puesto que una intervención quirúrgica «impuesta» al paciente, aunque sea por su bien, puede constituir delito de coacciones; y será en tal caso cuando el médico podrá invocar las eximentes de estado de necesidad o de legítimo ejercicio del oficio, aunque no estoy con ello diciendo que éstas hayan de ser necesariamente apreciadas siempre.

Así pues, con la Reforma de 1983 se produjo un cambio esencial en relación con la eficacia del consentimiento, permitiendo que éste tuviera virtualidad en situaciones en las que sostener lo contrario iría directamente contra derechos constitucionales fundamentales. El deber, también de raíz constitucional, del Estado de preservar y promover la salud y el bienestar determina que la regla del artículo 428 no contemple una validez «sin excepciones» del consentimiento, de

manera que es inconcedible que una «mutilación gratuita y consentida» quede fuera del derecho penal, y ello incluso aceptando que quien, por ejemplo, accede voluntariamente o solicita que le corten una mano o una oreja está en normal y pleno uso de sus facultades intelectuales, cosa en principio dudosa.

Pero en el ámbito de la *esterilización consentida*, incorporada al artículo 428 en 1983, no todo había quedado resuelto. Ciertamente el origen de la cuestión se sitúa, normalmente, en que la procreación ha de ser voluntaria y querida y a nadie se le puede obligar a procrear si no lo desea, por lo cual cualquiera es dueño de anular su capacidad reproductora a fin de poder disfrutar de su sexualidad sin riesgos. Ambas cosas se fundan en el derecho a la libertad e intimidad personales. Mas cuando ese problema se traslada a personas incapaces psíquicamente de prestar un consentimiento válido el tema adquiere otros caracteres. El dato sociológico que influye en el legislador es claro: por más que yacer con una mujer privada de razón pueda constituir una violación, es desgraciadamente cierto que con frecuencia mujeres afectadas por graves enfermedades mentales (por ej.: la oligofrenia) quedan embarazadas cuando a veces ni ellas mismas saben lo que eso significa; y el problema resulta aún más dramático cuando, como a veces ocurre, también el progenitor es un enfermo mental.

A partir de ahí se produce un creciente estado de opinión, impulsado especialmente por las personas responsables de la guarda y custodia de incapaces, que reclaman una actuación legislativa que facilite la intervención esterilizadora, pues de lo contrario el médico se exponía a las graves penas que señalaba el antiguo artículo 418, sin perjuicio de que alguno, en nombre de su conciencia, haya practicado esterilizaciones a incapaces desafiando ese peligro. Naturalmente esa no podía ser la solución, sino que el Estado venía obligado a cometer una reforma legal que hiciera jurídicamente correcto lo que, por el bien de las mismas personas afectadas, resultaba mejor para ellas. Con esto, además de obviar el problema del nacimiento de prole no deseada «por incapacidad para desear o no desear», evitando el recurso al aborto ético o eugenésico —solución cuyo traumatismo no puede ocultarse— se logra algo que a menudo se olvida cuando se debate este problema: *facilitar a esas personas incapaces psíquicamente el acceso a la sexualidad sin riesgos o peligros para ellos*, pues toda solución distinta de la de consentir su esterilización entraña inevitablemente una especie de control de castidad, tan inhumano como de difícil práctica, y ello sin entrar en que supone la privación de una de las manifestaciones de la libertad a la que no deja de tener derecho también el incapaz, cuya libertad solamente puede limitarse en la medida en que lo exija la seguridad de los demás.

La fórmula que introduce la Ley de Actualización está llena de cautelas, como es lógico. Ante todo se limita a incapaces que adolez-

can de «grave deficiencia psíquica», expresión que el legislador utiliza con el propósito de que no se extienda la regla a cualquier enfermedad mental. Además de ello, la autorización para la esterilización del incapaz la deciden el Juez y el representante legal del incapaz, que ha de solicitarla, y ello tomando en consideración el dictamen de dos especialistas, previa exploración del incapaz, y oído el Ministerio Fiscal. Más cautelas o precauciones legales no podían tomarse.

11. LA FALTA DE LESIONES

La falta de lesiones o de malos tratos físicos que hasta ahora se encontraban en los artículos 582 y 583, números 1 y 2, pasan a partir de la Ley de Actualización al artículo 582 (nuevo), pero con un contenido distinto. El texto actual dispone: «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que no precisare tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa, será castigado con la pena de arresto menor, salvo que se tratare de alguna de las lesiones del artículo 421». «El que golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión.»

Por razones que en seguida veremos conviene analizar los dos párrafos por separado, pues abordan problemas diferentes (sus respectivos antecesores estaban en artículos diferentes).

11.1 El primer párrafo y el concepto de lesión

El párrafo primero del nuevo artículo 582 describe la falta de lesiones que se sitúa tras el delito. A diferencia del sistema anterior el criterio diferenciador no es ya el tiempo de incapacidad laboral o de asistencia médica o facultativa. Es más, de acuerdo con el nuevo precepto la más pequeña duración del tiempo de asistencia necesario, es decir, más allá de la primera cura, hace que el hecho pase a ser considerado delito de acuerdo con el párrafo primero del artículo 420. Pero a la consideración de delito se puede llegar también sin necesidad de que sea preciso asistencia prolongada si el hecho integra alguna de las lesiones del artículo 421. Nótese que el legislador no ha definido la lesión constitutiva de falta por simple camino de decir que es aquella que no cabe en el artículo 420. Por ello ha de resultar obligado examinar cuál es o en qué consiste una lesión constitutiva de falta. En cambio la advertencia de que el hecho no pueda integrar

alguno de los tipos que contiene el artículo 421 obedece a otras razones político-criminales. Por supuesto, esa mención al artículo 421 ha de entenderse hecha solamente a los números 1 y 3 del mismo, pues el segundo, que describe graves consecuencias de la lesión, nunca podrá derivar de una lesión que no haga precisa asistencia médica. Así pues, *la remisión es válida para aquellos casos en los que, aun cuando no haya sido precisa asistencia facultativa más o menos prolongada, el autor ha usado medios o instrumentos capaces de causar grave daño o ha empleado tortura*. En ambos casos el hecho será delictivo con independencia del daño objetivamente producido.

Este primer párrafo del artículo 582 obliga a construir un concepto de «lesión» que pueda diferenciarse del «golpe o maltrato»; y ese concepto no puede ser otro que el de «alteración», por mínima que sea, de la integridad física. Claro está que habrá situaciones fronterizas de difícil solución; por ejemplo, un hematoma, que no requiere curación alguna, no deja de ser una alteración en cuanto implica pequeñas roturas de algunos capilares, y por lo tanto tendría que incluirse, en principio, en el primer párrafo del artículo 582; pese a lo cual la opinión general será la de que un hematoma no es «una lesión». Cualquier decisión que se adopte en estas situaciones será igualmente defendible, pero entiendo que, a falta de otros criterios legales, la alteración de la integridad ha de interpretarse taxativamente, de manera que al segundo párrafo del precepto solamente pueden ir a parar acciones que no produzcan alteración, marca o señal de especie alguna. Quizá el legislador pudo haber recurrido al criterio de la necesidad o innecesidad de asistencia médica o facultativa por elemental que sea, pero es de ver que, de acuerdo con una política represora de la violencia, ha preferido abrir el concepto de lesión absolviendo lo que hasta ahora no hubiera pasado de maltrato o violencia física.

11.2. El segundo párrafo del artículo 582: los malos tratos

Esta segunda parte del precepto regula el «mínimo» de violencia punible contra las personas. Consiste en golpear o maltratar sin «causar lesión», idea cuyo significado se infiere de lo antes dicho sobre el alcance del primer párrafo. En su virtud se dispone una penalidad sensiblemente inferior —dentro de la relativa levedad de estos castigos—, pues puede quedar en multa de 25.000 pesetas.

El segundo inciso, en cambio, dispone la pena de arresto menor en toda su extensión para los que maltraten al cónyuge, o persona con la que exista análoga relación, o los hijos menores. En este caso la pena es la misma que la de la lesión del párrafo anterior. El legislador sigue así la pauta marcada en el artículo 425 en cuanto a proteger al grupo familiar frente a la violencia ejercida por alguno de sus

miembros; este segundo párrafo del artículo 582 sanciona el maltrato aislado, mientras que el 425 se dedica al sistemático o continuado. Existen, no obstante, algunas pequeñas pero visibles diferencias entre ambos preceptos en relación con el ámbito de personas protegidas; y así, mientras que el 425 menciona a cónyuge o persona con relación análoga, hijos sujetos a la patria potestad, pupilos, menores e incapaces sometidos a tutela o guarda, el 582, párrafo segundo, enumera a cónyuges o personas con análoga relación, ascendientes, e hijos menores. De este modo resulta «no agravado el maltrato a pupilos e incapaces sujetos a tutela, y, en cambio, los ascendientes no se mencionan en los malos tratos habituales del artículo 425.

12. CONCLUSION

Una vez recorrido el nuevo articulado regulador de los delitos y faltas de lesiones, y hecha que ha sido la comparación con el texto anterior, se pueden extraer algunas ideas:

a) Disponemos actualmente de una regulación legal de las lesiones razonablemente moderna, parecida a la que ofrecen otros Códigos europeos promulgados en los últimos años. La regulación anterior era obsoleta en lo técnico, despreciaba las garantías derivadas del principio de legalidad, y obedecía a una política criminal vagamente inspirada en un simple retribucionismo, pero en todo ajena al problema genérico de la excesiva violencia apreciable en nuestros tiempos. La nueva normativa diseña una política legislativa y criminal que aborda por igual los males causados en la integridad física y salud de las personas y el problema básico: la violencia que da lugar a esas consecuencias.

b) Las garantías derivadas del principio de legalidad aparecen respetadas. La elección entre cerrado legalismo y recurso al arbitrio judicial para decidir la subsunción de hechos en tipos se ha resuelto, en algunos casos, en favor de este último, en el convencimiento de que una normativa tasada y cerrada es incapaz de acoger la multiplicidad de situaciones imaginables.

c) A la vista de las nuevas reglas parece evidente que el bien jurídico que se protege es más amplio que el anterior. La integridad física «strictu sensu» se complementa con la salud (ausencia de enfermedad) física o mental. La nueva regulación del consentimiento para esterilizar a incapaces permite entender que el legislador no concibe la salud como algo que pueda quedar al margen de la capacidad de disfrutar la vida en lo posible, y por eso puede comprenderse que lo que anteriormente se hubiera considerado una lesión grave pase a ser tenido como un potencial modo de proporcionar libertad y disfrute a determinadas personas, que en el fondo resultan así protegidas.

d) Puede objetarse, pero eso escapa del ámbito de la Ley de Actualización, que el equilibrio entre las diferentes partes del Código hubiese debido conducir a reformar otros títulos, y también a disponer un sistema de reacciones penales más ágil que el de las penas medidas con arreglo al sistema de grados y escalas. Pero eso es tarea que solamente pueda acometer un Código penal enteramente nuevo.

