

OBSERVACIONES ACERCA DE LAS LESIONES EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL Y COMPARADO (*)

SUMARIO

1. *Importancia cuantitativa y cualitativa del delito de lesiones.*
2. *Ánálisis dogmático de la legislación española.*
 - A) Problemas sistemáticos.
 - B) Concepto.
 - C) Casuismo excesivo.
 - D) Violación del principio de culpabilidad.
 - E) Penalidad.
3. *Panorama comparativo. Razones para el estudio del Derecho comparado.*
 - A) Particularidades en los principales ordenamientos legales.
 - a) Europa occidental.
 - b) Países marxistas.
 - c) Gran Bretaña y Estados Unidos.
 - d) América del Sur.
 - B) Rasgos comunes.
 - a) Problemas sistemáticos.
 - b) Concepto fundamental.
 - c) Clasificación.
 - d) Culpabilidad.
 - e) Penalidad.
4. *Resumen y conclusiones “de lege ferenda”.*

(*) Se reproduce aquí el texto que preparé para el tercer ejercicio en las oposiciones a Profesor Agregado, en la primavera de 1970. Apareció en la *Rev. Gen. de Legis. y Juris.*, número 2 (febrero, 1971), págs. 203-247, y núm. 3 (marzo, 1971), págs. 299-361. Se han omitido las páginas últimas que contenían el original o la traducción de algunas legislaciones extranjeras sobre el tema.

1. Importancia cuantitativa y cualitativa del delito de lesiones

Los artículos del Código penal que regulan los delitos de lesiones son de gran interés, pues protegen la salud de las personas y su incolumidad corporal. En cierto sentido, estos delitos interesan más que las infracciones contra la vida, pues aunque éstas protegen un bien jurídico más importante, sin embargo, la frecuencia con que se comete un homicidio o un asesinato resulta afortunadamente mucho menor que la frecuencia con que se infiere una lesión.

Las investigaciones criminológicas acerca de las lesiones ofrecen cifras muy voluminosas en cuanto al número de personas afectadas (víctimas y agentes: médicos, conductores de vehículos, arquitectos, deportistas, educadores...), en cuanto a los perjuicios materiales y morales, y también en cuanto a las pérdidas económicas por razón del lucro cesante y daño emergente (1). Las estadísticas internacionales que comparan el número y la frecuencia de las diversas clases de delitos muestran que las lesiones suelen ocupar en las escalas el segundo o tercer lugar, precedidos generalmente por los delitos contra la propiedad (hurto y robo con fuerza en las cosas); en algunos pueblos y durante algunos períodos, las lesiones son los delitos más numerosos (2). Modernamente, según profetizó NICÉFORO,

(1) Cfr. Cyril E. S. HORSFORD, *The Criminal Injuries Compensation Board 1967-1968*, en *The Criminal Law Rev.* (enero, 1969), págs. 3 y sig. De agosto de 1964 a junio de 1968 esta institución pagó más de tres millones de libras esterlinas, en más de 10.000 casos. En febrero de 1968, pagó 144.804 libras esterlinas. Cfr. R. JACOB BRUCE, *Reparation or Restitution by the Criminal Offender to his victim: Aplicability of an ancient concept in the modern correctional process*, en *The Journal of Criminal Law, Criminologie Police Science*, vol. 61, número 2 (junio, 1970), págs. 152-157.

(2) Hans KLEIN, *Körperverletzung*, en *Handwörterbuch der Kriminologie*, I (Berlín, 1966), págs. 472 y sigs. Modernamente Alfonso QUIROZ CUARÓN y Raúl QUIROZ CUARÓN han estudiado la criminalidad en la República Mexicana y ofrecen datos de interés en su trabajo *Algunos conceptos sobre aspectos sociales del desarrollo económico, en relación a la prevención del delito y tratamiento de los delincuentes*, en *Criminalia* (núm. 7, 31 de julio de 1970), págs. 461, 467 y sigs.,

han aumentado los delitos fraudulentos, pero —contra lo anunciado— también va siendo mayor el volumen de los delitos violentos, concretamente de las lesiones. Por ejemplo, en Inglaterra, el número de lesiones delictivas ha ascendido en un 87 por 100, desde 1958 a 1968; y algo semejante ocurre en Estados Unidos (3).

En todo el mundo se aprecia hoy una alarmante espiral creciente de violencia (establecida, subversiva y represiva) contra la cual resultan ineficaces o insuficientes los remedios clásicos del Derecho penal. En este campo surgen cada día más problemas, por ejemplo, respecto a los delincuentes mentalmente anormales, respecto a las bases biológicas de los comportamientos agresivos, respecto a la propaganda de violencia en los medios de comunicación, etc.

El problema dogmático supera —si cabe— en importancia y dificultad al problema sociológico y criminológico. El Código penal presenta un par de capítulos (el IV y el V) del título VIII, del libro 2.º, y algunos artículos en el título III, del libro 3.º, con una técnica dogmática muy arcaica (4) que perturba puntos centrales de nuestra disciplina como, por ejemplo, la relación de causalidad o la preterintencionalidad o la culpabilidad (5).

Desgraciadamente, la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, perdió una inmejorable ocasión para dar un rasgo bien diferente a esta parte del texto punitivo (6). Téngase en cuenta (creo que nadie lo ha subrayado) que la postura del legislador y de la doctrina respecto a las lesiones influye decisivamente —en virtud de las «conexiones» o «llamadas» (7)— en multitud de otras figuras del Código penal y en los problemas concursales correspondientes, por ejemplo, en los delitos contra el Derecho de gentes, lesiones contra un jefe de Estado extranjero (art. 136), piratería (art. 139, número 2), lesiones contra el Jefe del Estado (art. 144, número 3, art. 145), delitos contra la religión (arts. 206 y 210), sedición (artículo 219, núm. 1), atentados a ministros, autoridades y funcionarios

481 y sigs., 491 y sig., 499. Algunas estadísticas comparativas, sobre todo internacionales, omiten el estudio de los delitos de lesiones por las dificultades de encontrar y confrontar tipologías semejantes. Así, por ejemplo, las publicadas en 1970 por la Interpol, *Statistiques Criminelles Internationales, 1967-1968*, Secrétariat Général (92-Saint-Cloud).

(3) MIDDENDORFF, *Die Gewaltkriminalität in den USA*, en *ZgStW* (1969), páginas 451 y sigs., y 1038 y sigs. La edición aparte —separata— añade un apéndice de especial interés actual.

(4) Ya en 1848 se reconocía esta parte de la legislación penal como aquella “cuyo vacío era más urgente llenar”. Cfr. T. M. DE VIZMANOS y C. ALVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código penal*, t. II (Madrid, 1848), pág. 337.

(5) J. DEL ROSAL, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo* (Valladolid, 1952), págs. 3 y sigs., 59 y sigs., y 73 y sigs. Idem, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo* (Madrid, 1961), págs. 10 y sigs. y 220 y siguientes.

(6) J. DEL ROSAL, COBO y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español, parte especial. Delitos contra las personas* (Madrid, 1962), pág. 455.

(7) Terminología de ORTEGO COSTALES en su *Ensayo sobre la parte especial del Derecho penal* (La Laguna, 1959).

(art. 233) y sus familiares (art. 234), desacatos (arts. 240, 241, 244 y 245) (8), terrorismo (art. 260, núms. 1 y 2, art. 335), omisión del deber de impedir determinados delitos (art. 338 bis, en este artículo es decisiva la diferencia entre lesión-delito y lesión-falta), delitos contra la seguridad del tráfico (art. 340 bis, a) (9), y artículo 340 bis, b, propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas (art. 348 bis), riña tumultuaria (arts. 408, 424 y 414, párrafo 2.º), detenciones ilegales (art. 481, núm. 3), robo (art. 501, núms. 2, 3 y 4, y art. 512), arts. 516 bis y 517, imprudencia punible (art. 565, párrafo 5.º), y en muchas faltas contra las personas (artículos 582, 583, núms. 1, 2 y 3; 584, núm. 11; 585, núm. 1); influye también en algunos delitos del Código de Justicia Militar (arts. 306 y sigs., «insulto a centinelas, salvaguardia o fuerza armada»), y de leyes especiales, como la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, de 22 de diciembre de 1955 (arts. 10, letra a, y 31), la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964 (arts. 39, núm. 2; 45, número 2, y 65, párrafo 4.º), y el decreto de 21 de septiembre de 1960 (artículo 5.º, párrafo 2.º). Influye también en otros campos jurídicos fuera del Derecho penal, por ejemplo, en algunos impedimentos matrimoniales y en algunas causas de desheredación del Derecho civil (10).

Tema tan importante cuenta, sin embargo, con parca bibliografía en España y en el extranjero.

En España, el estudio más importante y el de más valor científico es el de ANTÓN ONECA, en el «Homenaje al P. Pereda» (11), que nos sirve de base para varios de los puntos tratados en estas páginas. De lo anteriormente publicado sobre problemas de estos delitos merecen destacarse los estudios del P. PEREDA (12), RUIZ VADILLO y TODOLI (13), de LÓPEZ GÓMEZ en 1948 (14), y muchos años antes, en 1904, el de BERNALDO DE

(8) Los *insultos* de estos artículos (págs. 240 y sigs.) no pueden considerarse como sinónimos de lesiones, por razones que se indicarán posteriormente en estas páginas.

(9) A. BERISTÁIN, *Delito de peligro por conducción temeraria*, en *Revista de Derecho de la Circulación* (noviembre-diciembre, 1970), págs. 527-567.

(10) Código civil, artículo 853, número 2.º. F. PUIG PEÑA, *Impedimentos matrimoniales civiles*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XI (Barcelona, 1962), páginas 419 y sigs.

(11) José ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Homenaje al P. Julián Pereda*, S. J. (Bilbao, 1965), págs. 775 y sigs.

(12) J. PEREDA, *Las lesiones del boxeo en su aspecto jurídico*, en *Razón y Fe* (enero, 1928). Idem, *Otra víctima del boxeo*, en *Razón y Fe* (25 de noviembre de 1930). Idem, *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, en *Anuario de Derecho penal* (1956), págs. 213-227. Idem, *La mutilación y el trasplante de órganos*, en *Estudios de Deusto* (1954), págs. 475 y sigs.

(13) Recientemente abundan los estudios sobre los problemas jurídico-penales que plantean los trasplantes de órganos: cfr. RUIZ VADILLO, *El trasplante de órganos y el ordenamiento jurídico español*, en *Boletín Inf. Ministerio Justicia* (25 de julio de 1968), págs. 1 y sigs. TODOLI, *Etica de los trasplantes* (Pamplona, 1968).

(14) LÓPEZ GÓMEZ, *Comentarios médico-legales al delito de lesiones*, en *Revista de Medicina Legal* (enero, 1948). Idem, *Problemas médico-legales relativos al*

QUIRÓS (15). Pasamos por alto la abundante bibliografía acerca del consentimiento de las lesiones, pues no estudiamos ahora este problema, aunque incidentalmente en alguna cuestión nos referimos a él.

Prescindimos también de la investigación histórica y del análisis detallado de cada artículo. Estas páginas pretenden únicamente descubrir las deficiencias más importantes en el conjunto de los artículos reguladores actualmente de los delitos de lesiones, e insinuar el modo de eliminarlos en el futuro.

2. Análisis dogmático de la legislación española

La legislación española actual acerca de las lesiones resulta, por evolución histórica, una combinación híbrida de las fuentes romanas y germanas (16). Nuestra legislación penal ha superado casi totalmente la confusión multisecular (de origen romano) entre lesiones e injurias reales (17). Pero junto a ese acierto se observan muchas y notables imperfecciones; sobresalen las cinco siguientes: I) la sistemática defectuosa; II) la falta de un concepto genérico; III) el casuismo excesivo; IV) la violación del principio de culpabilidad, y V) la penalidad desproporcionada.

homicidio y al delito de lesiones, en *Cuaderno 17 de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*.

(15) BERNALDO DE QUIRÓS, *Las lesiones en el Derecho español*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1904). Idem, *Lesiones*, en *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XXI (Barcelona), págs. 286-301, con abundante jurisprudencia.

(16) Cfr. H. J. WEGNER, *Die Körperverletzungen. Ein Beitrag zur Kriminologie und zur Systematik der Körperverletzungsdelikte. Dissertation* (Frankfurt, 1963), páginas 14 y sigs. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Lesiones*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVIII (Buenos Aires, 1964), págs. 236 y sig. Antiguamente, en el Derecho penal mosaico, las lesiones se castigaban con pena talional, cfr. H. E. GOLDIN, *Hebrew Criminal Law and Procedure* (New York, 1952, Twayne), páginas 53 y sigs. Cfr. *Levitico*, 24, págs. 19 y sigs.; *Exodo*, 21, págs. 24 y sig. El Código de Hammurabi —secciones 196, 197, 200— influye en el Derecho penal mosaico, cfr. *The Law of Mores and the Code of Hammurabi* (London, 1903).

(17) Cfr. el delito pluriofensivo incriminado en el párrafo 2.º del artículo 422 del actual Código penal. Además, el conservadurismo propio de la legislación militar mantiene la confusión, de procedencia romana, entre lesiones e injurias. Los artículos 306 y siguientes y 319 y siguientes del Código de Justicia militar (1945) emplean la terminología tradicional (“insulto o centinela, salvaguardia o gente armada”, “insulto a superior”) para designar los actos con tendencia a ofender de obra, las lesiones, el homicidio y las ofensas de palabra o por escrito, manteniendo la tradición de las Ordenanzas de 1768, tratado VIII, título X: “Insultos contra los superiores.” Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Insubordinación*, en *Nueva Encyclopedie Jurídica*, t. XIII (Barcelona, 1968), págs. 151 y sig. GARCÍA SANTOLALLA, *Insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada*, en *N. E. J.*, t. XIII (1968), páginas 161 y sigs.

A) PROBLEMAS SISTEMÁTICOS

La sistemática del Código penal en los artículos dedicados a las lesiones adolece, principalmente, de dispersión y de confusión.

Los artículos que tipifican estas infracciones están dispersos en varios lugares del Código: en los capítulos IV y V del título VIII, del libro 2.º, y en el título III del libro 3.º. Este título III contiene excesivamente desperdigadas y desordenadas las faltas de lesiones y malos tratos, en los artículos 582, 583, núms. 1, 2, 3 y 7, y 585, núm. 1 (18). Para evitar esta dispersión habría que reunir todas las infracciones de lesiones en un solo capítulo, y habría que solucionar las implicaciones procesales correspondientes con una acomodación de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Actualmente, por resultado natural de los antecedentes históricos, bajo la rúbrica de lesiones se encuentran artículos, como el 425, 426 y 427, secundariamente relacionados con este epígrafe. Estos artículos corresponden en buena técnica a otros capítulos del Código. En el capítulo de las lesiones deben colocarse todos, y sólo los delitos de lesiones (19).

Los defectos sistemáticos del Código penal repercuten en la jurisprudencia y en la doctrina. Ambas separan, a veces, excesivamente las lesiones de los malos tratos, o consideran estos últimos como distintos de las lesiones, debido, en parte, a la colocación periférica apendicular de los malos tratos en los núms. 2, 3 y 7 del art. 583, y en el núm. 1 del art. 585, sin correlativo suficiente en el capítulo IV del título VIII del libro 2.º. Varias sentencias del Tribunal Supremo y varios penalistas mezclan y confunden ciertos problemas peculiares de los artículos 425, 426 y 427 con los problemas de las infracciones propiamente lesivas. Algunos comentaristas del Código penal pretenden, con exceso de buena voluntad, armonizar ciertos preceptos en los artículos del capítulo IV («De las lesiones»), que carecen de unidad sistemática. El afán conciliador de estos comentaristas les lleva a planteamientos parcialmente falsos y a conclusiones carentes de valor; por ejemplo, en algunos puntos acerca del consentimiento o acerca de las lesiones laborales.

B) CONCEPTO

En el Código penal español falta una definición del delito de lesiones, y una delimitación de su bien jurídico peculiar. Otros Códigos penales, como veremos al estudiar el panorama comparativo, formula al comienzo de este capítulo un concepto fundamental, que facilita mucho la labor interpretativa y dogmática para los teóricos y para los encargados de la administración de la justicia. La jurisprudencia y la doctrina españolas procuran suplir esta laguna, pero no lo consiguen satisfactoriamente.

(18) El artículo 586, número 1.º, describe una infracción de injurias.

(19) En estas páginas la palabra delito se emplea en sentido amplio, equivalente a infracción, comprensivo también de las faltas.

Jurisprudencia. La jurisprudencia carece de un concepto unívoco de lesiones. Hay que estudiar muchas sentencias para encontrar alguna definición. Y las pocas que se encuentran difieren entre sí. La sentencia de 20 de diciembre de 1921 (20), por ejemplo, ofrece un concepto bastante claro, pero excesivamente restringido. Los hechos probados son sencillos: una vecina produjo a otra contusiones en el brazo y en el pecho. Según el Tribunal Supremo, «considerando que al emplear el legislador en el precepto antes mencionado, y en otros varios del Código penal, la palabra lesión, que no es sinónima de herida, ha evidenciado su espíritu de castigar todo daño o detrimento corporal causado violentamente, y constitutivo según sus distintas gradaciones de heridas, contusiones, equimosis o erosión; que es lo que, en general, integra el concepto jurídico penal...».

En sentido parecido, ante el hecho del cazador que se abalanzó sobre el guarda de veda, cogiéndolo por el cuello y derribándolo al suelo, lo cual le produjo una excoriación, el Tribunal Supremo (sentencia de 14 de noviembre de 1969, Aranz. 5.302) ha afirmado que este hecho debe considerarse incriminado en el número 1.º del artículo 583, «toda vez que por lesión en sentido jurídico no ha de entenderse sólo un detrimento en el cuerpo humano, sino cualquier daño producido por un agente externo, y no puede negarse que una excoriación representa un daño en el organismo al ser la pérdida del epitelio o cutis dejando la carne al descubierto...».

En otros casos, el Tribunal Supremo maneja criterios más extensos. Así, la sentencia de 13 de junio de 1969 (Aranz. 3.650) establece que «es lesión todo daño o detrimento corporal en la integridad del ser humano, y la herida encaja en este concepto, aunque la lesión tenga su campo más amplio al poderla constituir también las modificaciones de la salud sin herida...». En esta línea de amplitud, ya desde antiguo algunas sentencias incluyen dentro de las lesiones no sólo las enfermedades, sino también los simples malos tratos. Así, la sentencia de 22 de febrero de 1894 (tomo LII, página 247) incrimina como lesión (malos tratos, del art. 585, núm. 1.º) «el acto de dar un sujeto una bofetada a una mujer a consecuencia de haber ésta requerido a aquél que se apartase de frente a su ventana... uniendo a tal requerimiento un empujón en la espalda, ante cuya agresión el segundo dio a la primera una bofetada..., pues la intención del agente no fue la de ofender la honra ni menoscabar la reputación de la ofendida, sino la de repeler el acto violento...».

En sentido parecido, la sentencia de 16 de enero de 1895 (tomo LIV, página 74), y modernamente las sentencias de 3 de marzo de 1949, 16 de octubre de 1961, 12 de febrero de 1963 y 19 de abril de 1968 (Aranz. 1.974).

Esta última sentencia incrimina como autor de malos tratos de obra, del número 1.º del artículo 585, al procesado José P. B., que dio a Emilio S. A. un golpe con la mano o con una piedra, pero sin que Emilio cayese al suelo, y no constando que este golpe causara lesión al perjudicado. Con menos imprecisión y con bastante claridad, la sentencia de

(20) *Jurisprudencia criminal*, t. CVII, núm. 111.

12 de febrero de 1963 (21) afirma que para constituir lesiones basta el llegar a las violencias, aunque no bastan las simples vías de hecho. Esta sentencia niega, en el caso concreto, la existencia de un delito de lesiones, pues el procesado llegó a los hechos, pero «sin que llegara a ejercer violencia alguna sobre su contendiente». Por tanto, según esta atinada sentencia, el grado mínimo de la lesión lo constituye la violencia, que es superior a las meras vías de hecho, sin que haga falta llegar a la producción de enfermedad, de incapacidad laboral, de herida, contusión, equimosis o erosión.

En resumen, la jurisprudencia carece de un concepto unívoco de lesiones, y emplea la palabra lesión en sentidos diversos, uno de los cuales es el de simples malos tratos.

El Código penal da pie a esta multiplicidad y confusión de conceptos, pues además de no definir las lesiones, usa esta palabra con significados distintos, al menos en cuatro significados distintos. Los artículos 420 y 422 conciben la lesión como la acción productora de la ceguera, de la pérdida de un miembro o de efectos similares, pues dicen «si de resultas de las lesiones», «si las lesiones hubiesen producido», «las lesiones que produzcan...». En cambio, los artículos 421, 424, 582, 583 y 585 entienden por lesión el resultado producido (por las sustancias o bebidas nocivas, o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu, o en la riña tumultuaria, o por otro medio), pues dicen «causare a otro algunas de las lesiones», «resultaren lesiones», «sin causarle lesión». Todavía más, el Código usa la palabra lesión en un tercer sentido (más amplio), en el epígrafe del capítulo IV, «De las lesiones», que comprende también la castración, la esterilización, las mutilaciones de propósito, etc. Por fin, las faltas (artículo 585, núm. 1.º) de malos tratos (que a veces se designan con otro nombre, por ejemplo, con la palabra «violencias», en el párrafo 2.º del artículo 408, en el art. 424, y en el núm. 7.º del art. 583) quedan incluidas en el Código bajo el género de las lesiones.

Doctrina. Ya el primer tratado de Derecho penal español —*Instituciones de Derecho penal español*, por Juan DOMINGO DE ARÁMBURU (Oviedo, 1860), págs. 253 y sigs.— encuentra dificultades al definir las lesiones y relacionar su concepto con los malos tratos del número 4.º del artículo 493, del Código penal de 1850, equivalente al número 1.º del actual artículo 585.

La doctrina de los penalistas españoles posteriores no ha logrado todavía suficiente claridad respecto al concepto de lesión. Entre las más autorizadas definiciones merecen citarse la de RODRÍGUEZ DE VESPA y la de ANTÓN ONECA. El primero entiende por lesión todo menoscabo de la salud o de la integridad corporal, o sea tanto las enfermedades físicas como las síquicas, los defectos que provengan de ellas, y la pérdida de

(21) *Edición oficial*, año 1963, vol. I, enero-febrero (Madrid, 1967), págs. 601 y sig.

una parte de la sustancia corporal (22). No incluye, pues, los simples malos tratos. Por eso, inmediatamente después de formular esta definición, RODRÍGUEZ DEVESA afirma que la elaboración dogmática del concepto de lesiones, teniendo en cuenta los artículos 421, 422, 424 y 425, utiliza el vocablo lesión en sentido de resultado (lesivo), en cambio en el artículo 420 (donde ese vocablo parece identificarse con las «vías de hecho») se trata de mero giro estilístico.

Esta configuración de las lesiones me parece excesivamente restringida, y el mismo RODRÍGUEZ DEVESA encuentra dificultades en mantenerse fiel a ella cuando considera las faltas del párrafo 1.º del artículo 585 como lesiones, no como injurias (23).

FERRER SAMA, en sus *Comentarios al Código penal* (24), supone un concepto también restringido de lesiones al afirmar que «abarca desde el designio de causar simples erosiones hasta el de originar resultados tan graves como el de la ceguera».

ANTÓN ONECA, a la luz del Código penal, entiende por lesión una disminución en la integridad corporal, un daño en la salud o una incapacidad para el trabajo. El eximio especialista reconoce que, junto a esta infracción, el Código penal incrimina como falta los golpes y malos tratos de obra o de palabra, sin causar lesión. La naturaleza jurídica de esta falta es, según ANTÓN ONECA, autónoma, pero más cercana a las injurias que a las lesiones (25), o incluida, absorbida, en las injurias.

Si se aceptase esta concepción habría que suprimir, como indica ANTÓN ONECA, la figura del número 1.º del artículo 585. Considero preferible no suprimir ese número 1.º, y formular un concepto amplio de lesión —*in genere*, equivalente a delitos contra la incolumidad corporal de las personas— que incluya tanto las lesiones (específicamente tales) como los malos tratos, concediéndoles a los últimos cierta autonomía. Esta concepción genérica resulta más conforme con el articulado del Código penal, y más de acuerdo con la moderna doctrina legislativa, como se verá al tratar del Derecho penal comparado, en la tercera parte de este trabajo.

Los malos tratos en la doctrina española encuentran muy pocos expo-
sidores y comentadores. Pero la vida real moderna ofrece muchos casos que deben incriminarse a tenor del número 1.º del artículo 585; piénsese en los cada día más frecuentes delitos de tráfico, y en los abusos de la

(22) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed. (Madrid, 1969), pág. 118.

(23) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed. (Madrid, 1969), págs. 545, 1009 y sig.

(24) FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. IV (Madrid, 1956), página 327.

(25) ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Homenaje al P. Julián Pereda, S. J.* (Bilbao, 1965), pág. 778.

violencia por parte de ciertos agentes de la autoridad (26). Conviene, pues, estudiar estas conductas.

El mal trato de obra significa, como indica la doctrina alemana, una acción u omisión que perturba el bienestar («Wohlbefinden») corporal. No basta una perturbación insignificante, pero tampoco se requiere siempre la causación de un dolor o un daño. Tampoco exige el Código un contacto físico, un golpe; el texto punitivo habla, en gradación de más a menos, de herir, golpear o maltratar de obra. Pueden considerarse malos tratos, por ejemplo: una bofetada que no deje moratón ni cardenal, un salivazo en la cara, la administración de una bebida de muy mal sabor, un susto que perturba el ritmo fisiológico (para producir este susto bastará, a veces, un bocinazo de un vehículo próximo, por la espalda), el cortar la barba o el cabello (a veces será injuria; a veces será simple mal trato, según la intención del agente), un ruido constante e intenso que llegue a perturbar brevemente el sistema nervioso. Estos y otros muchos casos semejantes quedan incriminados en el artículo 585, número 1.^o

Los malos tratos se diferencian de la simple vis física en que ésta viola únicamente la libertad de la víctima, mientras los malos tratos violan su incolumidad corporal. En ambos casos se trata de violencia física, pero las circunstancias fácticas, el resultado o la intención (disyuntiva o conjuntamente) diferencian unas infracciones de otras. Será vis física, pero no malos tratos, la violencia empleada para encerrar o detener a un joven en una habitación confortable (detenciones ilegales del art. 480). Pero si la habitación carece de las condiciones elementales de higiene, esas mismas violencias constituirán un delito de malos tratos —verdaderas lesiones— en concurso ideal con la detención ilegal.

A la vista de lo expuesto, debe decirse que el Derecho penal español entiende por lesión toda acción u omisión que produzca una perturbación de la incolumidad o del bienestar corporal sin menoscabo de la salud (malos tratos o violencias) o que produzca una perturbación de la salud (en el más amplio sentido de la palabra, desde las enfermedades físicas hasta las síquicas), o que produzca una disminución en la capacidad laboral o en la integridad corporal (la pérdida de una parte de la sustancia corporal).

Si se admite este concepto de lesiones, el bien jurídico protegido resulta tridimensional: la incolumidad, la salud y la integridad corporal de las personas (no sólo las dos últimas).

(26) Al terrorismo de la subversión no debe seguir el terrorismo de la represión, ni la tortura policial. Respecto a ciertos acontecimientos acaecidos en el Brasil, cfr.: *Informations catholiques internationales* (1 de noviembre de 1970), páginas 10 y sigs. Nélson HUNGRIA, *Comentários ao Código penal*, 2.^a ed., volumen IX (Río de Janeiro, 1959), págs. 388 y sigs.; *Razón y Fe* (septiembre-octubre, 1970); *Ecclesia* (31 de octubre de 1970). Como escribe BUENO ARÚS, “suprimida la tortura judicial, su función ha sido crecientemente ampliada en extensión e intensidad, por la tortura policiaca (criminal o política) y la militar”, en recensión al libro de MELLOR, *La tortura*, en *Información Jurídica*, núm. 305 (abril-junio de 1970), pág. 192.

Porque incluimos los simples malos tratos dentro de las lesiones, porque reconocemos estos tres bienes jurídicos protegidos, y por otras razones que indicaremos después, conviene modificar la rúbrica del título VIII, del libro II. Debe decirse: «Infracciones contra la vida y contra la incolumidad corporal de las personas».

Especial consideración merece la palabra *incolumidad*. Su etimología es relativamente clara: proviene, como indican los especialistas (27), de *in* privativo, de *xolos* que equivale a *olos* (truncar) y de *megas* (totalidad) (28). Por tanto, *incolumis* etimológicamente significa respeto de algo en su totalidad, mantenimiento del conjunto del cuerpo intacto.

Abundantes y selectos textos de los mejores autores clásicos latinos coinciden en esta interpretación: CICERÓN, «cives integros incolumesque servavi» (conservé a los ciudadanos sanos y salvos); GELIO, «deteriores sunt incolumiores» (los menos arrojados salen mejor librados); CÉSAR, «transducto incolumi exercitu, copias instruxit» (habiendo pasado incó-lume el ejército, formó sus tropas); PLAUTO, «incolumis dos» (dote intacta); ULPIANO, «incolumes aedes» (casa en perfecto estado); HORACIO, «incolumi gravitate jocum tentavit» (excitó la risa sin menoscabo de la seriedad).

El valor semántico de incolumidad cubre, pues, todas las figuras incriminadas en este capítulo, y sólo éstas; por eso resulta preferible a la fórmula actual del Código, y a las fórmulas propuestas por algunos penalistas: «Delitos contra la salud», «Delitos contra la integridad personal», «Delitos contra la integridad física...». Como se verá, con más detalle, al exponer el Derecho comparado, los autores del *Alt. Entwurf*, en el «Dritter Titel» de la primera sección, del libro II, emplean una fórmula similar a la que nosotros proponemos, pues hablan de *Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit*.

Merecen un breve comentario las primeras palabras de nuestro concepto de lesiones: «toda acción u omisión». Algunos autores afirman que el Código penal limita excesivamente el concepto de lesiones. La limitación comienza, como indica ANTÓN ONECA, refiriendo —y discutiendo— la teoría de otros reputados comentaristas (29), con las palabras descriptivas de la acción lesiva en el artículo 420. Al parecer de estos comentaristas y de algunas sentencias del Tribunal Supremo (por ejemplo, la de 15 de noviembre de 1898, que exige un «acto material de fuerza»), los verbos herir, golpear o maltratar de obra no alcanzan las omisiones ni las activi-

(27) A. BAILLY, *Dictionnaire grec-français*, 23.^a ed. (París, 1963, Hachette), s. verbo *kolos*, *olos*, *kolon*. Raimundo DE MIGUEL, *Diccionario latino-español etimológico*, s. v. *incolumis*.

(28) FORCELINI, *Lexicon totius latinitatis*, t. II (Patavii, s. a. 1864), sub verbo *incolumis*. Otros especialistas suponen que *incolumis* proviene de *columen*, *columna*; significaría sin apoyo, sin soporte. *Thesaurus linguae latinae*, vol. VII, 1, fascículo VII (Lipsiae, 1941, Teubneri), págs. 982 y sig.

(29) J. ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Homenaje al P. Pereda* (Bilbao, 1965), pág. 779.

dades consistentes en el empleo de medios morales: actos terroríficos, malas noticias, prácticas hipnóticas.

Ciertamente, las lesiones graves del artículo 420 han de producirse hiriendo, golpeando o maltratando de obra, pues así lo determina literalmente el Código penal; pero es cuestionable que esta fórmula no incluya las omisiones, ni el empleo de medios morales. La interpretación amplia de los «malos tratos» que sugiere ANTÓN ONECA (30) merece ser tenida en cuenta. No parece fácil rechazar tal exégesis, pues ni gramatical, ni histórica, ni dogmáticamente puede negarse la posibilidad y oportunidad de esta ampliación hermenéutica. Tanto quien da un susto, como quien omite cualquier acto prescrito por la Ley, trata mal a la persona pasiva cuando ella por tal susto o por tal omisión sufre una lesión. Pretender interpretar el maltrato de obra a otro, del artículo 420, en sentido restringido de acción física, parece oponerse a las reglas metodológicas de la exégesis.

Si los argumentos limitativos presentan puntos discutibles respecto al artículo 420, con mayor razón pueden rechazarse esos argumentos respecto a los demás artículos de las lesiones, pues sólo el artículo 420 exige que la lesión se produzca por herida, golpe o maltrato de obra.

La mayoría de las figuras delictivas no tienen limitado su campo por estos medios comisivos. Por ejemplo, el artículo 418 no limita evidentemente el delito de castración o esterilización a los casos realizados hiriendo, golpeando o maltratando de obra (con contacto físico) a otro. Un médico que cause la esterilización de un cliente por medios químicos o por rayos Roentgen, o que en el tratamiento de un paciente omita, con conciencia y voluntad, recetarle una medicación que sabe serle necesaria al enfermo para no quedar estéril, incurre claramente en la figura del artículo 418.

Aunque la Ley cometa —o cometiese— el error de limitar en el artículo 420 los medios comisivos de las lesiones graves, no parece lógico que el intérprete amplíe ese error —olvidando la amplia definición del artículo 1.º— a los demás delitos de mutilaciones, lesiones menos graves y lesiones leves. QUINTANO propugna semejante ampliación al criticar la sentencia de 4 de julio de 1958 (Aranz. 2.469) (31). Según esta crítica de QUINTANO toda infracción de lesiones, también las lesiones menos graves del artículo 422, viene configurada típicamente sobre la base de los malos tratos. Sólo se excluyen los artículos 421 y 427. QUINTANO llega a tales

(30) ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Homenaje al P. Pereda* (Bilbao, 1965), pág. 779: interpretación histórica apoyada en el artículo 652 del Código penal de 1822.

(31) QUINTANO RIPOLLÉS —*Curso de Derecho penal*, vol. II (Madrid, 1963), página 94— considera sumamente discutible esta sentencia de 4-VII-1958 por varias razones, entre otras por creer que la infracción de lesiones está configurada típicamente sobre la base de malos tratos físicos en sentido material. Además, opina que en esta sentencia no queda bien parado el principio de causalidad jurídica y el de culpabilidad dolosa.

conclusiones movido por un deseo de sistematización y de lógica que puede conducir aquí a resultados negativos.

Otros penalistas, por ejemplo, JASO y RODRÍGUEZ DEVESAS, interpretan el texto legal distintamente que QUINTANO. JASO indicó ya en 1949 (32) la posibilidad de lesiones cometidas por medios distintos del herir, golpear o maltratar de obra. También RODRÍGUEZ DEVESAS (33) afirma que no es enteramente exacto que el delito de lesiones exige siempre medios legalmente determinados.

En resumen, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina carecen de un concepto genérico de lesiones, y el empleo de este sustantivo en varios sentidos complican los problemas concursales y abocan en lamentable casuismo.

Observaciones sobre los problemas concursales. Quien mejor ha tratado los problemas concursales de las lesiones es, en mi opinión, RODRÍGUEZ DEVESAS. Sin embargo, algunas de sus apreciaciones pueden suscitar ciertas dudas que comento aquí brevemente (34).

El delito de lesiones queda consumido en algunos supuestos de delitos complejos, como el de robo con violencia en las personas, del artículo 501, números 2.^º, 3.^º y 4.^º (conviene recordar que si se causan lesiones a varias personas, sólo quedan consumidas las causadas a una), y en el delito innominado del artículo 144, número 3.^º. Algunos otros supuestos consumen las lesiones sólo en teoría; así, el inciso segundo del artículo 139, en relación con las lesiones de su número 2.^º. Considerando este artículo en el conjunto del Código penal ha de concluirse que estas lesiones (del número 2.^º) prácticamente no quedan consumidas, ya que este precepto nunca tiene aplicación, sino que han de aplicarse las normas generales del concurso de delitos, pues sería absurdo que el delito de piratería consumiera el delito de incendio de buque fuera de puerto, o de asesinato (35), ya que la pena de este inciso segundo, del párrafo 1.^º del artículo 139 —reclusión mayor—, es igual o menor que la pena —reclusión mayor, reclusión mayor a muerte— correspondiente de los delitos (incendio de buque fuera de puerto del art. 547, núm. 2.^º, asesinato, del art. 406) que según la opinión contraria quedan consumidos. En estos casos el de-

(32) ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, t. II (Madrid, 1949), páginas 251 y sigs.

(33) RODRÍGUEZ DEVESAS, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.^a ed. (Madrid, 1969), pág. 129, nota 46.

(34) Respecto a mis discrepancias con la doctrina de RODRÍGUEZ DEVESAS en los problemas generales del concurso, cfr. mi recensión a su *Derecho penal*, parte general, en *Revista Est. Penitenciarios* (1970), y mi artículo *Delito de peligro por conducción temeraria*, en *Revista Derecho de Circulación* (1970), págs. 527 y siguientes.

(35) Las razones evidentes indicadas en el texto impiden la aplicación del inciso 2.^º del artículo 139 si el delito de piratería fuera acompañado de incendio de buque fuera de puerto, o de asesinato. Como aquí el artículo 139 no establece diferencias entre estos delitos y los de lesiones la inaplicabilidad en unos casos fundamenta la inaplicabilidad en todos los casos.

lito de piratería, si consume los delitos dichos, resulta un delito con efectos atenuatorios, lo cual va contra la *voluntas legis*. Evidentemente, cuando se producen varios delitos de lesiones (mutilaciones, o asesinatos, etc.) sólo se podría discutir si la piratería consume uno de estos delitos, no si consume todos.

En otras infracciones —arts. 240 y sigs. (36), art. 335, violación del artículo 429, núm. 1.º, allanamiento de morada del art. 490, párrafo 2.º—, artículo 517, hay concurso ideal —pues generalmente sólo hay una acción—, con los malos tratos, que resultan consumidos; pero si se producen además otros resultados lesivos, éstos no quedan consumidos, por lo que deberán aplicarse las reglas generales de los artículos 69, 70 y 71. Los argumentos en que me fundo para negar que estas lesiones —posteriores o más graves que los malos tratos— quedan consumidas, pueden resumirse en dos palabras: tanto los malos tratos como la violencia física, son inherentes a estos delitos; en cambio, no lo son esas lesiones más graves, por tanto, si el texto legal no se refiere a esos resultados extraordinarios, no puede el juez considerarlos incluidos en la sanción genérica. Además, lo contrario conduce a sancionar delitos muy distintos, con resultados lesivos muy diversos, con penas iguales.

Cuando las lesiones van precedidas de injurias o de amenazas (de cierta entidad en cuanto a su duración y su capacidad de deshonrar o de tranquilizar al sujeto pasivo; es decir, injurias o amenazas que están exigidas por, o ínsitas en, la lesión, que no son inseparables del comienzo lesivo) de lesionar, habrá que calificar estos hechos como constitutivos de dos delitos en concurso real, no como concurso de leyes en relación de consunción, pues violan dos bienes jurídicos distintos: la incolumidad corporal y el honor (en caso de injurias), la incolumidad corporal y la libertad-seguridad personal (en caso de amenazas). Una lesión no presupone siempre, necesariamente, una injuria ni una amenaza, por tanto, quienes aplican aquí las normas de la consunción castigan con la misma pena dos supuestos distintos, de diversa gravedad; el caso de sólo lesión no debe equiparse con el caso de esa lesión y además amenaza, ni con el caso de esa lesión y además injuria.

Algo semejante ocurre en el concurso con el delito de coacciones. La coacción consume únicamente las violencias sin resultado lesivo (número 1.º del art. 585), no consume el resultado lesivo si se produce.

QUINTANO RIPOLLÉS (*Curso*, II, pág. 115) afirma que la agravación de lesiones en el número 3.º del artículo 481 imposibilita ilógicamente la

(36) Dos razones existen en pro de la interpretación de los insultos en los artículos 240 y siguientes como equivalentes a lesiones: 1.ª *A pari* con los insultos en los artículos 306 y siguientes del Código de Justicia Militar. 2.ª *A contrario*: si no incluyen las lesiones, sobran las palabras “insulto”, “insultaren”, en el texto legal. Sólo GROIZARD —t. III, págs. 481 y sigs.— ve diferencias entre insulto e injuria. A pesar de todo nos parece más acertado no incluir las lesiones en los insultos de estos artículos, pues tales lesiones están ya tipificadas, y con mejor técnica, en los atentados de los artículos 231 y siguientes.

concurrencia con el delito de lesiones. En mi opinión, el texto legal no impide este concurso, porque, entre otras razones, quedaría sin sentido la fórmula del mismo artículo 481 al decir que estas agravaciones se tengan en cuenta «sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurriere el culpable».

C) CASUISMO EXCESIVO

Basta leer rápidamente los artículos 418-428 y los correspondientes del libro III para caer en la cuenta de su extremado casuismo, tanto en la tipificación de las figuras delictivas como en la fijación de las penas. Además de la cuádruple división de las lesiones graves, menos graves, leves y malos tratos, el Código penal señala, dentro de las lesiones graves, cuatro grados, y éstos se subdividen en ocho nuevos grados «si el hecho se ejecutare contra alguna de las personas que menciona el artículo 405 o con alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 406».

Era lamentable el casuismo en los textos punitivos de 1822 y 1848. Las reformas posteriores han ido aumentando ese defecto. El Código de 1870 añade dos, más exactamente, cuatro nuevos tipos. El Código de 1944 introduce el artículo 423 (equivalente al 427 actual). La reforma de 1963 añade la esterilización (en el art. 418), la mutilación de órgano o miembro principal ejecutada de propósito (en el art. 419, párrafo 1.º), las automutilaciones para eximirse de un servicio público de inexcusable cumplimiento (art. 425), y el nuevo enigmático artículo 428. Quizá la futura reforma añada nuevas figuras delictivas, pues, actualmente, a pesar de tanta pluralidad de tipos, como falta un concepto general, pueden quedar sin incriminar conductas lesivas dignas de sanción.

La doctrina critica, pero no suficientemente, este caos legal. Algunos comentaristas del Código penal desean que se configuren todavía más tipos en el capítulo de las lesiones.

Así, por ejemplo, PACHECO (37) pide que el artículo 345, equivalente al 422 actual, debía estructurar más figuras, con agravaciones (cualificadoras) análogas a las del párrafo 2.º del entonces 343, equivalente al 420 de hoy.

El legislador no debe seguir el consejo de PACHECO, sino, al contrario, debe desterrar del Código penal las agravantes cualificadoras del artículo 420, párrafo 2.º, y el artículo 583, números 2.º y 3.º.

Estas u otras cualificaciones similares figuran y deben figurar en legislaciones como la alemana (§ 223, párrafo 2.º), que carecen en su parte general de casi todas nuestras circunstancias modificativas de los artícu-

(37) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, t. III, 4.ª ed. (Madrid, 1870), pág. 62. Al no extenderse la cualificación al artículo 422, resulta congruente no aplicar a este artículo el beneficio del párrafo último del artículo 420. En sentido distinto, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed. (Madrid, 1969), pág. 142.

los 9.º, 10 y 11, y que concretamente carecen de la circunstancia de parentesco como agravante-atenuante genérica. Pero no deben figurar en legislaciones como la nuestra y otras —por ejemplo, la portuguesa (38)—, que regulan ampliamente en el libro I la valoración de las circunstancias modificativas. En el punto concreto del parentesco, nuestro artículo 11 regula atinadamente esta circunstancia, dejando al arbitrio del Tribunal su calificación como atenuante o como agravante. Es absurdo pretender que el parentesco, aun en el sentido restringido del artículo 405 al que se refiere el artículo 420, implique siempre en todas las lesiones una agravación. Más apropiado y justo es aplicar aquí la regla general del artículo 11; dejar al arbitrio del Tribunal la posibilidad de atenuar o agravar la responsabilidad cuando la víctima es cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afín en los mismos grados del ofensor, pues con cierta frecuencia la naturaleza de las cosas pedirá que este parentesco se considere como atenuante o, al menos, no como agravante. La omisión de estas agravaciones cualificadoras hará superflua también la actualmente atinada excepción del último párrafo del artículo 420 respecto a las lesiones que el padre causare al hijo, excediéndose en su derecho de corrección. Y esa excepción será aplicable también a casos similares.

El Tribunal Supremo, al interpretar el texto legal, no aminora el casuismo, sino que le otorga su apoyo. Por ejemplo, la sentencia de 9 de marzo de 1970 (Aranz. 1.338) reconoce que el número 3.º del artículo 420 «comprende en sus diversos incisos cuatro supuestos enteramente distintos y que el cumplimiento por entero de cualquiera de ellos da vida consumativa al delito...». Por tanto, los «casos» formulados en los diversos números del artículo 420 deben interpretarse como supuestos concretos, autónomos, no como ejemplificaciones de un tipo relativamente general, ni como criterios orientadores para el juez.

Algunos otros Códigos penales y la fórmula *de lege ferenda* propuesta al final de estas páginas tipifican también varios casos de lesiones, pero no incurren en tan criticable casuismo, pues, además de que el número de figuras es menor, los diversos supuestos formulados responden a un sistema que, sobre un tipo básico, conjuga armónicamente los medios, las actitudes del agente y los resultados.

Entre los efectos perniciosos del casuismo actual, acertadamente criticado por ANTÓN ONECA, FERRER SAMA, QUINTANO, RODRÍGUEZ DE VESA, ROSAL y otros (39), destacan como más importantes los cuatro siguientes:

(38) El Código penal portugués, en su artículo 365 establece una agravante similar para todos los delitos de lesiones. El mismo Código, en su artículo 34, número 27, establece la agravante genérica de parentesco. Cfr. V. A. DUARTE FA-VEIRO y L. DA SILVA ARAUJO, *Código penal portugués, anotado*, 5.ª ed. (Coimbra, 1968), págs. 116 y sigs. y 592 y sigs.

(39) ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Homenaje al P. Pereda* (Bilbao, 1965). FERRER SAMA, *Comentarios..., IV* (Madrid, 1956), páginas 426 y sigs. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*,

el obstáculo para captar todas las acciones incriminables, la imposibilidad de apreciar las formas imperfectas de ejecución, la dificultad para calificar justamente conductas que han causado resultados más graves que los previstos, y la violación del principio de la culpabilidad.

Como referíamos antes, según ilustres comentaristas (40), la tipificación actual deja en absoluta impunidad conductas más graves que las castigadas por la Ley, pues la actual contextura legal de la acción lesiva, dada la limitación de los medios materiales y morales («el que hiriere, golpear o maltratare de obra»..., «administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas, o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu»), puede dejar sin incriminar acciones peligrosas para la vida (41), lesiones causadas por omisión, o por medios morales, y ciertos casos de propagación de enfermedad transmisible a las personas (42). Además, resultan sancionadas con excesiva benignidad (v. gr., como mera falta) conductas muy graves, en las que concurren factores de riesgo de índole sicológica. Por ejemplo, el caso de la sentencia de 1 de marzo de 1873 (43): Trátase de un niño encerrado en una habitación oscura, sin ventilación, del todo desnudo, extenuado, sin poderse sentar en una silla, con peligro de su vida, según dictamente de los médicos. Por no haberse producido heridas específicamente valorables, según los criterios legales, no se tipificó este hecho como lesiones, sino únicamente como falta de malos tratos, conforme al artículo 585, número 1.º (44).

tomo I (Madrid, 1962), págs. 626 y sigs. RODRÍGUEZ DE VESPA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed. (Madrid, 1969), pág. 149.

(40) Cfr. entre otros autores: JASO, en ANTÓN ONECA, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, II (Madrid, 1949), págs. 251 y sig. CÓRDOBA RODA, en sus *Notas a la traducción del Derecho penal de Maurach*, t. I, págs. 238 y sigs. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito: La doctrina finalista* (Barcelona, 1963, Ariel), págs. 66 y sigs. RODRÍGUEZ DE VESPA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed. (Madrid, 1969), págs. 121, 136 y 149. Idem, *Derecho penal español. Parte general* (Madrid, 1970), pág. 196.

(41) Para llenar este hueco se creó, equivocadamente, el delito de disparo de arma de fuego del Código penal de 1870, suprimido en el Código penal de 1932. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, I (Madrid, 1962), pág. 633. R. NÚÑEZ BARBERO, *El Código penal de 1870* (Salamanca, 1969).

(42) SAINZ CANTERO, *Alcance del delito de propagación de enfermedades contagiosas*, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados* (Granada, 1961). Idem, *El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 176-177 (1967).

(43) *Edición oficial*, págs. 267 y sigs. Recuérdense también algunos casos de «niños-lobos».

(44) RUIZ VADILLO, *Contribución al estudio de la reforma del Código penal*, en *Revista de Derecho Judicial* (Madrid, 1962), págs. 61 y sigs., propone convertir algunos tipos actuales de lesión, en tipos de peligro de producción de resultados análogos; esta teoría podía solventar la deficiente calificación del caso concreto de esta sentencia del 1 de marzo de 1873, y de otros muchos supuestos. El tema merece cada día mayor atención, pues la laguna legal se extiende a campos muy diversos. Cfr. J. GUERRA SAN MARTÍN, *La prescripción de la responsabilidad penal en los delitos de imprudencia* (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1966), en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*

Gran parte de estas lagunas desaparece si se acepta la interpretación antes indicada que, apoyándose en el artículo 652 del Código de 1822, considera las omisiones y los medios morales incluidos también entre los medios descritos como típicos en el artículo 420.

El casuismo de la legislación actual, apoyada tan unilateralmente en el resultado lesivo producido (duración de la asistencia médica, etc.), obstaculiza notablemente la consideración de las formas imperfectas de ejecución (tentativa y frustración), pues, como reconocían los romanos, *«vulnera non dantur ad mensuram»*; el resultado en las lesiones no depende únicamente —y a veces, ni principalmente— de la voluntad del agente. ¿Cómo suponer —se pregunta tratando de esto ANTÓN ONECA (45)— la intención de causar a la víctima una enfermedad que dure quince o veinte días? Además, muchas veces será imposible, o casi imposible, determinar cuántos días hubiera tardado en curar la lesión que deseó causar el agente mediante su agresión meramente intentada o frustrada. La dificultad para apreciar las formas imperfectas de ejecución adquiere en estos delitos mayor importancia que en otros, pues, con frecuencia, la acción o se interrumpe o no logra el efecto correspondiente («normal») por causas ajenas a la voluntad del agente.

Con la legislación actual deviene difícil —aunque no imposible— calificar justamente conductas que han causado culposa, o fortuitamente, resultados muchos más graves que los previstos o previsibles. Por desgracia, la jurisprudencia del más alto Tribunal exagera en este punto las deficiencias de nuestra legislación, y ofrece, por ejemplo, abundantes casos de hechos castigados como homicidios preterintencionales, a pesar de que objetiva y subjetivamente (por parte del agente) se causaron y se pretendieron únicamente lesiones.

Entre las críticas surgidas en este campo destacan los estudios del P. PEREDA contra las injustas aplicaciones del artículo 407 (en relación con el núm. 4.^º del art. 9.^º) en supuestos que debían y podían castigarse solamente como lesiones (46).

El cuarto efecto negativo, proveniente del excesivo casuismo —la violación del principio de culpabilidad— merece capítulo aparte.

D) VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Tanto la legislación como la jurisprudencia españolas, en el campo de las lesiones, violan notablemente el principio fundamental del Derecho

(diciembre, 1968), págs. 826-861. Ofrece también consideraciones importantes el estudio-informe del Colegio Nacional de Arquitectos sobre *Las atribuciones y obligaciones del arquitecto, aparejador y constructor, en las obras de arquitectura* (Madrid, 1970, Reus).

(45) ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Homenaje al P. Pereda* (Bilbao, 1965), pág. 781.

(46) J. PEREDA, *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, en *Anuario de Derecho Penal* (1956), págs. 213-227.

penal *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, pues regulan estas infracciones como delitos determinados por el resultado o (según algunos penalistas) como delitos cualificados por el resultado (47).

Según CÓRDOBA, la mayoría de los delitos de lesiones son delitos cualificados por el resultado; las lesiones del artículo 420 son propios delitos cualificados por el resultado, es decir, que en ellas la causación del evento origina la agravación de la pena, pues el resultado en el 420 produce un efecto agravatorio de la pena correspondiente a la acción de golpear o maltratar, castigada como conducta no seguida de lesión en el artículo 585, número 1.^º Las lesiones del 423 son impropios delitos cualificados por el resultado, pues la producción causal del resultado obra motivando la pena. De especial naturaleza es el artículo 422, que incluye la simple causación del resultado. O sea, que no están delimitados los medios de acción, o la configuración de la manifestación volitiva originadora de esa causación. Es un delito de mera causación (48).

Estas opiniones del catedrático de Valencia coinciden con la doctrina expuesta en muchas sentencias del Tribunal Supremo, y brindan algunas ventajas sistemático-dogmáticas, pero encuentran también algunas dificultades que a veces —en mi opinión— resultan insuperables; por ejemplo, si el agente pretende, con pleno conocimiento y con plena voluntad, causar la ceguera de la víctima y lo logra, se cumplen los requisitos del número 1.^º del artículo 420, pero resulta difícil considerarlo como delito cualificado por el resultado cuya figura básica sea la falta del artículo 585, número 1.^º (49).

Como indica ANTÓN ONECA (50), casi todas las lesiones en el Código penal (excepto la castración, la esterilización, las mutilaciones del 419, y algunas que se dirán después) deben considerarse como delitos determinados por el resultado.

Nótese bien la diferencia —destacada por ANTÓN ONECA— entre los

(47) Acerca de los delitos cualificados por el resultado, cfr. la monografía de E. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (Madrid, 1966, Reus).

(48) CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito: La doctrina finalista* (Barcelona, 1963, Ariel), págs. 66 y sigs. y 86 y sigs. Distinta opinión en QUINTANO, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, t. I (Madrid, 1962), págs. 629 y siguientes. Cfr. DEL ROSAL, *Fenomenología del hecho delictivo de la circulación*, en V *Curso Internacional de Derecho de la Circulación* (Madrid, s. f., 1963), páginas 291 y sig. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito: La doctrina finalista* (Barcelona, 1963, Ariel), págs. 66 y sigs.

(49) CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito: La doctrina finalista* (Barcelona, 1963, Ariel), pág. 5. En el sentido expuesto en el texto se ha manifestado el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la sentencia de 9 de marzo de 1970 (Aranzadi 1.338). Desde otro punto de vista rechaza esta teoría RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.^a ed. (Madrid, 1969), págs. 133 y siguiente. También sostiene opinión distinta JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. VI (Buenos Aires, 1962, Losada), pág. 105, núm. 1.708.

(50) ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Homenaje al P. Pereda* (Bilbao, 1965), págs. 785 y sig.

delitos determinados por el resultado y los delitos cualificados por el resultado. Los delitos cualificados por el resultado suponen un hecho doloso y un resultado más grave que el querido; este resultado preterintencional, de naturaleza culposa o fortuita, obra como agravante. Por ejemplo, en el aborto con resultado de muerte previsto en el artículo 411, párrafo último, el autor quiere el aborto, pero no quiere ni prevé el resultado de muerte o de lesiones graves del número 1.º del artículo 420; sin embargo, este resultado cuando se produce, cualifica el delito, y convierte la pena de prisión mayor o prisión menor en pena de reclusión menor.

En los delitos cualificados por el resultado, si el resultado fuera querido por el agente, no se aplicaría la figura del delito cualificado por el resultado, sino otra distinta. En el ejemplo citado, se aplicaría el artículo 407, o el número 1.º del 420, en cualquiera de sus especies concretas (en concurso ideal con el delito de aborto).

Los delitos determinados por el resultado suponen un hecho doloso, y un resultado más grave, igual o menos grave que el querido; este resultado (que puede ser de naturaleza dolosa, culposa o fortuita) determina la pena. Por ejemplo, casi todos los delitos de lesiones: artículos 420, 421, 422, 423, 582, los números 1.º, 2.º, 3.º y 7.º del artículo 583, y el número 1.º del artículo 585. Estos delitos suponen que el autor quiere herir, golpear o maltratar de obra (en cualquier sentido o grado), y determinan la pena según el resultado objetivo, prescindiendo de que este resultado sea igual, mayor o menor que el querido, previsto, previsible o imprevisible. Basta el mero nexo de causalidad entre el hecho doloso (la voluntad de herir, «dolo de lesionar», «intención delictiva de maltratar o herir» en general, dicen, por ejemplo, las sentencias de 25 de abril de 1966 y 9 de noviembre de 1956 —Aranz. 3.358—) y el resultado (51).

Por tanto, median tres diferencias fundamentales entre los delitos cualificados y los determinados por el resultado:

(51) Este objetivismo puede evitarse, o al menos aminorarse, en muchos casos (por ejemplo, cuando el resultado sea imprevisible) negando el nexo causal o el requisito de voluntariedad exigido en el párrafo primero del artículo 1.º, como indican COBO, CÓRDOBA y otros autores. M. COBO, *“Praeter intentionem” y principio de culpabilidad*, en *Anuario de Derecho Penal* (1965), págs. 85 y sigs., especialmente 93 y sigs., con amplia información bibliográfica. CÓRDOBA RODA, en las *Notas a la traducción del Tratado de Maurach*, t. II (Barcelona, 1962), págs. 85 y siguientes.

DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español. Parte especial, Delitos contra las personas* (Madrid, 1962), pág. 454, encuentran en estos artículos del Código penal una “profunda antinomia que subyace en las lesiones, que concebidas a base de módulos objetivos, puramente materiales, atendiendo al resultado como factor que encasilla las penas, sin embargo, paradójicamente, o si se quiere, antinómicamente, los tipos se conciben en buena medida, en forma de comisión exclusivamente dolosa”.

RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed. (Madrid, 1969), págs. 133 y sigs., opina que, según la ley, el dolo cubre el resultado. Se basa en la interpretación unívoca de la palabra lesión.

1.º El resultado en los cualificados no puede ser doloso, según algunas teorías tiene que ser preterintencional; en los determinados puede ser doloso, culposo o fortuito.

2.º El resultado de los cualificados aumenta la pena (básica); en los determinados la determina (no se puede decir que la aumente, pues no hay pena básica —ni tipo básico— que sirva de criterio comparativo).

3.º El resultado en los cualificados tiene que ser más grave que el querido; en los determinados puede ser menos, igual o más grave que el querido (52).

Salta a la vista que si los delitos cualificados por el resultado —en cuanto herederos de un *versari in re illicita* objetivista, como indica JIMÉNEZ DE ASÚA (53)— violan el principio de culpabilidad, más lo violan los determinados por el resultado. Si los primeros adolecen de objetivismo, más los segundos. Este objetivismo se extiende a otros campos del Código penal a través de los tipos de lesiones; así, por ejemplo, en las cualificaciones de los arts. 233, 260, núms. 1.º y 2.º, etc. Si se admite el dolo de ímpetu (54) desaparecen algunos obstáculos, pero quedan en pie los más importantes.

Los artículos 424, 583, número 7.º, y 408 que imputan las lesiones (o la muerte) producidas en riña confusa y tumultuaria a quienes hubieren ejercido cualquier violencia en la persona del ofendido o hubiesen causado lesiones graves también rezuman objetivismo, pero no deben considerarse delitos cualificados por el resultado, aunque eminentes autores desarrollan serios argumentos en contra (55), ni delitos determinados por el resultado. Estos artículos infringen el principio de culpabilidad porque se apoyan en una condición objetiva de punibilidad: la falta de constancia del autor de las lesiones graves o menos graves (o de la muerte). Este y otros delitos de sospecha, según terminología de MANZINI, no requieren ni nexo de causalidad en toda su extensión, basta un nexo de causalidad inicial; tampoco requieren nexo culpabilista alguno (56).

Algunos comentaristas (57) consideran que es todavía mayor el obje-

(52) Para corroborar esta calificación de delitos determinados por el resultado (como distintos de los delitos cualificados por el resultado) puede leerse el trabajo de C. F. GROSSO, *Struttura e sistematica dei c. d. "delitti aggravati dall'evento"*, en *Rev. ital. Diritto Proc. Penale* (1963), págs. 443-505, especialmente páginas 445 y sigs.

(53) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *L'infraction préterintentionnelle*, en *Revue Science Criminelle* (1960), pág. 568. Idem, *Tratado de Derecho penal*, t. VI (Buenos Aires, 1962), págs. 21 y sigs.

(54) CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella Università di Pisa* (Florencia), §§ 69, 77, 283 y 319.

(55) DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra las personas*, I (Madrid, 1962), págs. 228 y sigs. y 236 y siguientes.

(56) RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed. (Madrid, 1969), págs. 138 y 72 y sigs. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo III, 3.ª ed. (Buenos Aires, 1965, Losada), núm. 1.079.

(57) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, vol. II (Madrid, 1963),

tivismo en las lesiones laborales del artículo 427. La reforma de 1963 modificó y mejoró este artículo, pero sólo externamente, sin atenerse a lo indicado en la Ley de Bases. Según la nueva formulación, si las infracciones graves de las Leyes de trabajo ocasionan quebranto apreciable en la salud o en la integridad corporal de los obreros (es decir, según autorizados comentaristas (58), si ocasionan algunas de las lesiones de los artículos 420-422) serán aplicables las penas señaladas en los artículos 420 a 422. El texto no exige dolo de lesionar, basta, en mi opinión, el dolo respecto al incumplimiento de las Leyes de trabajo. Las críticas contra este artículo escritas por QUINTANO y por ANTÓN ONECA merecen nuestra atención (59).

Según el artículo 427, escribe QUINTANO (60), algunas veces las lesiones culposas tendrían las mismas penas que las dolosas, y en desproporción con las castigadas conforme al artículo 565. Pero QUINTANO no aprecia debidamente la naturaleza jurídica de este delito, pues escribe que en el artículo 427 subsiste la especialidad de que las lesiones se produzcan como consecuencia de vulneración de la legislación laboral, esto es, en una dimensión que técnicamente correspondería a lo culposo, y que si por razones de política criminal se quisiera agravar, su lugar propio estaría en el título XIV dedicado a la imprudencia. QUINTANO continúa explicando este delito como culposo *de lege ferenda*, lo cual resulta cuestionable por varias razones:

1.^a Las infracciones de las Leyes de trabajo son de naturaleza dolosa: así lo decía expresamente el Código en su formulación anterior a 1963. La reforma de 1963 no pretendió cambiar este punto; suprimió la frase relativa al dolo por creerla superflua; y con razón, pues mientras no se pruebe lo contrario, mientras la propia Ley no disponga otra cosa, el Código penal incrimina únicamente acciones dolosas (61).

2.^a El moderno Derecho penal comparado ofrece figuras semejantes evidentemente dolosas. Por ejemplo, en Israel (*Factories Ordinance*, número 11) y en varias repúblicas socialistas, como se verá en la tercera parte de este trabajo.

3.^a Este artículo contiene un delito doloso de desobediencia o de pe-

páginas 95 y sig. ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Homenaje al P. Pereda* (Bilbao, 1965), pág. 786.

(58) ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Homenaje al P. Pereda* (Bilbao, 1965), pág. 786.

(59) La restante bibliografía sobre el tema ofrece menor interés. Cfr. J. LLUIS Y NAVAS, *La responsabilidad laboral, penal y civil por faltas de adopción de medidas de prevención de accidentes de trabajo* (Barcelona, 1969, Librería Bosch), páginas 299 y sigs. GONZAL RODRÍGUEZ, *Nuevo delito de infracciones de trabajo* (Madrid, 1951).

(60) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, vol. II (Madrid, 1963), página 96.

(61) RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español. Parte general* (Madrid, 1970), página 279.

ligro-lesión (62), en el cual la lesión es mera condición objetiva de punibilidad. Con más claridad aparecía esta naturaleza jurídica en la redacción alternativa de la Ley de Bases que configuraba acertadamente una infracción de peligro al decir: «que ocasionen o puedan ocasionar». Esta segunda opción quedó suprimida en los trabajos de la Comisión sin que se hayan publicado los motivos (63). El texto vigente considera como fundamental y característica la infracción dolosa grave de las Leyes de trabajo que amenace causar lesiones a los obreros; en cambio, considera como accidental y secundaria, como mera condición objetiva de punibilidad, la lesión del trabajador. El dolo del autor debe cubrir directamente la infracción de las Leyes de trabajo; no debe cubrir así la lesión, ésta basta que sea previsible.

Al interpretar este artículo no puede estimarse como fundamental lo que es mera condición; ni puede valorarse su pena como sanción por las lesiones culposas. La pena corresponde al delito básico doloso *incriminado* cuando produce un resultado de lesiones. La crítica de este artículo no debe fijarse en la cuantía de la pena, sino en la colocación asistemática de esta figura propia de un capítulo sobre delitos laborales, o sobre delitos de peligro-lesión, y en la posible falta de culpabilidad respecto al resultado lesivo. Si el Código exigiera el requisito del *nexo culpabilístico* en este artículo, o en otro de la parte general —de modo semejante al parágrafo 56 del Código penal alemán y al artículo que se propone *de lege ferenda*, al final de este trabajo— nada se podría objetar a su formulación y a su contenido.

Este artículo no castiga únicamente, ni principalmente, las lesiones culposas, sino la conducta dolosa (la infracción grave de las Leyes de trabajo) y peligrosa, pues esa infracción pone en peligro la *incolumidad corporal* de los obreros. Por tanto, es inadecuado comparar la pena de las lesiones dolosas del 420 con la pena de las lesiones culposas del 427. Unicamente puede compararse la pena de las lesiones dolosas del artículo 420 con la pena de las infracciones dolosas y peligrosas de las Leyes laborales, según el artículo 427. No veo razones serias para criticar que en algunos casos ambas penas resulten iguales.

Jurisprudencia y doctrina. El objetivismo del Código penal respecto a las lesiones, encuentra apoyo en el campo doctrinal y más aún en el jurisprudencial. Algunos autores y muchas sentencias del Tribunal Supremo subrayan más de lo debido los obstáculos de la prueba al pretender

(62) BERISTÁIN, *Resultado y delitos de peligro*, en *Revista Facultad de Madrid* (1969), págs. 445-464. Idem, *El delito de peligro por conducción temeraria*, en *Revista de Derecho de la Circulación* (1970), págs. 527 y sigs.

(63) Con razón critica RODRÍGUEZ DE VESA (*Derecho penal español. Parte especial*, 3.^a ed., pág. 138) este mutismo científico contrario a la tradición española y a la actual metodología internacional. Actualmente se publica —aunque con poca difusión, por razones económicas— el *Diario de Sesiones* de la Comisión de Justicia. Suplemento al *Boletín Oficial de las Cortes*. El valor informativo de esta publicación es grande.

constatar el elemento interno en el delito de lesiones, olvidan o desconocen las diferencias ya hace siglos consideradas por los juristas (64) entre el *animus laedendi* y el *animus neccandi*, y atienden menos de lo debido a las características subjetivas peculiares de algunas figuras delictivas de este capítulo (65).

La equiparación o casi equiparación del propósito lesivo con el propósito occisivo (66) aboca a conclusiones judiciales opuestas al principio de culpabilidad, como lo muestran muchas sentencias que —salvo excepciones de fecha reciente (67)—, en vez de suavizar, aumentan el objetivismo del Código penal. Así, por ejemplo, la sentencia de 5 de enero de 1944: un disparo con la intención de sólo intimidar causa en la mano una lesión calificada de leve, pero que determina la muerte a los diecinueve días, por complicación sufrida por padecimiento diabético de la víctima. El Tribunal Supremo se negó a calificarlo de lesiones; y lo calificó de homicidio por no «hacerse referencia alguna a su probable curación ni efectos ulteriores como lesión no mortal, lo que imposibilita de manera absoluta señalar» sus características punibles dentro de las lesiones (68). Existen muchas sentencias semejantes (69) en las que, como indica PEREDA (70), por bofetada con mala caída, o por lesión en broma y a petición de la víctima, se ha calificado a los autores de homicidas dolosos.

En este lugar merece citarse la sentencia de 19 de enero de 1878, que ha suscitado juicios opuestos en los comentaristas. La procesada (que sostenía relaciones amorosas con un criado de la casa), estando su marido durmiendo, le infirió con unas tijeras de botero una herida en el aparato genital de 12 centímetros de extensión y 4 de profundidad, pro-

(64) THONISSEN, *Le Droit pénal de la Republique athénienne*, pág. 260. Cfr. QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. I (Madrid, 1962), página 613.

(65) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, vol. II (Madrid, 1946), página 254, considera que “la distancia entre el *animus neccandi* y el *animus laedendi...* es de una imprecisión manifiesta...”. Así se expresa también en la 2.^a ed. (Madrid, 1966), pág. 770.

(66) Esta equiparación o cuasi equiparación encontraba ya acogida en las Partidas al considerar las lesiones como camino para el homicidio: “ser la ferida carrera de muerte en non sabe el que la face a quanto puede llegar”. PACHECO equipara excesivamente las lesiones al homicidio (asesinato) al comentar el párrafo segundo del artículo 343 (equivalente al actual 420). *El Código penal concordado y comentado* t. III, 4.^a ed. (Madrid, 1870), pág. 56.

(67) Cfr., por ejemplo, la sentencia de 13 de abril de 1970 (Ar. 1.707): “quedó exteriorizada la intención homicida por el lugar anatómico elegido para las tres puñaladas... y por el impulso que las imprimió”. Sentencia de 9 de marzo de 1970 (Ar. 1.338).

(68) El Tribunal Supremo en ésta y otras sentencias se refiere a las implicaciones de criterios procesales atinentes a la prueba.

(69) Por ejemplo, las sentencias de 23 de noviembre de 1945, 2 de marzo de 1945 y 16 de junio de 1949.

(70) PEREDA, *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, en *Anuario de Derecho Penal* (1956), págs. 218 y sigs.

duciendo la salida de los testículos, la pérdida de uno de ellos. El Tribunal *a quo* calificó el hecho como lesiones menos graves del número 3.º del artículo 431 (hoy 420); el Tribunal Supremo casó la sentencia, y calificó el hecho como mutilación de propósito, consumada (según el hoy 419, párrafo 1.º); no como frustración o tentativa de castración, a pesar de que los hechos probados muestran evidentemente la intención de la procesada: castrar a su marido.

QUINTANO (71) ve en esta sentencia un criticable apego al objetivismo del resultado, y considera esta herida o mutilación como un resultado *causado*, pero no querido, en relación de causalidad natural y no finalista, diferencia de suma importancia para distinguir las mutilaciones de las lesiones *stricto sensu*. Y CUELLO CALÓN (72) critica semejantemente esta resolución por creer que, al constar en los hechos probados la intención de castrar, se debió calificar la acción dentro del artículo 418, como castración frustrada.

Sin embargo, eminentes penalistas aprueban esta decisión jurisprudencial. FERRER SAMA, en sus *Comentarios al Código penal* (73), asiente con el Tribunal Supremo «por cuanto siendo castigada con igual pena la castración y la mutilación causada de propósito... y resultando evidente en la mujer el propósito de castrar, tal propósito lleva implícito el de mutilar... y, caso de castigársele como autora de un delito de castración frustrada (74), vendría a ser beneficiada, de manera absurda, precisamente por la existencia de dicha intención de castrar a su marido...». En metodología lógico-formal no cabe objetar dificultad alguna contra esta exégesis, y contra esta aplicación del artículo 68, que también aprueban DEL ROSAL, COBO y RODRÍGUEZ MOURULLO (75). Pero, sin embargo, me permito disentir de la conclusión a que ella conduce, por las razones que después se exponen.

RODRÍGUEZ DEVESA (76), tratando el tema en general, sin referirse directamente a esta sentencia, opina que si quien pretende practicar la castración no consigue su propósito, pero extirpa una parte de los órganos sexuales, estaremos en el supuesto del párrafo 3.º del artículo 1.º del Código, puesto que resulta una mutilación cuando el propósito era la extirpación, y habrá que aplicar lo dispuesto en el artículo 50.

A pesar de reconocer el valor objetivo de lo expuesto por estos emi-

(71) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo IV (1967), coordinado por GIMBERNAT, págs. 703, 637 y sig.

(72) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. II, 9.ª ed. (Barcelona, 1955), pág. 514, y *Derecho penal*, t. II, vol. II, 12.ª ed. (1967), pág. 501.

(73) FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. IV (1956), págs. 340 y siguientes.

(74) El texto dice consentida, pero supongo por el contexto que quiere decir frustrada o intentada.

(75) DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español. Parte especial, Delitos contra las personas* (Madrid, 1962), pág. 507.

(76) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, 3.ª ed. (Madrid, 1969), páginas 120 y sig.

nentes penalistas, me permite plantear el problema desde otro punto de vista; desde un punto de vista menos abstracto y más concreto, más técnico-dogmático, más personalista.

Este hecho admite una de las tres soluciones siguientes:

A) Aplicar el artículo 68, concurso de Leyes. Considerar que el hecho puede calificarse como tentativa (77) de castración o como mutilación consumada, y, por tanto, aplicar la Ley que lo castiga con pena más grave, o sea como mutilación consumada, a tenor del artículo 419, párrafo 1.º.

B) Aplicar lo dispuesto en el artículo 50, pues el delito ejecutado fue distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable. Esta solución —muy atinada en general— no puede aplicarse a los hechos concretos de esta sentencia: el párrafo 1.º del artículo 50 supone que el delito propuesto es de distinta gravedad que el ejecutado, lo cual no sucede en nuestro caso, pues ambos están penados con reclusión menor (a no ser que se pretenda aplicar el párrafo 2.º del art. 419, apoyándose en que es una mutilación no ejecutada de propósito, apoyo que no parece sólido ni por el texto del artículo ni por sus antecedentes en la Ley de Bases que hablaban de «casos de menor gravedad en la mutilación»); y el párrafo 2.º supone que la Ley castiga la tentativa o frustración que constituyeran los actos ejecutados con pena mayor, lo cual tampoco sucede en nuestro caso.

C) Aplicar el artículo 418, en grado de tentativa, pues el hecho sólo puede calificarse como tentativa de castración (78). Juzgo más fundada esta solución por dos razones:

1.º Por la necesidad de tener en cuenta las razones atenuantes en la tentativa, o/y en la frustración. La tentativa, o/y la frustración, se castiga generalmente —salvo excepciones en Códigos excesivamente subjetivistas, como el francés— con pena menor que la consumación por serias razones teóricas y legales. Quien considera el caso concreto que ahora analizamos como delito consumado de mutilación, conculca las razones objetivas y legales generalmente admitidas para atenuar la pena de las formas imperfectas de ejecución.

2.º Por la necesidad reconocida, cada día más, en la doctrina y la legislación, de tener en cuenta los elementos subjetivos, el factor personal del delincuente. En este caso la intención de la mujer va dirigida, indu-

(77) Este caso debe calificarse como tentativa más que como delito frustrado, pues el autor no practica todos los actos de ejecución, y todavía era posible el desistimiento; con otras palabras, el resultado que se había propuesto la mujer no se produce por la mera cesación de la actividad ejecutiva; la mujer, al desistir, detiene el curso de los acontecimientos desencadenados por su actuar precedente. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal. Parte general* (Madrid, 1969), págs. 633 y sig. De todos modos, la diferenciación entre tentativa y frustración no importa para el problema central que se discute en el texto.

(78) O como castración frustrada, que viene a ser lo mismo para el problema que aquí se discute.

dablemente, a castrar (79). Se debe, pues, castigar su conducta como castración, en el grado fáctico que haya alcanzado. Aunque, en los hechos que ahora comentamos, el propósito de castrar lleva implícito *objetivamente* el de mutilar; sin embargo, subjetivamente, en el ánimo de la autora, pueden y deben observarse algunas diferencias. El Código parece apreciarlas al separar los tipos del artículo 418 y del 419. Se trata de delitos disyuntivos, no alternativos: o sea, de delitos que se excluyen entre sí (80). El juez debe mantener esta diferenciación.

Unos hechos algo similares (81) a los calificados en la sentencia de 19 de enero de 1878 han sido resueltos recientemente (sentencia de 31 de enero de 1964) en sentido de atinado subjetivismo. La procesada, que había sido repudiada por su marido, forma la idea de dar un castigo ejemplar a éste, y con tal finalidad accede a tener una cita con él en una cueva, y cuando lo ve desnudo se lanza con un cuchillo a cortale el miembro viril, no lográndolo porque el agredido pudo esquivar el golpe con la pierna, recibiendo sólo ligeras heridas.

Acertadamente, el Tribunal Supremo rechaza el recurso que pedía la aplicación del artículo 582 del Código penal en atención a que sólo se produjeron lesiones de poca importancia que curaron a los diez días; «pretensión inadmisible —dice el Tribunal Supremo— porque el dolo que tipifica la infracción no se obtiene del resultado logrado, sino del *animus* o intención perseguida por el agente revelados por los actos exteriores de ejecución y dan a conocer cuál fue el propósito que determinó a obrar al culpable».

Esta y otras sentencias recientes prueban en nuestra doctrina juríspudencial una mayor atención y un mayor respeto al principio de culpabilidad en el campo de las lesiones. Pero todavía queda mucho camino por andar.

(79) Conviene matizar la formulación; conviene explicar que la acción de la procesada no es una mutilación genérica, sino específicamente una castración, la mujer desea propiamente la castración de su marido; sólo en cierto sentido puede decirse, como indican FERRER y DEL ROSAL, que quiere la mutilación, pues ella hace lo que quiere (aunque no hace todo lo que quiere) cuando le produce esa mutilación. Sin embargo, este conocimiento y esta voluntad de mutilar deben quedar para el jurista en segundo plano, por las razones que se indican en el texto. Sería superficial afirmar que la solución del Tribunal Supremo carece de razones serias. Sin embargo, creo que la solución propuesta en el texto cuenta con mayores razones.

El dolo de lo más grave no incluye siempre el dolo de lo que normalmente es camino para lo más grave; el dolo de matar no incluye siempre el dolo de lesionar (art. 421). Cfr. DEL ROSAL, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, 2.^a ed. (Madrid, 1961), págs. 192 y sigs. DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español. Parte especial* (1962), págs. 442 y sigs. JASO, en RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, II (1949), págs. 254 y sig.

(80) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. III, 3.^a ed. (Buenos Aires, 1965), núm. 1.230.

(81) Similares subjetivamente, pero no objetivamente, pues produjeron un resultado mucho más leve.

E) PENALIDAD

La penalidad en las lesiones ofrece lamentables incongruencias que obligan al juez en muchos casos a imposiciones de penas desproporcionadas. Ciertas incongruencias son exclusivas de estos delitos, otras comunes a éstas y otras figuras. Conviene exponer primero algunas de las incongruencias genéricas. Nos limitaremos a comentar dos puntos:

1.º Las penas accesorias de la pena señalada en gran parte de los artículos del capítulo IV.

2.º La pena de multa de los artículos 420 y siguientes.

Respecto al primer tema llama la atención que las penas accesorias de la reclusión menor impuesta por los artículos 418, 419 (párrafo 1.º), 420 (párrafo 2.º) y 421, pueden ser en muchos casos y para muchas personas menos graves que las penas accesorias de la prisión mayor impuesta por los artículos 419 (párrafo 2.º), 420, 421, 423, etc., pues ésta, a tenor del artículo 47, lleva consigo la privación de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio; en cambio, la reclusión menor, por lo establecido en el artículo 46, sólo lleva como accesoria la inhabilitación absoluta, y, por tanto, el reo durante el tiempo de la condena puede ejercer cualquier profesión u oficio (con tal de que no sean públicos), y el derecho de sufragio, con tal de que no verse sobre cargos públicos (82). Esta incongruencia proviene del Código penal de 1870, artículos 59 y sigs. El anterior de 1848, y el de 1850, regulan más armónicamente este punto (artículos 50 y sigs.) (83).

(82) Llama la atención al arcaísmo y las incongruencias de esta parte del Código penal, a pesar de tantas reformas recientes. Aún ciertas figuras introducidas modernamente en el Código —arts. 452 bis, a), y siguientes— emplean penas tan criticables y criticadas como la de inhabilitación especial que priva al reo del derecho elemental de trabajar. Estos artículos imponen la pena de inhabilitación especial, sin concretar nada más; no concretan si se trata sólo de la inhabilitación especial para cargo público —art. 36—, o de la inhabilitación especial para el derecho de sufragio —art. 37—, o de la inhabilitación especial para profesión u oficio —art. 41—. Por tanto, se trata de la pena descrita en el artículo 27: la inhabilitación especial para cargos públicos, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio (entendiéndolos copulativamente, según el texto del artículo 41: "y las de cualquier otra clase").

Estos artículos —452 bis, a), y siguientes— imponen las penas privativas de derechos como penas principales, pueden, pues, afectar a personas que están en libertad, y que, por ende, tienen derecho y obligación de trabajar más —si cabe— que los internos en instituciones penitenciarias.

El lamentabilísimo retraso de nuestra legislación en el campo de la pena, aparece también —desde otro punto de vista— comparando los artículos del Código penal español con las atinadas conclusiones de los juristas alemanes reunidos en Maguncia del 22 al 25 de septiembre de 1970: *Beschlüsse des 48. Deutschen Juristentages. Strafrechtliche Abteilung* (Bonn, 1970, separata).

(83) Cfr. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, t. I, 4.ª ed. (Madrid, 1870), págs. 330 y sigs. Respecto a la evolución general de las penas

Problemas distintos y más frecuentes surgen en muchas lesiones que llevan consigo la pena de multa como pena principal compuesta, con el tope mínimo de cinco mil pesetas: artículos 420, números 2.^º y 4.^º, 420, párrafo 2.^º, y 422, párrafo 2.^º. La práctica y la doctrina aplican estas penas en muchos casos con criterios opuestos a la moderna dogmática y política criminal, sin que el texto legal obligue a tal interpretación.

Los Tribunales cuando deben aplicar la pena inferior en grado a la pena de multa cuyo tope mínimo sea de cinco mil pesetas, nunca imponen una multa por debajo de esa cantidad. Esta costumbre judicial se apoya principalmente en el artículo 6.^º y en la doctrina de eminentes especialistas (84).

A pesar de tan autorizadas opiniones, serias razones objetivas permiten afirmar que la pena de multa puede ser inferior a cinco mil pesetas en muchos casos de verdaderos delitos (no faltas) por dos razones:

1.^a Una pena puede ser grave aunque la multa correspondiente no llegue a cinco mil pesetas.

2.^a El Tribunal debe imponer a muchos delincuentes penas leves aunque la Ley castigue con pena grave el delito en el que ellos tomaron parte.

Para comprender la primera razón basta interpretar técnicamente el artículo 28. Este artículo exige que la pena grave de multa sea superior a cinco mil pesetas cuando se impusiere como pena principal única, pero no cuando se impusiere como parte de una pena principal compuesta. Una pena principal compuesta puede ser grave aunque su pena de multa sea inferior a cinco mil pesetas.

La razón segunda se apoya principalmente en el artículo 6.^º, y en el párrafo 2.^º del artículo 49. Estos preceptos legales determinan que son delitos las infracciones que la Ley (no dice el juez) castiga con penas graves y que al autor del delito consumado se le impondrá una pena grave.

Pero ningún artículo del Código penal determina que se imponga pena grave a los autores de un delito frustrado, ni a los autores de tentativa de delito, ni en los demás casos de las diversas formas de participación criminal (85). En estos supuestos, el Código —arts. 51 y sigs.— prescribe penas menores que la señalada al autor del delito consumado; y no de-

inhabilitantes, BERISTÁIN, *La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana* (Madrid, 1966, Reus), separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

(84) La razón más fuerte contra la doctrina defendida en el texto podría apoyarse en el artículo 74. Pero tampoco este artículo ofrece serias dificultades, pues trata únicamente de la última pena única grave.

En general, cfr. RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español. Parte general* (Madrid 1970), págs. 742 y sigs.

(85) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. I (Madrid, 1949), pág. 559. En sentido distinto, RODRÍGUEZ DE VESA, *Sobre determinación de la pena inferior o superior en grado a la de multa en el Código penal de 1944*, en *Revista General de Derecho* (Valencia, 1948), núms. 46 y 47, págs. 428-430, y núm. 48, págs. 480-486.

termina que han de ser penas graves (86). Por tanto, a un delito en las diversas formas de participación criminal y en los casos de delito imposible, conspiración, proposición, provocación, complicidad y encubrimiento puede corresponder una pena de multa inferior a cinco mil pesetas.

Sería deseable que el Código reforme radicalmente el sistema de penas pecuniarias (87), pero mientras tanto conviene interpretar sus preceptos y suplir sus lagunas del modo más concorde posible con la dogmática y política criminal moderna. Por ejemplo, el artículo 76 del Código penal prescinde de fijar si la pena superior e inferior en grado pueden tener el mismo tope inferior y superior, respectivamente, que la pena base. Razón de semejanza con las penas privativas de libertad, razones históricas y razones de equidad piden que la pena superior en grado nunca sea —ni pueda ser— igual a la inferior, y viceversa. El Código de 1932 (art. 80) daba pie a la interpretación contraria; el legislador al corregir aquella formulación nos induce a sospechar que quiso cambiar el criterio. La razón que algunos exponen en contra (una multa de mayor cantidad puede significar menos perjuicio que una de menor cantidad, según el caudal económico del reo), podría aplicarse también a las penas privativas de libertad: el perjuicio que causa la privación de libertad varía mucho de unas personas a otras, según su profesión, su rango social, etc.

Los artículos que señalan se aplique pena menor a los cómplices, encubridores, etc., pueden quedar incumplidos si la pena inferior en grado conserva el mismo tope superior que la pena base. Entonces sólo se modifica el arbitrio judicial que se amplía en forma sin paralelo semejante en otras penas. También, si la pena superior en grado conserva el mismo tope inferior que la pena base podrían quedar incumplidos —por excesivo arbitrio judicial— los artículos que señalan se aplique pena de multa superior en grado.

Entre las incongruencias propias de los artículos reguladores de las lesiones conviene concretar dos principalmente:

1.^a El desacuerdo de graduar la sanción tomando como baremo principal el resultado.

2.^a El desacuerdo de aplicar penas en toda su extensión.

Respecto al primer punto, en los delitos de lesiones, para graduar la gravedad del hecho punible y para graduar la cuantía de la sanción, el Código penal propone con harta frecuencia como criterio básico un re-

(86) La palabra delito en el artículo 3.^º significa infracción en general, pues define también las faltas frustradas, por lo indicado en el párrafo segundo del artículo 5.^º

(87) BERISTÁIN, *La reforma del Código penal alemán*, en *Anuario de Derecho Penal* (1969), págs. 371 y sigs. Idem, *El delito de peligro por conducción temeraria*, en *Revista Derecho de la Circulación* (1970), págs. 527 y sigs.

sultado permanente o la duración de la asistencia médica necesaria, o el tiempo que tardó en curar la lesión. El resultado permanente de que habla el Código, por ejemplo, en los números 1.^º y 2.^º del artículo 420, presenta entre otras dificultades la de imposibilitar la calificación debida en casos de lesiones que producen casualmente la muerte, dando pie a esas contradicciones condenas por homicidio doloso, con la atenuante de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo (88).

El artículo 420 (núms. 3.^º y 4.^º) y los artículos 421, 422, 423, 424, 427 y 582, emplean como criterio la duración de la asistencia médica o de la lesión. Este baremo presenta también la dificultad indicada respecto a la calificación en casos de lesiones que producen casualmente la muerte, y además aboca, en gran número de casos, a la determinación de una pena totalmente desproporcionada a la gravedad del hecho y a la reprochabilidad del autor (89). Muchas veces resulta absurdo tomar como criterio de gravedad el número de días que la víctima precisó asistencia facultativa o que la lesión tardó en curar (90), pues no siempre hay correlación

(88) FERRER SAMA, *Comentarios...*, t. II (1947), pág. 237.

(89) Atinadamente FERRER SAMA (t. IV, pág. 326) critica el criterio del Código que es "reprobable a todas luces, principalmente por lo que respecta a la gradación de tipos establecida según el sistema del mayor o menor tiempo requerido para la curación, por cuanto, dados los progresos experimentados en el campo de la medicina y de la cirugía, es perfectamente posible que atentados corporales de suma gravedad intrínseca queden reducidos a infracciones penales de ínfima importancia, como sería el caso del que infiere a otro con una navaja una herida en el vientre, ocasionándole incluso una perforación intestinal, pero cuando la herida en pocos días merced a una rápida y eficaz intervención quirúrgica combinada con el empleo de los modernos antibióticos.

Por el contrario, heridas que en sí consideradas habrían de merecer la calificación de leves, pueden convertirse en delito sumamente grave cuando por un defectuoso tratamiento se complican, retardando durante meses la total curación."

(90) El Código establece una diferencia entre el tiempo que la víctima precisa asistencia facultativa y el tiempo que la lesión tarda en curar (sin necesidad de asistencia médica). La práctica judicial suele desatender esta matización que el Tribunal Supremo acoge claramente en algunas sentencias. Por ejemplo, en la sentencia de 30 de mayo de 1968 (Ar. 2.684) que casó el fallo del Tribunal *a quo* afirmando en su *considerando* primero: "Que el primer motivo del recurso demanda se declare la inaplicación del artículo 422, en su apartado 1.^º, ya que en la relación fáctica que sirve de premisa a la sentencia impugnada se dice que el perjudicado curó de unas lesiones a los veinte días, no apreciándose que estuviera incapacitado para el trabajo o que tuviera necesidad de asistencia facultativa, lo que resulta, en efecto, cierto, pues estos extremos se silencian en absoluto y... el interesado hizo su vida habitual... ello determina la necesidad de... aplicar al caso el artículo 583 del Código penal en su número 1.^º..." RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.^a ed. (Madrid, 1969), pág. 136, subraya que no basta con una enfermedad que dure más de quince días, sino que es preciso concurrir, además, la incapacidad para el trabajo o sea precisa la asistencia facultativa por igual tiempo. En otro caso, estaremos ante una falta de lesiones (artículo 583, núm. 1.^º). (No es aplicable aquí el artículo 582, como dice, probablemente por errata de imprenta, RODRÍGUEZ DEVESA.)

entre la gravedad de la lesión intentada y la causada, ni entre la lesión causada y el tiempo que precisa atenciones médicas o que tarda en curar. Hoy los grandes progresos en el campo médico y farmacéutico impiden la valoración de este dato, más aún que en otros tiempos.

Por tanto, hoy más todavía que en tiempos pasados (91), no se puede hacer recaer el principal acento en el resultado con el detalle que refleja el Código. Con razón subraya PACHECO (92) que en el resultado de las lesiones hay una variedad asombrosa; lesiones leves tardan a veces en curar varias semanas, y otras graves, y aun de peligro para la vida, se curan con rapidez suma. ¿Por qué, pues, atenerse sólo a la indicación de los días que tardan en curar, y no tener en cuenta otros criterios? Concretamente, PACHECO protesta contra la no aplicación del párrafo 2.º del artículo 420 (correspondiente al artículo 343 en el Código penal de 1870) a todas las lesiones (93). Antes —al tratar del casuismo— hemos expuesto y comentado esta opinión de PACHECO. Podemos, pues, pasar ya al segundo punto: el desacuerdo de aplicar penas en toda su extensión.

El Código de 1870 logró una relativamente justa individualización de las penas al aplicar penas no enteras, pero con ello aumentó el casuismo, acertadamente criticado por el P. PEREDA en su estudio sobre la *Determinación de las penas en los artículos 159 y 161 del Código penal* (94). El Código de 1944, para evitar esta tan inhumana complicación algebraica, aplica a las lesiones penas en toda su extensión; con ello evita aquel defecto del Código de 1870, pero incurre en dos excesos y una utopía:

A) La pena superior resulta excesivamente severa; la reclusión menor de los artículos 418 y 419 (párrafo 1.º) equipara injustamente estos delitos con el de homicidio (95).

B) La pena inferior resulta excesivamente benigna: algunas lesiones que hacen necesario la asistencia facultativa durante dos semanas, o que tardan en curar trece o catorce días (art. 582), o que hubiesen producido al ofendido enfermedad por menos de treinta y un días (art. 583, núm. 1.º), deberían considerarse delitos, y no meras faltas.

C) La diferenciación entre las diversas penas por la adición de una multa (a la misma pena básica de privación de libertad) resulta ilusoria, en todos aquellos casos en que el condenado es insolvente. Por eso, en

(91) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, t. III, 5.ª ed. (1881), página 56, alaba excesivamente el criterio basado en el efecto de la lesión causada, aunque advierte también sus limitaciones: *Ibidem*, págs. 61 y sigs.

(92) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, t. III, 5.ª ed. (1881), página 62. Semejantemente se expresa RUIZ VADILLO, *Contribución al estudio de la reforma del Código penal* (Madrid, 1962), págs. 60 y sig.

(93) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, t. III, 5.ª ed. (1881), página 62.

(94) PEREDA, *Determinación de las penas en los artículos 159 y 161 del Código penal*, en *Razón y Fe*, XXX, núm. 390 (mayo, 1930), págs. 300-312.

(95) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed., páginas 121 y sigs.

la práctica casi no media diferencia entre el número 2.^º y el 3.^º del artículo 420, ni entre el número 4.^º del 420 y las lesiones menos graves del 422 (96).

Basta lo expuesto acerca de estas cuatro incongruencias genéricas y específicas de la penalidad en las lesiones para comprender que resulta desproporcionada en muchos casos.

Como resumen de todo lo indicado hasta ahora, prescindiendo de pequeñas matizaciones, hemos de reconocer que los delitos de lesiones en el Código penal y en la jurisprudencia adolecen de muy lamentables defectos, y especialmente de los cinco aquí comentados: defectuosa sistemática, falta de concepto genérico, exceso de casuismo, violación del principio de *nulla poena sine culpa* y penalidad desproporcionada.

3. Panorama comparativo. Razones para el estudio del Derecho comparado

Los principales defectos de la legislación penal española acerca de las lesiones han sido detectados y censurados con frecuencia por los autores que trataron el tema desde hace largos años, pero sin resultado satisfactorio. La crítica ha sido enérgica, pero poco eficaz, porque llevaba una orientación menos radical de lo debido y porque el ambiente no estaba suficientemente preparado.

Algunos penalistas han gastado gran parte de sus esfuerzos en este campo para probar lo evidente y para corregir lo incorregible. Generalmente los que han estudiado estos delitos de lesiones se han limitado a considerar la legislación española, o a lo sumo han completado su estudio comparándolo con tal o cual punto concreto de la legislación extranjera. Han olvidado, o subrayado poco, lo más importante en este caso (aunque también lo más difícil), lo necesario —y cada día más necesario— para solucionar estos problemas: la consideración detenida de los datos criminológicos, dogmáticos y doctrinales en otras naciones (observando con especial atención los puntos más débiles de la legislación y teoría españolas) con vistas a reestructurar fundamentalmente —*ex radice*— todo un nuevo sistema dogmático legal de las lesiones. Probablemente se equivocan los críticos que esperan corregir poco a poco los defectos de estos capítulos

(96) ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Homenaje al P. Pereda* (Bilbao, 1965), pág. 785.

Estando en prensa este artículo aparecen en el *Anuario de Derecho Penal* (1970, págs. 229-251) el estudio de ANTÓN ONECA sobre *El Código penal de 1870*, y (págs. 287-300) el de CEREZO MIR sobre *El "versari in re illicita" y el párrafo tercero del artículo 340 bis, a, del Código penal español*. Ambos aportan interesantes consideraciones respecto a varios temas insinuados en estas páginas. Lamentamos no haber podido tener en cuenta estos estudios antes de formular algunas de nuestras observaciones.

del Código. No metamos vino nuevo en odres viejos. Se debe avanzar por caminos nuevos. Se deben llevar a cabo investigaciones criminológicas y dogmáticas (históricas y comparativas) para estructurar de nueva planta la doctrina y la legislación de las lesiones, no para retocar tal o cual punto aislado, como algunos autores pretenden (97).

Como pequeña contribución a la empresa de remodelación general, estas páginas ofrecen unas consideraciones comparatistas que pueden iluminar algunos problemas indicados en las páginas anteriores.

En cuanto a la bibliografía —menos abundante y valiosa de lo que se podía y debía esperar— conviene distinguir los trabajos que consideran el tema comparativamente, y aquellos otros que se limitan a estudiar los problemas dentro de su campo nacional. Entre los trabajos comparativos destaca la aportación de QUINTANO, en el tomo I de su *Tratado*; a pesar de su brevedad, y de algunas inexactitudes y lagunas (así, por ejemplo, en el Derecho ruso se refiere al Código penal de 1926, no al de 1960, en el Derecho alemán prescinde del Proyecto gubernamental de 1958-1960), sin embargo, debe considerarse entre lo mejor publicado con preocupación comparatista. Más recientemente, SIMSON y GEERDS, en el capítulo 7.^o de su obra *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht* (98), tratan algo los problemas que aquí interesan. En 1953, GEERDS preparó, en el Max-Planck Institut f. Strafrecht, de Freiburg i. Br. —donde se conserva y lo maneja— un informe detallado —233 folios a máquina— más amplio que el publicado en *Materialien* para la gran Comisión de la Reforma del Código penal alemán (99). Ofrecen también interesantes datos y consideraciones comparatistas los estudios de BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA (100), LÖFFLER (101), HUBER —exponiendo el Derecho penal inglés y el norteamericano— (102), PORTE-PETIT —confrontando las diversas legislaciones mexicanas— (103). WEG-

(97) Esta reestructuración total necesita, naturalmente, soluciones parciales, pero orientadas a la renovación total. Cfr., en este sentido, CÓRDOBA RODA, en las notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de MAURACH, I, págs. 238 y siguientes.

(98) SIMSONS y GEERDS, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht* (Múnich, 1969, Beck). "Lesiones corporales", páginas 152-195. "Delitos de peligro de la vida o de la salud", págs. 204-212.

(99) Friedrich GEERDS, *Die Körperverletzungsdelikte*, en *MatStrafRef.*, 2, II (Bonn, 1955), págs. 255 y sigs.

(100) BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Lesiones*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. 18 (Buenos Aires, 1964, Omeba), págs. 235-274.

(101) LÖFFLER, *Die Körperverletzung*, en *Vergleichen. Darst. der Deutschen u. Ausländischen Strafrechts*, t. V, 5.^a ed. (1905), págs. 205-338.

(102) HUBER, *Die Körperverletzungsdelikte im englischen Recht unter Berücksichtigung der Dominions und der Vereinigten Staaten von Nordamerik* (tesis inédita) (Freiburg i. Br., 1954), 139 págs.

(103) Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP, *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. Estudio comparativo con los Códigos penales de las entidades federativas* (México, 1966, Ed. Jurídica Mexicana).

NER (104), SCHLEICH (105), JACOBSON (106) y JIMÉNEZ DE ASÚA —respecto a las lesiones en los deportes, con abundante bibliografía— (107).

Acerca de las lesiones y su regulación penal en cada una de las principales naciones, existen bastantes trabajos. Aquí conviene citar algunos, entre los más importantes: en Alemania, el resumen criminológico de H. KLEIN, con su bibliografía (108); en Italia, los estudios de PANNAIN y VANNINI (109); en Suiza, el de KELLER (110); en Gran Bretaña, los de MCCLINTOCK y TURNER (111); en Francia, algunos artículos publicados en los tomos IV y V de la colección del Centro de Defensa Social, sobre *La prevención de los delitos contra la vida humana y la integridad de la persona* (112); en Hispanoamérica, además del trabajo antes indicado de BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, pueden citarse los de BARRIENTOS, CAMAÑO ROSA, CÁRDENAS, FEBRES CORDERO, GUTIÉRREZ ANZOLA, NUDELMAN, LABARDINI y MÉNDEZ (113). Respecto a la legislación marxista,

(104) WEGNER, *Die Körperverletzungen. Ein Beitrag zur Kriminologie und zur Systematik der Körperverletzungsdelikte* (Kiel, 1963).

(105) BOTHO SCHLEICH, *Die gefährliche Körperverletzung und die Misshandlung Pflegebefohlener des § 223 a R. St. G. B. Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung der Reformbewegung des 20. Jahrhunderts*, Strafr. Abh. Fasc. 236 (Breslau, 1928).

(106) Rebeca JACOBSON, *Der gesetzliche Schutz des Kindes gegen körperliche Misshandlung. Eine rechtsvergleichende Abhandlung mit besonderer Berücksichtigung der strafrechtlichen Seite*, Strafr. Abh., fascículo 160 (Breslau, 1912).

(107) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, 2.^a ed. (1961), páginas 725 y sigs. y 784.

(108) Hans KLEIN, *Körperverletzung*, en *Handwörterbuch der Kriminologie*, I (Berlín, 1966, Walter de Gruyter), págs. 472 y sigs.

(109) PANNAIN, *Nuovo Digesto italiano*, t. IX, *Dei delitti contra la vita e l'incolumità individuali*. Idem, *Lesione personale*, en *Nuovo Digesto Italiano*, VII (1938), págs. 774-800. Idem, *Lesioni e percosse (Diritto penale comune)*, en *Novissimo Dig. Ita.*, IX (1963), págs. 742-767. VANNINI, *Delitti contro la vita e l'incolumità individuale* (Milano, 1958, Giuffrè).

(110) Alfred KELLER, *Die Körperverletzung im schweizerischen Strafrecht* (Zúrich, 1957, Juris-Verlag).

(111) MC CLINTOCK, *Crime of Violence* (London, 1963, Macmillan). J. W. CECIL TURNER, *Kenny's Outlines of Criminal Law* 19.^a ed. (Cambridge, 1966, University Press), págs. 164 y sigs. y 210 y sigs.

(112) *La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne*, dos vols. publicados bajo la dirección de A. BESSON y Marc ANCEL (París, 1956).

(113) BARRIENTOS RESTREPO, *Delitos contra la vida y la integridad personal* (Bogotá, 1965, Bedout). CAMAÑO ROSA, *Delitos contra la persona física* (Montevideo, Ed. Bibliog. Uruguay). CÁRDENAS, *El delito de lesiones*, en *Criminalia* (1956), págs. 762 y sigs. H. FEBRES CORDERO, *Delitos contra las personas* (Mérida, Venezuela, s. a.), págs. 105 y sigs. GUTIÉRREZ ANZOLA, *Delitos contra la integridad personal*, 3.^a ed. (Bogotá, 1956, Temis). NUDELMAN, *El delito de lesiones. Estudio penal y médico-legal* (Buenos Aires, 1953, El Ateneo). LABARDINI Y MÉNDEZ, *Las lesiones y el homicidio en los deportes*, en *Rev. Jurídica Veracruzana* (1961), páginas 269 y sigs.

WEGENER se extiende en alabanzas, mientras MAURACH, al tratar de las lesiones con resultado letal, se muestra bastante crítico (114).

A la luz de éstas y otras publicaciones, y sobre todo de las fuentes legales —algunas de las cuales transcribimos en el apéndice— y jurisprudenciales en los diversos Estados, conviene estudiar tres puntos:

- 1.º Las notas más características en los principales ordenamientos legales.
- 2.º Algunas líneas comunes en esos principales sistemas penales y en otros menos importantes, pero también dignos de consideración.
- 3.º Una regulación concreta *de lege ferenda*.

A) PARTICULARIDADES EN LOS PRINCIPALES ORDENAMIENTOS LEGALES

a) *Europa occidental*

Parece lógico empezar por los rasgos particulares de la legislación francesa que tanto ha influido, fundamentalmente a través del Código napoleónico, en los países latinos y aún más allá.

Las lesiones del Código penal francés y del Código penal español siguen líneas sistemáticas similares en general; el francés separa también las lesiones consideradas contravenciones de policía del libro IV (muy reformadas en diciembre de 1958) de los delitos y crímenes del libro III. El Código penal italiano supera en este punto a los Códigos de Francia y de España, pues reúne todas las lesiones en un solo capítulo; no contiene lesiones en su libro III, de las faltas. El Código penal galo coloca los delitos de lesiones (título II) inmediatamente después de los crímenes y delitos contra el Estado.

Francia concibe las lesiones en dos sentidos distintos, pero equiparados. Por una parte, como simples violencias y vías de hecho, sin necesidad de que lleguen a producir herida alguna (pero excluyendo las violencias insignificantes: «l'exclusion des violences légères», dice la O. número 58-1.298, de 23 de diciembre de 1958): por ejemplo, echar al suelo, abofetear, cortar el cabello (cfr. arts. 309 y 311, y Ley antidisturbios de 8 de junio de 1970) (115). Por otra parte, concibe también las lesiones

(114) M. WEGENER, *Für den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Menschen*, en *Das neue Strafrecht bedeutsamer Schritt zur Festigung unseres sozialistischen Rechtstaates* (Berlín, 1968, Staatsverlag der DDR), págs. 54-56. MAURACH, *Die Straftaten wider das Leben nach sowjetische Strafrecht*, en *Jahrbuch für Ostrecht*, Ban V (diciembre, 1964), págs. 7-30. (Estudia las lesiones con resultado mortal.)

Respecto al Irak, cfr. ALSALIHI, *Die Tötungs- und Körperletzungdelikte im irakischen Strafrecht* (Köln, 1967, Gourden Hansen).

(115) La ley de 13 de mayo de 1863 introduce en el Código penal (arts. 309 y 311) las violencias y las vías de hecho. La Orden de 23 de diciembre de 1958 insiste en la equiparación de las vías de hecho y las violencias con las lesiones (*coups et blesures*). La Ley antidisturbios de 8 de junio de 1970 amplía y aumenta

como acciones productoras de «blessures», de efectos físicos manifiestos, externos.

Semejante es el concepto en Bélgica (art. 398, párrafo 1.º) e Italia. El Código italiano, a pesar de las modificaciones introducidas por la Ley de 26 de enero de 1963, no formula un concepto general de lesiones, habla de *lesione personale* y de *percosse*. Lesión es, según el artículo 582, la enfermedad, pues su acción delictiva consiste en ocasionar una lesión que cause una enfermedad. Por enfermedad entiende la Relación Ministerial del Proyecto de Código penal (116) «qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorchè localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali». ANTOLISEI critica esta noción porque «la enfermedad —dice— no es un estado, sino un proceso patológico». Según él, enfermedad es: «quel prozesso patologico, acuto o cronico, localizzato o diffuso che determina una apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo» (117). *Percoisse*, en cambio, son los golpes o las vías de hecho que no producen enfermedad o no llevan una enfermedad subsiguiente. La doctrina y la jurisprudencia italianas concuerdan en ampliar el concepto legal afirmando que la violencia física no es necesaria para la existencia de las lesiones personales.

ANTOLISEI incluye estos delitos bajo una rúbrica semejante a la que proponemos *de lege ferenda*; él habla de «reati contro la vita e l'incolumità personale», y comprende bajo este epígrafe un campo más amplio que nosotros.

En las principales naciones latinas el texto punitivo describe casuísticamente los diversos tipos y grados de lesiones según la importancia de la herida, o del menoscabo en la salud. El Código penal italiano describe cinco clases principales, con varios subgrupos (arts. 581 y sigs.).

Respecto a la culpabilidad, tanto en Francia (a pesar de la reforma por Orden de 23 de diciembre de 1958) (118), como en Bélgica y en Italia, las lesiones conservan gran parte del objetivismo (y casuismo) clásico (119). La jurisprudencia mantiene —aunque no unánimemente— sus criterios tradicionales, pero la doctrina, por ejemplo en PISAPIA y ANTOLISEI (120),

la sanción penal de varios delitos, entre otros las violencias y las vías de hecho dentro del concepto genérico de lesiones.

(116) Relación Ministerial del Proyecto del Código penal, vol. II, págs. 237 y 379. Ya CARRARA define como lesión cualquier acto que ocasione en el cuerpo de otro un daño o dolor físico u otra perturbación, siempre que se haya producido sin ánimo de matar y sin resultado letal: *Programma*, vol. II. *Parte speciale*, 3.ª ed. (1875), párrafo 1.395, págs. 47 y sigs.

(117) ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, 4.ª ed., t. I (Milano, 1960, Giuffrè), págs. 62 y sigs.

(118) MERLE y VITU, *Traité de Droit criminel* (París, 1967), págs. 377 y sigs. y 444 y sigs.

(119) ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, t. I, 4.ª ed. (Milano, 1960, Giuffrè), págs. 68 y sigs. Cfr. GROSSO, *Struttura e sistematica dei c. d. "delitti aggravati dall'evento"*, en *Riv. ital. Dir. Pro. Pen.* (1963), págs. 443-505.

(120) ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, t. II, 4.ª ed. (1960), páginas 69 y sigs. En las lesiones del artículo 582 «Il dolo —dice PISAPIA, *Istitu-*

y en la tesis doctoral de LAGRANGE-SOCCARO (sobre el delito preterintencional) (121), exige cada día más la observancia del principio *nullum crimen sine culpa*, exige un dolo que cubra el resultado.

La legislación penal de las lesiones en el bloque de Europa Central (Alemania, Austria, Suiza) ha progresado notablemente en comparación con la de Francia y sus seguidores inmediatos. La colocación al comienzo de la parte especial es una innovación que introducen los Proyectos gubernamentales en Alemania y en Austria, así como el *Alternativ-Entwurf* (122). Este Proyecto formula atinadamente el título de estos delitos «*Straftaten gegen die Körperliche Unversehrtheit*» (Hechos punibles contra la *incolumidad corporal*), indicando así cuál es el bien jurídico protegido; y excluye acertadamente del capítulo de las lesiones los malos tratos a los menores (parágrafos 154 y sig.), y el abandono o las lesiones a las personas puestas bajo protección, por ejemplo, mujeres, ancianos, inválidos, etc.

Los Códigos de Alemania y de Suiza describen expresamente el concepto general de lesiones. El StGB alemán en su parágrafo 233 incrimina al «que maltrata a otro en su cuerpo o le daña en su salud» (123). El Proyecto de 1962 y el *Alternativ-Entwurf* (parágs. 108 y sigs.), siguen una línea semejante, aunque el *Alternativ-Entwurf* se acerca más al Código penal suizo, pues separa en sendos parágrafos los delitos de malos tratos y los delitos de lesiones. En el fondo siguen fieles a la doctrina de BELING: lesión es el ataque contra la anatomía («*Wohlsein*»), la fisiología (en un sentido muy amplio, comprensivo del «total bienestar») («*Wohl-*

zione di Diritto penale. Parte generale e parte speciale (Padova, 1965, Cedam), página 423— deve essere configurato como previsione dell'evento di *mallatia e volontà di cagionarlo*.” Si el dolo no cubre ese resultado, se debe aplicar el artículo 586 (muerte o lesiones como consecuencia de otro delito) y se aplicarán las reglas del artículo 83 (semejante, pero sólo semejante, a nuestro art. 50). En este caso, con frecuencia (según las circunstancias) se viola el principio de *nulla poena sine culpa*. Cfr. N. VITALE, *La preterintenzione* (Milano, 1956, Giuffrè), págs. 111 y sigs. BETTIOL, *Diritto penale*, 7.^a ed. (Padova, 1969), págs. 233 y sig. y 421 y siguiente. Observemos que la doctrina italiana habla de delitos contra la *incolumidad individual*.

(121) LAGRANGE-SOCCARO, *Le délit preterintencional* (París, 1962).

(122) *Regierungsvorlage eines Strafgesetzbuches samt Erläuternden Bemerkungen* (Wien, 1968) págs. 212 y sigs. Este Proyecto se aparta del sistema del Código penal actual e incluye las lesiones en un título común, el primero de la parte especial, “Hechos punibles contra el cuerpo y la vida”. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Bes. Teil. Straftaten gegen die Person. Erster Halbband* (Tübingen, 1970). En la página 4 aparecen los delitos contra la persona en el primer título —1. *Abschnitt*— del libro segundo.

(123) La jurisprudencia y la doctrina alemanas niegan que este parágrafo proteja al feto. Por tanto, resulta difícil incriminar por este parágrafo a las nueve personas recientemente juzgadas en Aquisgrán por la fabricación y venta de la Talidomida. El proceso ha durado dos años y medio con 280 vistas; se han grabado 400 kilómetros de cinta magnetofónica; la fábrica ha prometido cien millones de marcos para indemnizar a los niños deformes, y cuatro millones para indemnizar a las madres afectadas en su propia salud.

befunden») y la estética («Wohlaussehen») del cuerpo humano. Suiza presenta la definición legal en el párrafo 3.º del artículo 122 de su Código penal. En Austria, el Proyecto de 1968 formula también un concepto legal en su parágrafo 96 (124), colmando así la laguna del Código penal actual, que carece de concepto genérico.

Como posible causa de exclusión de la antijuridicidad se estudia muy ampliamente en Alemania el problema del consentimiento (parág. 226 a), sobre todo en referencia con las intervenciones médicas (125).

La culpabilidad queda bastante bien salvaguardada en este bloque de Códigos, sobre todo en el alemán, gracias a su parágrafo 56, introducido en 1953, para garantizar el principio de culpabilidad en los delitos cualificados por el resultado (126), y gracias a la construcción congruente (según terminología de MAURACH) del parágrafo 223. A pesar de todo, Arthur KAUFMANN, en 1966 (127), se queja de que el Derecho penal alemán en el campo de las lesiones no ha superado el *versari in re illicita*. El contenido del parágrafo 56 permanece, con ligeras variantes, en el Proyecto gubernamental de 1962 (parág. 22), en el *Alternativ-Entwurf* (parágrafo 16, párrafo 3.º) y en el parágrafo 18 del nuevo Código penal (128). El *Alternativ-Entwurf* pone especial empeño para tomar en consideración las diversas formas del dolo (directo, eventual y de peligro) en los parágrafos 109 y 110, cortando en este sentido una tradición de parte de la

(124) *Regierungsvorlage eines Strafgesetzbuches samt Erläuternden Bemerkungen* (Wien, 1968), pág. 16, § 96: "Quien lesiona a otro en su cuerpo o le perjudica en la salud, será condenado con la pena de... También será condenado quien con simples malos tratos... involuntariamente (imprudentemente) lesiona o perjudica la salud de otro por malos tratos en su cuerpo..."

(125) Aunque estas páginas no estudian el problema del consentimiento, conviene hacer al menos alguna referencia a problema tan importante y que modernamente ha merecido también en España la atención de los especialistas. Fabio SUÁREZ, *El consentimiento en las lesiones* (Pamplona, 1959). COBO, *Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código penal*, en *Anuario de Derecho Penal* (1964), págs. 243 y sigs. Idem, *El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la reforma penal española*, en *Anuario de Derecho penal* (1962). Idem, *La supresión del artículo 428 del Código penal de 1944 por el texto revisado de 1963*, en *Anuario de Derecho Penal* (1964). JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, 2.ª ed. (Buenos Aires, 1961), págs. 572 y sigs., núms. 1.418 y sigs., págs. 625 y sigs., núm. 1.434. Moos, *Der Verbrechenbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert* (Bonn, 1968, Röhrscheid), págs. 75, 175, 210, 238, 271, 275 y sigs., 308 y sigs., 315, 338, 516. Cfr. *Regierungsvorlage eines StGB* (Wien, 1968), págs. 223 y sigs. Abundantes indicaciones bibliográficas en MEZGER-BLEI, SCHÖNKE-SCHRÖDER, SIMSON-GEERDS, etcétera.

(126) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil* (Berlín, 1969), págs. 178, y 379 y sigs. (con referencia específica a las lesiones).

(127) Artuhr KAUFMANN, *Schuld und Strafe* (Köln, 1966, Heyman), pág. 281: "Das *versari in re illicita* ist keineswegs eine Erscheinung die in deutschen Strafrecht überwunden ist."

(128) Este § 18 entrará en vigor el 1 de octubre de 1973. Cfr. BERISTÁIN, *La reforma del Código penal alemán*, en *Anuario de Derecho Penal* (1969), págs. 371 y siguientes.

doctrina alemana que arranca desde MEZGER y que subestima el dolo de peligro (129).

Moos, en su amplio estudio de 1968, subraya atinadamente que en Austria actualmente las lesiones están configuradas como delitos de peligro, a los que corresponde una pena sólo cuando se produce el resultado lesivo, y siempre que se da ese resultado, aunque no esté cubierto por la culpabilidad; por eso considera el resultado como condición objetiva de punibilidad (130). El Proyecto 1968 matiza más y mejor este punto al distinguir en sus párrafos 5.º y 6.º la acción «*vorsätzlich*», «*absichtlich*», «*wisentlich*» y la culposa. El Código penal suizo, además de formular claramente en su artículo 18 párrafo 1.º que «salvo disposición expresa y contraria de la Ley, sólo es punible aquel que comete dolosamente un crimen o un delito», al tipificar las lesiones refuerza la defensa contra el objetivismo; en el artículo 124, al tratar de «las consecuencias fortuitas de una lesión corporal» determina que «cuando el autor haya causado un resultado grave que él no había querido, ni había podido prever, será castigado por la lesión que él había querido causar».

La parte especial del *Alternativ-Entwurf* reduce el número de párrafos y tipificaciones de los delitos de lesiones, y ensancha el campo del consentimiento señalando, en el párrafo 112, las condiciones concretas respecto al consentimiento en la castración y esterilización.

Totalmente innovador es el Código penal sueco, que entró en vigor en 1965. Formula (en el primer capítulo de la parte especial —casi al comienzo de todo el Código—) un concepto general de lesiones muy amplio: «El que causare a otro una lesión corporal, una enfermedad, un sufrimiento físico o le redujere a un estado de debilitamiento (131) o a otro estado semejante, será condenado a la pena de prisión hasta un máximo de dos años (el plazo mínimo es de un mes) o si la infracción es de carácter leve, a una pena de multa». Los jueces disfrutan de gran arbitrio, tanto respecto a la calificación como respecto a la fijación de la pena; también, según indica STRAHL (132) respecto a la decisión sobre la culpabilidad. El Código —continúa STRAHL— evita conscientemente las pa-

(129) A. BERISTÁIN, *El delito de peligro por conducción temeraria*, en *Revista de Derecho de la Circulación* (1970), págs. 527 y sigs. De notable importancia las consideraciones de D. OEHLER, *Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt*, en *ZgStW*, LXIX (1957), págs. 503-521.

(130) Moos, *Der Verbrechenbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert* (Bonn, 196, Röhrscheid), págs. 323 y sigs.

(131) El texto original emplea la palabra “*Vanmakts*”, que, según el tomo 1.º de los *Comentarios*, de BECMANK (Estocolmo, 1964), equivale a la palabra alemana “*Ohnmacht*”; algunas sentencias del Tribunal Supremo sueco la equiparan a la expresión alemana “*Betäubung*”; en castellano se puede traducir —según comunicación personal del Doctor LEIBINGER— por debilitamiento.

(132) Ivar STRAHL, *The Penal Code of Sweden (Transl. by T. Sellin)*, *Introduction* (Estocolmo, 1965, Ministry of Justice), pág. 10. Idem, *Les grandes lignes du nouveau Code pénal suédois*, en *Revue Science Criminelle* (1964), pág. 529.

labras y dolo y culpa, habla sólo de «intención» (133), dejando su interpretación al arbitrio judicial. El artículo 2.º del capítulo I, dice: «salvo disposición contraria, los actos definidos en el presente Código se considerarán delitos sólo cuando se hayan realizado con intención». También es necesaria la intención respecto a las circunstancias del delito. En la parte especial, los artículos de las lesiones incriminan las intencionales, y algunas debidas a imprudencia.

b) *Países marxistas*

A partir de la aparición de los Principios fundamentales del 25 de diciembre de 1958, casi todas las quince repúblicas federales de la U.R.S.S. han renovado notablemente sus Códigos penales. En lo relativo a las lesiones, las reformas adquieren poca importancia; sus innovaciones, en este campo, se quedan a medio camino.

Los Códigos marxistas ofrecen una sistematización de las lesiones poco uniformes. Coincidén en cuanto a la colocación de los delitos contra el Estado, contra la nación o el pueblo, traición, etc., al comienzo de la parte especial; pero después difieren entre sí al colocar los artículos relativos a las lesiones en lugares diversos. Bulgaria los sitúa en el título II; Rusia, en el III. Generalmente el capítulo de las lesiones forma parte de un título común, «Delitos contra la vida y la salud de las personas», o algo semejante, que comienza con el asesinato, el homicidio, etc.

Muchos Códigos, pero no todos, formulan un concepto general de lesión, bastante logrado dogmáticamente, e inspirado en los Códigos de Europa Central. Así, el parágrafo 115 del Código de Alemania Oriental (de 1 de julio de 1968) castiga como reo de lesiones a «quien causa dolosamente perturbaciones en la salud de una persona, o la maltrata corporalmente». De modo parecido, los Códigos de Checoslovaquia, Yugoslavia y Bulgaria.

El Código penal ruso (arts. 108 y sigs.) no formula un concepto general de lesiones, pero incrimina como tales incluso los simples malos tratos (art. 112, párrafo 2.º). No los incrimina, en cambio, el Código penal de Hungría, pues el párrafo 1.º de su parágrafo 257 exige la producción de una enfermedad o lesión.

Los Códigos marxistas (aun aquellos que formulan un tipo básico) adolecen de casuismo, más o menos ordenado. Suelen distinguir tres o más clases de lesiones con criterios diversos. El Código checoslovaco destaca por su clasificación clara y ordenada: primero tipifica las lesiones dolosas (dos artículos, uno para las básicas y otro para las graves) y después las culposas (dos artículos: uno para las básicas y otro para las graves) (artículos 221 y sigs.). En los cuatro casos indica una pena especial si se pro-

(133) En este punto es notable la semejanza con el Código penal español. Naturalmente la fórmula «con intención» se refiere al delito doloso.

duce la muerte; después, algunas determinaciones concretas oscurecen algo esta clasificación.

Varias repúblicas socialistas incriminan como figura autónoma la lesión producida por violación consciente de las Leyes de seguridad laboral: Alemania Oriental (Código penal, art. 118, núm. 2.º), Bulgaria (Código penal, art. 136), Hungría (Código penal, art. 258). El artículo 258 del Código penal húngaro tiene rasgos parecidos al artículo 94 del Código penal argentino; con mayor amplitud que el artículo 427 del Código penal español. Estas figuras describen infracciones de peligro, o de mera desobediencia, con una condición objetiva de punibilidad: que se produzcan lesiones a consecuencia del incumplimiento de las Leyes de seguridad laboral.

Respecto a la culpabilidad, los Códigos marxistas europeos ofrecen bastantes diferencias entre ellos. Pueden agruparse en dos bloques: los tradicionales y los progresistas.

Los tradicionales siguen la línea del objetivismo; así, por ejemplo, el Código búlgaro de 26 de abril de 1968, en su artículo 11, después de describir el dolo directo, el dolo eventual y la culpa, añade: «cuando la Ley cualifica la acción como delito más grave por sus consecuencias más perjudiciales, si la Ley no exige la voluntad de causar esas consecuencias, el autor es responsable como si las hubiera causado por negligencia». Como modelo de los Códigos progresistas sirve el de Alemania Oriental, que considera la culpabilidad —una culpabilidad *sui generis*, con coloraciones de la dialéctica materialista— no sólo como fundamento, sino también como límite de la responsabilidad.

Bastantes de estos Códigos introducen en su parte general una norma parecida al parágrafo 56 del Código penal alemán, y en la parte especial tipifican las lesiones teniendo en cuenta no sólo el resultado, sino también la personalidad del delincuente y de la víctima, y la clase de medios empleados; lo cual permite conocer mejor la culpabilidad, y graduar mejor la pena, aunque con peligro de objetivismo.

Consideración aparte merece en este punto el Código penal ruso de 1960. Este Código respeta, en general, el principio de culpabilidad al graduar la pena del delito de lesiones, pero comete una incongruencia en el caso de lesiones graves como resultado mortal.

Para graduar la pena en los delitos de lesiones, este Código, además de las numerosas atenuantes (nueve en su art. 38) y agravantes genéricas de la parte general (doce en su art. 39), tiene también en cuenta:

- El resultado; y
- Algunas circunstancias específicas, indiciarias de la mayor o menor antijuridicidad y culpabilidad, tales como:
 - 1) Si la acción tenía rasgos de barbarie, de tortura.
 - 2) Si precedió provocación de la víctima.
 - 3) Si hubo exceso en la legítima defensa.

- 4) Si el autor es reincidente particularmente peligroso.
- 5) Si es menor de edad, etc. (134).

La lesión dolosa grave que tenga por resultado la muerte, se castiga con privación de libertad de cinco a doce años. Es figura característica del Código penal ruso, por su tipificación y por su pena. Esta puede ser mayor que la correspondiente al homicidio doloso. El artículo 103 castiga el homicidio doloso con privación de libertad de tres a diez años, o sea, dos años menos que la lesión con resultado mortal. Lo mismo sucedía en el Código penal de 1926; su artículo 137 castigaba el homicidio con pena privativa de libertad hasta ocho años, y el artículo 142, párrafo 2.º, castigaba las lesiones que producían la muerte con la privación de libertad hasta diez años. O sea, que la pena por las lesiones con resultado de muerte puede alcanzar una duración mayor —dos años más— que la pena por el homicidio doloso.

Entre esta tipificación rusa y la correspondiente alemana (parágrafo 226) median grandes diferencias (135). En el Derecho alemán, sea cual sea el resultado (incluso el resultado mortal) basta, como acción fundamental, cualquier lesión corporal, aun la más leve (parág. 223), con tal que sea dolosa en sí, en cuanto lesión; no se necesita que el hecho, ni su modo, o medio, sea especialmente peligroso (parág. 223 a), ni que la muerte sea resultado de lesiones graves (parág. 224), basta que la muerte sea previsible. En cambio, el Derecho ruso, para tener en cuenta el resultado mortal, exige que entre el autor y el resultado medie al menos («bedingter Vorsatz») dolo indirecto, como indican MAU-

(134) L. SMIRNOV, *Acerca de las bases de la legislación penal de la U.R.S.S. y de las Repúblicas Federales*, en *Bases de la Legislación penal, Organización Judicial y del Procedimiento Criminal de la U.R.S.S.* (Moscú, s. a.; posterior a 1962), págs. 24 y sigs.: “Las personas que hayan cometido un delito a la edad de catorce a dieciséis años pueden ser perseguidas criminalmente tan sólo por homicidio, por el hecho de inferir lesiones corporales voluntarias que hayan originado perturbación en la salud, violación, por atraco con empleo de violencia y algunos otros delitos graves” (pág. 32). Cfr. el artículo 10, párrafo 2.º, del Código penal ruso.

(135) En sentido distinto se expresa QUINTANO RIPOLLÉS. Según él, las lesiones del Código penal ruso siguen más o menos fielmente las orientaciones del Derecho alemán y suizo.

Los antecedentes históricos del homicidio preterintencional no están todavía suficientemente estudiados. Baste aquí la referencia a un texto de CARPZOWIO, en la “Questio 26” de su *Practica Criminalis*: “Aunque la herida no fuese letal, ella fue, en algún modo, la causa de la muerte *aliquam causam mortis praebuit...* *Absque dubio enim vulnera non inflictio vulneratus necque ex culpa medici necque malo regimine mortuus fuisse...*, pero, sin embargo, *Illa quae per accidents eveniunt ex opere aliquo, non imputantur agenti nec ad maliciam nec ad bonitatem.*”

Acerca del homicidio preterintencional en el Derecho penal inglés, cfr. S. PREVEZER, *Les récents développements du Droit relatif aux attentats contre les personnes*, en *Introduction au Droit Criminel de l'Angleterre* (París, 1959), págs. 101 y sigs.

RACH (136) y el *Leningrader Kommentar* (137), y exige que el agente haya cumplido subjetiva y objetivamente los requisitos típicos de las lesiones graves (art. 108), y que haya actuado dolosamente en cuanto a las lesiones, y culposamente en cuanto a la muerte.

En resumen, la tipificación rusa de estas lesiones es más restringida que en el Derecho alemán (138). Así se explica, en parte, pero sólo en parte, que el Código penal ruso castigue estas lesiones con resultado de muerte más gravemente que el homicidio voluntario. Algun comentarista de Alemania Occidental califica esta contradicción de simple incongruencia, lo cual —dice— es frecuente en los Códigos marxistas carentes de la exactitud alemana (139).

c) *Gran Bretaña y Estados Unidos*

Gran Bretaña ofrece una legislación y una dogmática, respecto al delito de lesiones, original y paradójica. Esta parte del Derecho penal es más original aún que el resto, pues ha recibido escaso influjo del Derecho romano (140), como lo demuestra también su terminología: «Assault», «Battery», «Mayhem». La palabra «injury» es una excepción que nace en el siglo XIX (141), y que tiene un sentido parcialmente distinto al latino, puesto que no significa injuria, sino lesión, como lo prueba la legislación moderna respecto a las indemnizaciones por las lesiones. La injuria, en sentido del Derecho continental, se denomina «Libel» y «Slander», como aparece, por ejemplo, en la *Defamation Act*, de 1952.

En Gran Bretaña, al no existir un Código penal, no cabe hablar con rigor técnico de sistemática legislativa de las lesiones. Sin embargo, conviene observar que los penalistas ingleses consideran generalmente los

(136) MAURACH, *Die Straftaten wider das Leben nach sowjetische Strafrecht*, en *Jahrbuch für Ostrecht*, t. V (diciembre, 1964), pág. 30.

(137) *Leningrader Kommentar* (1962), en sus notas 15, 16 y 39 al artículo 108, páginas 225 y sigs.

(138) El Código penal italiano regula el homicidio preterintencional (art. 584) semejantemente al Código penal alemán. No sucede lo mismo en el Código penal español: Cfr. DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, *Derecho penal español. Parte especial*, t. I (Madrid, 1962), págs. 146 y sigs. RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.^a ed. (1969), págs. 40 y sigs. M. COBO, "Praeter intentionen" y principio de culpabilidad, en *Anuario de Derecho Penal* (1965), págs. 85 y sigs., especialmente 101 y sigs. E. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (Madrid, 1966), págs. 203 y sigs.

(139) Las contradicciones e incongruencias abundan en el mundo jurídico-penal socialista por su pretensión de utilizar el Derecho como instrumento para la revolución en pro de las clases oprimidas, olvidando que el fin no justifica los medios. Cfr. THEA LYON, *Der Verbrechensbegriff in der Strafrechtswissenschaft der DDR* (Bonn, 1960, Röhrscheid). M. DER JUSTIZ, *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Lehrkommentar* (Berlín, Or., 1970, Staatsv.), especialmente páginas 80 y sigs. y 246 y sigs.

(140) Sin embargo, el Derecho penal anglosajón conserva todavía gran parte de la confusión, propia del Derecho romano, entre lesión e injuria (real).

(141) LÖFFLER, *Vergleichend. Darstellung...*, t. IV (Berlín, 1905), págs. 221 y siguientes.

delitos de lesiones («Bodily injuries») dentro del grupo de las *Offences against the Person*, aparte de los delitos contra la vida, pero junto a los delitos contra la honestidad. Los Estatutos, concretamente la *Offences against the Person Act*, 1861, brindan las fuentes legales principales acerca de las lesiones.

KENNY (142) ofrece una sistematización doctrinal muy clara de las lesiones:

1. Lesiones en las que es esencial la lesión; y
2. Lesiones en las que no es esencial la lesión.

Aquí, al hablar de la lesión sin lesión, aparece ya inicialmente la paradoja que cubre este campo del Derecho penal inglés.

También respecto al concepto sucede algo parecido: impera el casuismo más absoluto, pero todos los casos imaginables están cubiertos por dos tipos básicos: «Assault» (definible, provisional y brevemente, como lesión sin contacto o herida) y «Battery» (lesión con contacto o herida). El lanzar un perro o un borracho contra una persona constituye «Assault» (143), pero si el perro llega a morder a esa persona, o el borracho llega a tocar, se habla de «Battery». También es «Battery» el cortar el pelo a una señora, pues hay contacto; sin embargo «to kiss a girl without her consent» (besar a una señorita sin su consentimiento), aunque le llegase a tocar, se incrimina a veces como «Assault» (144). La práctica frecuentemente identifica ambos delitos: «Battery, very commonly called Assault» (145); en cambio, mantiene la diferencia entre «Assault» y el delito «Mayhem» o «grievous bodily harm» (146).

(142) J. W. CECIL TURNER, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19.^a ed. (Cambridge, 1966), págs. 210 y sigs.

(143) El «Assault» de Gran Bretaña conserva todavía hoy rasgos propios del «assaltus» característicos del Derecho estatutario italiano: la preparación o tentativa de lesión o de homicidio, la puesta en peligro de la paz de una persona mediante un acto violento. Cfr. DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter* (Berlín, 1931, Gruyter), págs. 366 y sigs. KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht* (Mannheim, 1897), págs. 628 y sigs. Merece estudiarse aparte y con detenimiento el contenido del insulto (y su relación con «Assault» y con «assaltus») en la legislación positiva española de Derecho penal común (en los delitos contra el honor y en los desacatos) y de Derecho penal militar. La legislación comparada puede aportar bastante claridad en este problema, si se analizan sus antecedentes históricos. Respecto al significado etimológico el más fundamentado que conozco lo ofrece FORCELINI, *Lexicon totius latinitatis*, t. II.

(144) Gerald H. GORDON, *The Criminal Law of Scotland* (Edinburgo, 1967), página 759. Por el contrario, *Kissing a woman without her consent would be a battery*, según A. HOOPER, *Harri's Criminal Law*, 21.^a ed. (London, 1968, Sweet Maxwell), pág. 410.

(145) Gerald H. GORDON, *The Criminal Law...*, pág. 759. Cfr. GRÜNHUT, *Das englische Strafrecht*, en MEZGER, SCHÖNKE, JESCHECK, *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, t. III (Berlín, 1959), pág. 226.

(146) J. W. CECIL TURNER, *Russel on Crime, A. Treatise on Felonies and Misdemeanors*, 12.^a ed. (London, 1964), págs. 624 y sigs. Idem, *The Mental Element in Crimes at Common Law*, en *The Modern Approach to Criminal Law* (London, 1945), págs. 195 y sigs.

Paradójica resulta también la doctrina y práctica respecto a la culpabilidad. Por una parte, exigen como regla general que las lesiones estén cubiertas por la *mens rea*, en forma de dolo o de culpa. TURNER insiste sobre esto, en 1945 y en 1966 (147). Por otra parte, en ciertos casos admiten el *versari in re illicita*, y violan sin reparo, conscientemente (por ejemplo, en las lesiones con resultado de muerte) el principio de culpabilidad (148). Este craso objetivismo inglés ha pasado, por desgracia, a Norteamérica.

En Estados Unidos la legislación, la práctica judicial penal cotidiana, y buena parte de la doctrina, siguen, en general, las orientaciones inglesas (149). Esta corriente tradicional encuentra cada día más resistencia en ciertos movimientos doctrinales innovadores; principalmente en el grupo de penalistas que han elaborado el *Model Penal Code*. Estos juristas no pretenden, como es sabido, formular un proyecto para tal o cual Estado, o para la Federación, sino simplemente ofrecer un modelo teórico (algo así —*servata distantia y mutatis mutandis*— como los Principios fundamentales de la U.R.S.S. de 1958), para apoyo o inspiración de quienes准备n proyectos o reformas penales en cualesquiera de los cincuenta Estados. Los resultados de estos dos grandes y detallados «decálogos» difieren notablemente en muchos puntos; por lo pronto, mientras todos los países satélites soviéticos han aceptado, con pequeñas variaciones, los Principios marxistas de 1958, en cambio, hasta ahora, ningún Estado norteamericano ha seguido las orientaciones del *Model Penal Code*, a pesar de que varios Estados (Illinois, New York, California, etc.) han preparado o están preparando sus nuevos Códigos penales (150).

(147) J. W. CECIL TURNER, *Kenny's Outlines of Criminal Law* (Cambridge, 1966), págs. 211 y sigs. Idem, *The mental element in Crimes at Common Law*, en *The modern Approach to criminal Law* (London, 1945, MacMillan), págs. 195 y siguientes.

(148) PERKINS, *On Criminal Law*, 2.^a ed. (Mineola, New Yor, 1969), 1.^a ed., páginas 711 y sig. "It is a general rule that a person who intentionally commits an unlawful act, and in doing so inflicts an unforeseen injury, is criminally liable for such injury." J. W. C. TURNER, *Assault at Common Law*, en *The modern Approach to Criminal Law* (London, 1945, MacMillan) (*English Studies in Criminal Science*, University of Cambridge, vol. IV), págs. 344 y sigs. Glandville WILLIAMS, *The mental element in Crime* (Jerusalem, 1965, The Magnes Press the Hebrew University), págs. 20 y sigs. S. PREVEZER, *Les récents développements du Droit relatif aux attentats contre les personnes*, en ANCEL y RADZINOWICZ, *Introduction au Droit criminel de l'Angleterre* (París, 1959, Les Editions de l'Epargne), págs. 125 y sigs. SMITH y HOGAN, *Criminal Law* (London, 1965, Butterworths), págs. 262 y siguientes; suplemento (1967), pág. 16.

(149) M. REX A. COLLING, Jr., *Les infractions contre les personnes*, en *Le système pénal...* (1954), págs. 58 y sigs. R. A. COLLING, Jr., *Offenses of Violence Against the Person*, en *The Annales* (enero, 1962), págs. 42 y sigs., especialmente 49 y sig.

(150) *Model Penal Code. Proposed Official Draft* (Philadelphia, 1962, The American Law Institute).

El Código penal de Illinois, de 1961, entró en vigor el 1 de enero de 1962. El Código penal de Nueva York data del 1 de septiembre de 1967.

También pretende una finalidad de orientación programática, respetando las

En cuanto a la sistemática de las lesiones, actualmente se va superando el desorden imperante a comienzos de siglo, como se refleja evidentemente en el Código penal portorriqueño de 1 de marzo de 1902 (todavía vigente), en su título XII, especialmente en los capítulos II, V y VII. El *Model Penal Code*, teniendo en cuenta las corrientes de la moderna sistemática penal, empieza la parte especial con el homicidio (cap. 1.º) y las lesiones (cap. 2.º), colocando a continuación los delitos contra la libertad personal y la honestidad (caps. 3.º y 4.º). Para romper el casuismo y confusionismo que entremezcla «Battery» con «Assault», «Assault» agravado con «Mayhem», malos tratos con agresión y con mutilaciones voluntarias, etc., el *Model Penal Code* formula un tipo básico (n. 211, 1), y señala varios tipos cualificados según cuatro criterios: resultado (no simplemente duración en curar), modos, personas y móviles.

El concepto de lesión es muy amplio y confuso (151), pues comprende toda conducta contra la incolumidad corporal: «bodily injure, bodily harm» (n. 210.0). De modo semejante, el Código penal de Illinois, de 1961, considera como lesiones la «Battery» y la «Assault». El parágrafo 12, 3 define la «Battery» (152) (en resumen, es la conducta intencional que cause un daño o maltrato corporal) y, en el título 12, parágrafo 12, 1 define la «Assault» (153), como conducta que coloca a otro en razonable sospecha de ser víctima de una «Battery».

peculiaridades específicas de cada pueblo, el equipo de penalistas que por iniciativa y bajo la dirección de E. NOVOA MONREAL preparan el Código penal tipo para Latinoamérica. Las actas de las dos primeras reuniones plenarias, con ponencias diversas y artículos aprobados se han publicado en un denso volumen de 659 páginas, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional del Litoral (Rosario, 1968). El texto (provisionalmente) aprobado de los primeros artículos se encuentra en las páginas 489 y sigs. El mismo texto notablemente ampliado —pero sin las últimas reformas— ha aparecido en *Información Jurídica*, número 30 (enero-marzo, 1970), págs. 83-95.

(151) R. M. HONIG, *Das amerikanische Strafrecht*, en Mezger, Schönke, Jescheck, *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, t. IV (Berlín, 1962), páginas 56 y sig.

(152) El Código penal de Illinois de 1961, § 12, 3: “A person commits battery if he intentionally or knowingly without legal justification and by any means:

- 1) causes bodily harm to an individual or
- 2) makes physical contact of an insulting or provoking nature with an individual.”

El Código penal portorriqueño, en su § 234, define la “Battery” con el nombre de agresión, diciendo que: “Por agresión se entenderá el empleo voluntario o ilegal de fuerza o violencia contra la persona de un semejante.”

(153) “Assault”: A person commits an assault when, without lawful authority, he engages in conduct which places another in reasonable apprehension of receiving a battery”. El Código penal portorriqueño en el § 232 define la “Assault” con el nombre de acometimiento, cuando establece que “se entenderá por acometimiento la tentativa ilegal de inferir algún daño violento en la persona de un semejante, acompañada de la aptitud para realizarla al tiempo de intentarse”. El proyecto del nuevo Código penal de Puerto Rico procura —pero no logra— superar la

Respecto a la culpabilidad, conviene distinguir la realización práctica y las corrientes teóricas. En la práctica, los Estados Unidos siguen la misma línea que Inglaterra. Todavía conservan el criterio arcaico de la intención maliciosa premeditada, tal como aparece en la *Common Law*, «Malice afore thought», a pesar de que muchos autores se han manifestado en pro de su abandono. Teóricamente, todavía en 1962 varios penalistas norteamericanos defienden que el autor de un resultado lesivo grave, aunque no lo hubiera previsto, ni querido, ni podido prever, debe en muchos casos cargar con las consecuencias todas de su acción (154). El homicidio preterintencional se castiga más o menos gravemente según la naturaleza y la gravedad de las lesiones (155).

Las innovaciones del *Model Penal Code* en este terreno significan un avance, pero no llegan a la meta. Por una parte, la sección 2.02 establece la norma general de exigencia de la culpabilidad (156), pero la sección 2.05 admite unas excepciones que suscitan energicas protestas en los autores culpabilistas, como Herber WESCHLER (157). A pesar de todo, el *Model Penal Code* marca un progreso en estos problemas, según indica ALLEN, en su libro *The Borderland of Criminal Law* (158).

Esta oposición, típica de Estados Unidos, entre la práctica y la legislación conservadoras, de una parte, y la doctrina innovadora, por otra, se observa también, aunque con aristas menos marcadas, en Hispanoamérica.

confusión del texto primitivo vigente en lo referente a los conceptos de acometimiento, agresión, lesión, mutilación. Cfr. M. LÓPEZ-REY Y ARROJO, *Estudio penal y criminológico del Proyecto oficial de Código penal de 1967 para Puerto Rico* (Publicación de la Comisión de Derechos civiles, 27 de noviembre de 1967), especialmente págs. 381 y sigs., artículos 122 y sig.

(154) H. VECHSLER, *On Culpability and Crime: The Treatment of "Mens rea" in the Model Penal Code*, en *The Annals* (enero, 1962), págs. 31 y sigs.

(155) Cfr. *Corpus Iuris Secundum*, vol. XL (Brooklyn, N. Y., 1944), págs. 922 y sigs.

(156) *Model Penal Code*. Section 2.02.: "... a person is not guilty of an offence unless ha acted purposely (dolosamente) recklessly (por imprudencia grave, en lo objetivo y subjetivo) or negligently (mera imprudencia), as the law may require, with respect to each material element of offence".

Respecto a la diferencia entre "recklessness" y "negligence", cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problemas modernos de la culpa*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1 (enero-marzo, 1968), págs. 7 y sigs., especialmente 13 y sig.

(157) H. WECHSLER, *On Culpability and Crime: The Treatment of "Mens rea" in the Model Penal Code*, en *The Annals* (enero, 1962), págs. 24 y sigs.

(158) Francis A. ALLEN, *The Borderland of Criminal Justice. Essays in Law and Criminology* (Chicago, 1964, The University Press), págs. 105-122. "The Model Penal Code formulation creates no revolution. It reflects the traditional insights of the criminal law. Indeed, it reflects those insights more perfectly than the formulations of the insanity defense which are traditionally applied... reflects a progressive spirit" (pág. 122).

d) *América del Sur*

En América del Sur la práctica y la legislación avanzan más rápidamente que en los Estados Unidos del Norte, aunque todavía arrastran la rémora del casuismo y del objetivismo tradicionales. Los penalistas hispanoamericanos han superado ya hace tiempo la minoría de edad, y han estructurado una doctrina de extraordinaria madurez. Los estudios de BLASCO y FERNÁNDEZ MOREDA, FONTÁN BALESTRA, MENDOZA, NOVOA MONREAL, PORTE PETIT, Manuel DE RIVACOBA, SOLER, etc., merecen una consideración muy detenida que supera los márgenes de estas notas sobre la legislación y la doctrina hispanoamericana respecto al sistema, al concepto y a la culpabilidad en las lesiones (158 bis).

La colocación sistemática de la mayoría de los Códigos —por ejemplo, el de México— conserva el orden tradicional de la parte especial: empiezan por los delitos contra el Estado, y después —bastante después— colocan las lesiones, bajo el epígrafe «Delitos contra la vida y la integridad corporal», «Delitos contra las personas», o algo semejante.

Algunos Códigos, verbigracia, de Argentina, Perú y Costa Rica, siguen orientaciones más modernas y colocan estos delitos al comienzo de la parte especial. La idea de que el bien jurídico de la persona antecede al bien jurídico del Estado puede haber motivado este «trasplante» de capítulos.

Respecto al concepto, conviene distinguir cuatro grupos de Códigos:

1.º Los casuísticos, de íntegra recepción hispánica, por ejemplo, en Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala, carecen de un concepto general de lesiones.

2.º Los de procedencia italiana (por ejemplo, los de Panamá, Colombia, Venezuela), contienen una definición inspirada en el Código de Zanardelli (art. 372) «El que sin ánimo de matar causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación mental, será castigado con la pena de reclusión de un mes a un año».

3.º Los originales o independientes. Por ejemplo, el Código mejicano que en su artículo 288 formula la definición legal de lesión: «Bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa». En el artículo 344 declara expresamente que los simples malos tratos no están incriminados como lesiones, y «sólo se castigarán —como delitos contra el honor— cuando se infieran con intención de ofender a quien los recibe» (159).

4.º El grupo de Códigos con una definición simplificada, parecida

(158 bis) Los penalistas españoles Blasco y Fernández Moreda y M. de Rivacoba se incluyen aquí entre los latinoamericanos sólo en cierto sentido.

(159) Cfr. Los comentarios de CARRANCA y TRUJILLO, *Código penal anotado* (Méjico, 1966), págs. 681 y sigs. y 771 y sigs.

a la del Código alemán, verbigracia, los Códigos de Paraguay, Perú y Argentina (año 1968) (160).

Gran parte de los penalistas hispanoamericanos siguen fieles al concepto de lesiones formulado por IRURETA GOYENA. Comentando éste el artículo 371 del Código penal colombiano («El que sin intención de matar causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación psíquica, incurrirá...») escribe en la misma línea de BELING: «Como el legislador ha empleado tres locuciones diferentes, si se quiere hallar alguna diferencia entre ellas, a mí se me ocurre...: considerar daño en el cuerpo el ataque a la integridad anatómica del sujeto; daño en la salud, el ataque a la integridad fisiológica, y perturbación síquica, el ataque a la integridad mental o sicológica».

Respecto a la culpabilidad se deben diferenciar tres estilos de legislaciones:

1.^a Muchos Códigos, supuesta y probada la voluntariedad de la acción lesiva, achacan al autor todos los resultados unidos por nexo causal; son delitos determinados por el resultado. Así, los textos punitivos de Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala.

2.^a Otros Códigos configuran las lesiones como delitos cualificados por el resultado. Así, en Honduras, Nicaragua, Costa Rica.

3.^a Algunos Códigos afinan bastante respecto a este problema, y respetan el principio de culpabilidad regulando en la parte general un artículo semejante al parágrafo 56 del Código penal alemán, o tipificando de tal manera las figuras de la parte especial que quede a salvo el principio *nullum crimen sine culpa*. Así, el Código de Perú, en su artículo 185, determina que se le imputará la muerte a consecuencia de la lesión al heridor, cuando éste pudo prever el resultado; en su artículo 184 le hace responsable de la lesión corporal grave si ésta se produce a consecuencia de la negligencia.

Merece citarse aquí el Proyecto de Soler, de 1960 (161), por su acierto en estas cuestiones regulando en la parte general que «De ninguna consecuencia de la acción será responsable el autor o el partícipe de un hecho, si con respecto a ella no ha obrado a lo menos culposamente» (artículo 18). El artículo 126 regula la lesión con resultado de muerte diciendo: «Al que con propósito de causar algún daño en el cuerpo o en la salud, produjese la muerte de alguna persona, sin haberla querido, pero habiendo podido preverla, se le impondrá prisión...».

Desgraciadamente, este Proyecto no ha encontrado entre las autoridades legislativas de la Argentina, todo el eco merecido, pero sus acier-

(160) La reforma argentina de 1968 mejoró un poco la regulación de las lesiones. Cfr. FONTÁN BALESTRA y A. S. MILLÁN, *Las reformas al Código penal. Ley 17.567* (Buenos Aires, 1968), págs. 80 y sigs.

(161) Ministerio de Educación y Justicia de la Nación. Subsecretaría de Justicia. *Proyecto de Código penal*. Edición oficial (Buenos Aires, 1960).

tos encuentran buena acogida entre los penalistas de allende y *aquende* los mares (162).

B) RASGOS COMUNES

a) *Problemas sistemáticos*

Después de haber visto las notas más características de las *lesiones* en algunos de los principales ordenamientos legales y doctrinales contemporáneos, parece oportuno señalar ahora, en forma breve, pero no como mero resumen de lo anteriormente expuesto, los principales rasgos comunes respecto a la sistemática, al concepto, a la clasificación, a la culpabilidad y a la penalidad (o sea, respecto a los defectos principales del Derecho penal español) en las naciones antes estudiadas y en otras más (163).

Comenzando por los problemas sistemáticos, se observa que la mayoría de los Códigos colocan el título o el capítulo de las *lesiones* después de los delitos contra el Estado, en segundo o tercer lugar, o, a veces, más retrasado. Sólo algunos de los más modernos colocan *estos* delitos, precedidos por los delitos contra la vida, al comienzo de la parte especial. Así, el Código sueco, el argentino, el peruano, el Proyecto gubernamental austriaco de 1968 y el Proyecto alternativo alemán.

Las *lesiones* figuran, por lo general, dentro del título dedicado a los «delitos contra la vida humana» o «delitos contra la vida y la integridad corporal». Una minoría de Códigos (por ejemplo, el sueco, el austriaco, el holandés, el Proyecto alternativo alemán) forman con los delitos de *lesiones* un título autónomo, aunque, naturalmente, lo colocan junto a los delitos contra la vida humana. En la teoría y en la práctica existe una marcada tendencia a establecer lazos de continuidad entre las *lesiones* y los delitos contra la vida (164). Esta tendencia presta poca atención a la diferencia de bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso.

Tal diferencia es la principal —y no la única— razón para que los delitos contra la integridad, incolumidad, corporal ocupen en el Código un lugar aparte de los delitos contra la vida. Algunos autores discuten si basta separarlos en capítulos diversos o es mejor separarlos también en títulos diversos. Me parece que basta situarlos en capítulos diversos, pero dando a los capítulos bastante entidad y autonomía. De todas las

(162) RODRÍGUEZ DEVESA, *El Anteproyecto de Código penal argentino de 1960 de Sebastián Soler*, en *Anuario de Derecho Penal* (1960), págs. 359 y sigs. Cfr. *El Proyecto de Código penal del Dr. Sebastián Soler y sus antecedentes*, en *Cuadernos de Ciencia Penal y Criminología* (Santa Fe, 1964), núm. 6.

(163) Se repetirán ahora algunas consideraciones observadas anteriormente, para confrontarlas con las legislaciones aquí estudiadas, y para mayor claridad.

(164) WELZEL, *Das Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Körperverletzungen*, en *Festschrift f. H. Von Weber* (Bonn, 1963, Röhrscheid), págs. 242 y sigs.

maneras, deben criticarse los Códigos que, como muchos marxistas, incluyen las lesiones en el mismo capítulo que los delitos contra la vida. La mayoría de los Códigos agrupan conjuntamente todos los tipos de lesiones en un solo capítulo o en varios. Se apartan de esta regla el Código español (que coloca las lesiones-delitos en libro distinto que las lesiones-falta), el austriaco, el francés, el belga y bastantes hispanoamericanos.

El contenido de este capítulo o de esta sección tiene en todos los Códigos un fondo común. Pero, mientras los Códigos conservadores incluyen casuísticamente además de las lesiones propiamente tales, otras infracciones de naturaleza jurídica heterogénea (por ejemplo, omisión de socorro, descuido en el tratamiento debido a personas especialmente necesitadas de protección —menores, desvalidos, ancianos—, lesiones laborales, ciertos delitos de peligro, y de sospecha), en cambio, los Códigos más modernos tienden a reducir el número de tipos incriminados, y procuran excluir de este capítulo las infracciones ajenas o lejanamente referidas a las lesiones.

Las lesiones, causadas en riña tumultuaria, o el mero hecho de participar en ella, figuran en este capítulo de los modernos textos punitivos (parágrafo, 109, párrafo 2 del *Alt-Etnw.*), pero no estructuradas como infracciones de sospecha (165). Ningún Código penal regula en el capítulo de las lesiones una figura tan híbrida y confusa como la incriminada en el artículo 425 de nuestro texto punitivo (166).

b) *Concepto fundamental*

El concepto de lesión subyacente, con más o menos claridad, en las principales legislaciones y jurisprudencias, abarca contenidos muy diversos. En líneas generales se pueden agrupar todos los conceptos en tres bloques:

1.º *El concepto restringido.* Algunos sistemas para apreciar el tipo de lesión exigen un resultado lesivo *externo* y manifiesto, verbigracia, heridas, mutilaciones, enfermedades, incapacidades laborales. Así, en los Códigos de Argentina (Código penal de 1921 —reformado por la Ley 17.567, de 1968— arts. 89 y sigs.), Austria (parág. 411), Bolivia (artícu-

(165) BAUMANN, BRAUNECK, GRÜNWALD y otros, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Bes. Teil, Straftaten gegen die Person. Erster Halbband* (Tübingen, 1970), págs. 46 y sig. Código penal italiano, artículo 588. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, I, 4.ª ed. (Milano, 1960), págs. 94 y sigs. Flavio QUEIROZ DE MORLES, *El delito de riña* (Bogotá, 1956, Temis), págs. 91 y sigs.

(166) Las legislaciones que regulan figuras semejantes (aunque con notables diferencias, especialmente en el contenido subjetivo) las colocan en otros capítulos, o las refieren directamente a la problemática del consentimiento. Cfr. los Códigos penales de Guatemala, artículo 317; Uruguay, artículo 44; San Salvador, artículo 377; Italia, artículo 552; StGB alemán, par. 226 a; *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Bes. Teil, Straftaten gegen die Person. Erster Halbband*, párrafo 112. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. IV, 2.ª ed. (1961), págs. 621 y siguientes, especialmente 623 y sigs.

los 52 y sigs.), Colombia (arts. 37 y sigs.), Checoslovaquia (parág. 221, párrafo 1.º), Chile (arts. 397 y sigs., 494, núm. 5.º; el Código chileno no contiene un precepto similar al de nuestro art. 585, núm. 1.º, aunque en el art. 439, núm. 35, castiga el maltrato excesivo en los animales), Grecia (art. 308, párrafo 1.º), Hungría (parág. 257), Méjico (art. 288; los maltratos son delitos contra el honor, art. 334), Polonia (Código penal de 1932, arts. 236 y sigs.; su art. 239 no debe interpretarse como incriminador de los malos tratos, pues exige que se «golpee a una persona o se atente de otra manera a su integridad —según la traducción alemana no dice *incolumidad corporal*» y el art. 246 es el único que habla de simples malos tratos, pero se refiere exclusivamente a los dirigidos contra un menor de diecisiete años o contra una persona inválida que se encuentran permanente o temporalmente bajo la dependencia del agresor).

2.º *El concepto medio.* Incluye dentro de las lesiones también los simples malos tratos, en el mismo o en diversos artículos o capítulos. Por ejemplo, Alemania (parág. 223 del actual Código penal, parágs. 146 y sigs. del Proyecto Gubernamental; algo distintos son los parágs. 108 y 109 del *Alternativ-Entwurf*), Bélgica (art. 398, párrafo 1.º), Brasil (artículo 129), Bulgaria (art. 141), Dinamarca (Código penal, según el texto editado oficialmente por el Ministerio de Justicia con fecha 1 de julio de 1963, arts. 244 y sigs.), Finlandia (cap. 21, parág. 1, párrafo 1.º), Francia (art. 311), Islandia (parág. 217), Italia (arts. 581 y sigs.) (167), Japón (artículos 204 y sigs., art. 208, Proyecto año 1961, art. 277), Noruega (parágrafos 228 y sigs.), Portugal (arts. 359 y sigs.), Rumania (arts. 470 y 471), Rusia (arts. 108 y sigs.), Suecia (hasta 1965, cap. 14, parágs. 10-13), Suiza (arts. 122-126), Turquía (parág. 456, párrafo 1).

3.º *El concepto amplio.* El Derecho penal anglosajón ensancha el concepto de lesión, pues protege con más amplitud que el Derecho europeo continental la inviolabilidad de la persona en sentido abstracto, comprendiendo junto a la salud también la tranquilidad psíquica y algunas facetas del honor y aun de la intimidad; dicho con otras palabras, protege en unidad confusa la esfera individual de la persona, la esfera privada y la esfera secreta. Pretende garantizar a los ciudadanos no sólo la integridad e *incolumidad* de su vida corporal, sino también la posibilidad de disfrutar de su vida en paz, sin perturbaciones que amenacen la paz de las personas en su intimidad (168).

(167) SIMSON y GEERDS, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht* (Múnich, 1969, C. H. Beck), págs. 158 y sigs., recuerdan que el Código penal italiano en su artículo 582 exige la constatación (jurídica más que médica) de que la acción ha producido una lesión de la víctima en el cuerpo o en el espíritu, pero olvidan que el mismo Código, en su artículo anterior, 581, considera también como delito las *percosse*, los malos tratos sin consecuencia lesiva.

(168) Max GRÜNHUT, *Der Schutz der Persönlichkeitssphäre im englischen und amerikanischen Recht*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1962), páginas 319 y sigs.

El dolo de lesionar y el dolo de injuriar cobran especial importancia para la diferenciación entre malos tratos e injurias, así como en los eventuales problemas de concurso o absorción de ambas infracciones.

c) Clasificación

Respecto a la clasificación de las lesiones se encuentran tres estilos: el tradicional, el subjetivo y el objetivo-subjetivo.

Los Códigos tradicionales siguen una clasificación asistemática, casuística. Carentes de un tipo básico, llenan esta laguna con una caravana de tipos: lesiones graves y leves, muy graves y muy leves, etc. A pesar de todo, su amplia enumeración casuística resulta a veces insuficiente, pues la variedad multicolor de la vida no puede encasillarse en una serie de tipos concretos. Entre estos Códigos se encuentran los de Francia, Austria, Portugal, España y los sudamericanos de procedencia hispana. El Código penal portugués llega, en cierto sentido, a un casuismo mayor aún que el nuestro, pues cualifica todos los diversos tipos de lesiones (de la sección 4.^a del cap. 3.^o del título 4.^o del libro 2.^o) por la agravante específica de parentesco (del art. 365), similar a la agravante genérica del libro 1.^o (art. 34, núm. 27).

Frente al excesivo casuismo surgen los sistemas subjetivos que señalan únicamente uno o dos tipos en sistema abierto, con gran arbitrio judicial, teniendo principalmente en cuenta la personalidad del agente y algunos datos fácticos importantes respecto a los medios empleados y a los resultados obtenidos. Así, el Código sueco en su capítulo III, artículos 5 y 6.

Por fin, el sistema objetivo-subjetivo procura mantenerse en un punto medio entre los dos anteriores. Después de regular con cierto detalle el tipo básico, formula concretamente algunas circunstancias cualificativas —constitutivas, no accidentales—, agravantes o, con menos frecuen-

Modernamente el tema de la protección jurídica de la intimidad ha merecido la atención de muchos juristas (no sólo penalistas) anglosajones y de otros países:

G. ARZT, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre* (Tubinga, 1970). Cfr. mi recensión en *Anuario de Derecho Penal* (1970), págs. 501 y sig. BAUMANN, BRAUNECK, GRÜNWAL y otros, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil* (Tübingen, 1968), págs. 11, 13, 59 y 61.

BRICOLA, *Propspettive e limite de la tutela penale della riservatezza*, en *Riv. It. Dirit. Pen.* (1967). *Diritto alla riservatezza e la sua tutela penale* (Milano, 1970, Giuffrè). *Atti del terzo simposio di studi di diritto e procedura penali*. NOVOA MONREAL, *Progrès humain et Droit pénal*, en *Rev. Science Crim.*, núm. 2 (abril-junio, 1970), págs. 267 y sigs.

M. IGLESIAS CUBRÍA, *El derecho a la intimidad*. Discurso inaugural del año académico 1970-71, Universidad de Oviedo (1970).

J. DEL ROSAL, *Les délit de presse dans le Droit pénal espagnol moderne*, en *Rev. Science Crim.*, núm. 1 (1970), págs. 35 y sigs.

También el Tribunal Supremo reconoce este bien jurídico de la intimidad: Cfr. sentencia de 17-IV-1970 (Art. 1.844), según la cual el artículo 490 del Código penal protege "la intimidad de la vida hogareña y la paz doméstica...".

cia, atenuantes que sirvan para graduar la pena en los diversos casos. Estas circunstancias cualificativas pueden ser: objetivas y subjetivas.

Las circunstancias objetivas giran alrededor de dos puntos: el resultado obtenido y los medios usados. Entre los medios se incluyen en algunos Códigos la riña tumultuaria.

El resultado suele dividirse en tres o cuatro grados:

1.º Pérdida de un miembro importante: se suele considerar lesión grave cuando la víctima queda privada, por ejemplo, del oído o de la vista. Casi todos los Códigos mencionan, entre estas lesiones, la castración.

2.º Modificación durable de alguna parte notable del cuerpo. Casi todos los Códigos incluyen entre las lesiones graves aquellas que deforman notablemente el rostro de la víctima, o le incapacitan para su trabajo habitual.

3.º Cualquier modificación o menoscabo de una parte del cuerpo, o la producción de una enfermedad corporal o psicológica, o la producción de una herida o una erosión.

4.º Simples malos tratos, sin resultado lesivo.

Las circunstancias subjetivas se refieren a la personalidad de la víctima, y sobre todo a la peligrosidad o culpabilidad del agente; por ejemplo, su reincidencia o sus móviles.

Siguen este sistema objetivo-subjetivo, entre otros, el Código suizo, el checoslovaco de 1961 (arts. 221, 222), el alemán, el *Alternativ-Entwurf* y el *Model Penal Code*. El Código penal alemán en su parágrafo 223, párrafo 2.º, cualifica —agravando— las lesiones a determinados parientes. Pero, téngase en cuenta que el parentesco carece de regulación, en el libro primero, como circunstancia genérica.

Gran número de Códigos, sobre todo los del grupo objetivo-subjetivo, suelen consignar tres clases o grados de delitos de lesiones: 1.º lesiones leves (menos graves); 2.º graves, y 3.º muy graves.

d) *Culpabilidad*

Respecto a la culpabilidad el panorama comparatista ofrece varios sistemas:

En las naciones influidas por el Código napoleónico (como España) supuesta la acción lesiva, con *dolus laedendi*, el autor responde de todos los resultados unidos con esa acción por mera relación de causalidad; son delitos determinados por el resultado.

En otras naciones —por ejemplo, algunos Estados de Norteamérica— la Ley y la jurisprudencia conciben las lesiones, o algunas lesiones, como delitos preterintencionales (según la técnica italiana), como delitos cualificados por el resultado (según la doctrina alemana), o como delitos agravados por el resultado, con sus ventajas y sus inconvenientes.

La moderna doctrina procura respetar más el principio *nullum cri-*

men sine culpa —violado con harta frecuencia en los dos sistemas anteriores, debido en parte a las dificultades de la prueba respecto al elemento interno de estos delitos— exigiendo que el *dolus laedendi* (o, al menos, la culpa) cubra todos los resultados que influyen en el aumento de la pena. Desde el año 1953, al introducirse en el Código penal alemán el parágrafo 56 —con miras a los delitos cualificados por el resultado— varias legislaciones penales van admitiendo un precepto similar al parágrafo 56, para evitar flagrantes violaciones del principio de culpabilidad. Concretamente, Grecia, Austria (Proyecto 1968), algunos países hispanoamericanos, y algunos marxistas, han imitado el ejemplo alemán, introduciendo en sus Códigos un artículo para que el efecto lesivo o letal sólo aumente la pena en cuanto haya sido querido, previsto, o previsible (169). El Proyecto Alternativo mejora algo el sistema actual, con su consideración del dolo eventual y del dolo de peligro (parágs. 109 y 110 de la parte especial, delitos contra la persona).

e) *Penalidad*

Al exponer los rasgos peculiares de las principales legislaciones, no se ha tratado de la penalidad. Ha llegado ahora el momento de colmar esa laguna indicando brevemente los criterios y las penas más frecuentes *de lege lata*, así como las razones por las que los artículos que se formulan al final de este trabajo, *de lege ferenda*, aplican tan preponderantemente penas pecuniarias, con un sistema y unos baremos peculiares.

Como baremos de la penalidad algunos Códigos tienen en cuenta casi únicamente el resultado objetivo; éste determina proporcionalmente la pena. Así, el Código español y muchos de procedencia napoleónica. Otros Códigos consideran también en primer plano otros criterios: los medios, los móviles, la personalidad de la víctima, el parentesco...

El primer sistema maneja exclusiva o casi exclusivamente, un criterio objetivo-descriptivo fácilmente constatable, y con ello ofrece gran seguridad jurídica. En cambio, el segundo sistema, al utilizar más criterios valorativos, presenta menos seguridad jurídica, pero supera al sistema anterior en varios aspectos importantes; su técnica legislativa en la

(169) Cfr. Código penal griego, artículo 29; Código penal checoslovaco, artículo 4.^o; Código penal yugoslavo.

La Base 7.^a del Anteproyecto de Reforma del Código penal español (1961) introducía una norma semejante al § 56, para la aplicación de los artículos 348, 411 y 488. La Comisión de Justicia rechazó esta innovación. Hubiera sido preferible imitar más de cerca al Código penal alemán, e introducir un precepto semejante en la Parte general; quizá así hubiera prosperado. La Comisión chilena encargada de redactar los artículos del Código penal tipo para Latinoamérica referentes a la culpabilidad, excluye los delitos cualificados por el resultado y aprueba la cláusula culpabilista, exigiendo dolo o al menos culpa. Cfr. Alfredo ETCHEBERRY, *La segunda reunión plenaria de la Comisión redactora del proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica*, en *Rev. de Ciencias Penales* (Chile, 1965, núm. 3), páginas 215 y sigs.

acuñación de los tipos tiene más en cuenta la totalidad de la realidad fáctica (por ejemplo, la inadecuación frecuente entre la acción querida y el resultado lesivo y la duración de la asistencia facultativa) y, sobre todo, tiene más en cuenta la personalidad del agente.

El tipo básico de lesiones suele castigarse con pena privativa de libertad durante unos meses, o a lo más, durante uno o dos años, y en algunos casos, modernamente en muchos casos, con pena pecuniaria. A los malos tratos suele corresponder una pena pecuniaria y, a veces, una breve privación de libertad que no pasa de algunos meses, salvo legislaciones excepcionales como la japonesa que en su Código penal, parágrafo 208 —redacción de 1947— castiga los malos tratos, con ciertos rasgos de coacción, «*Gewalttat*», con pena privativa de libertad hasta dos años, y lo considera delito público; hasta 1947 era delito privado.

Las lesiones graves se castigan con penas privativas de libertad de larga duración; en caso de dualidad de penas paralelas privativas de libertad se aplican (no en España) las más deshonrantes o severas; en las modernas legislaciones se castigan también con penas pecuniarias. Las lesiones culposas se castigan con penas pecuniarias, o con penas privativas de libertad; éstas suelen ser breves.

La propuesta *de lege ferenda* formulada al final de estas páginas impone, en casi todos los casos, una pena pecuniaria. Esta determinación responde, entre otras, a dos razones:

1.^a Importantes antecedentes de nuestro Derecho penal español, por ejemplo, la Compilación de Huesca, del año 1247 (170), centran su sistema punitivo en general, y en concreto respecto a los delitos contra la incolumidad corporal, alrededor principalmente de las penas pecuniarias.

2.^a También siguen este camino la práctica judicial y la doctrina teórica modernas en varias naciones. Actualmente, muchos sistemas legales aplican la multa más frecuentemente que otras penas, tanto para los delitos de lesiones como para otros delitos. Por ejemplo, en Alemania casi dos terceras partes de las sanciones que en la actualidad se aplican, en atención a la comisión de crímenes y delitos, son multas. En el futuro la proporción entre penas privativas de libertad y multas se desplazará aún más en favor de estas últimas (171).

Los artículos presentados *de iure condendo* en estas páginas calculan la cuantía de la multa no económica-numéricamente, sino económica-tem-

(170) GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA, *El Derecho penal de la Compilación de Huesca 1247*, en *Anuario de Derecho Aragonés*, vol. IV (1947), págs. 21-100. Algo semejante ocurre en los antecedentes de otras legislaciones: DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter* (Berlín, Leipzig, 1931, Gruyter), páginas 350 y sigs.

(171) BERISTÁIN, *La reforma del Código penal alemán*, en *Anuario de Derecho Penal* (1969), págs. 380 y sig. MAURACH, *Problemas de la reforma penal en Alemania*, trad. de CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Anuario de Derecho Penal* (1967), págs. 609 y sigs.

poralmente. Este sistema perfecciona y supera el sistema de días-multa (172). La pena se impone por una duración determinada: tantas semanas, tantos meses. Durante este tiempo el delincuente debe entregar periódicamente, en concepto de multa, una parte de sus ingresos. Esta cantidad (unidad base) viene determinada por el Tribunal, en cada caso concreto, a partir de una cifra mínima que fijará el Código, en la parte general, quedando ilimitada la cifra máxima. La unidad base irá disminuyendo paulatinamente con el transcurso del tiempo, para lo cual sería oportuno, aunque nadie lo ha sugerido, seccionar esta pena en tres o cuatro períodos. Al comienzo, en el primer período el Tribunal exigirá en concepto de unidad base una gran parte de los ingresos del delincuente, de modo que éste se reserve sólo lo estrictamente necesario para las necesidades personales y familiares elementales. En los períodos siguientes la unidad base será menor. Conviene que el Tribunal pueda conocer la situación económica del delincuente (cuentas bancarias, etc.).

Por fin, respecto a la obligación de indemnizar los perjuicios a la víctima, casi todas las legislaciones suelen regularla en el campo civil. Pero la doctrina moderna de Derecho penal y de victimología (173), prefiere la regulación de estos problemas en el Código penal (como sucede en España), para conseguir así una más rápida, económica y eficaz protección del sujeto pasivo del delito. Varios autores subrayan la oportunidad de sustituir anticuadas preferencias estatólatras por otras —modernas y no modernas— personalistas (174).

4. Resumen y conclusiones «de lege ferenda»

En resumen, no es de extrañar que el Código penal y la jurisprudencia respecto a las lesiones adolezcan en España de graves defectos, pues algo semejante ocurre en la mayoría de los sistemas penales. El capítulo de las lesiones conserva, por lo general, una técnica dogmática muy atrasada, casi arcaica.

(172) BAUMANN, *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe* (Neuwied, 1968), pág. 41.

(173) Gerhard O. M. MUELLER, *Compensation for Victims of Crime: Thought Before Action*, en *Minnesota Law Review*, vol. 50, núm. 2 (diciembre, 1965), páginas 213-221. NAGEL, *Victimologie*, en *Tijdschrift v. Strafrecht* (1959), págs. 22 y siguientes. VON HENTIG, *The Criminal and his Victim, Studies in the Sociology of Crime* (New Haven, 1948, Yale Univ. Press), págs. 383 y sigs. Jacob BRUCE, *Reparation or Restitution by the Criminal Offender to his victim: Applicability of an ancient concept in the modern correctional process*, en *The Journal Crim. L. Criminology Pol. Sc.*, vol. LXI, núm. 2 (junio, 1970), págs. 152 y sigs. Stephen SCHAFER, *Restitution to victims of crime* (London, 1960, Stevens), con amplia exposición de la legislación comparada.

(174) Cfr. las acertadas indicaciones y sugerencias de KÜHLER, en su artículo *Die Schadenersatzregelung nach Gewaltverbrechen in England*, en *Monts. f. Criminologie u. Strafrechtsreform* (marzo, 1969), págs. 61 y sigs. MOLINSKI, *Kirche und Strafrechtsreform*, en *Die neue Ordnung in Kirche, Staat, Gesellschaft und Kultur*, fascículo 2 (1968), págs. 93 y sigs.

Urge investigar los problemas teóricos y prácticos de estos delitos para llegar a una nueva legislación.

La doctrina critica los defectos de la legislación con bastante uniformidad; especialmente insiste en la necesidad de salvaguardar mejor el principio de culpabilidad, y de tener más en cuenta los cambios en la técnica de lesionar y de curar. Los especialistas adoptan casi unánimemente tesis progresistas, aconsejando innovaciones radicales, muchas de las cuales van siendo adoptadas en los recientes proyectos gubernamentales de Austria, de Alemania, en el *Alternativ-Entwurf*, en el *Model Penal Code*, en el Código penal tipo para Latinoamérica, en el Proyecto de Soler, y también en los nuevos Códigos de Suecia y de las Repúblicas Socialistas del Este europeo.

Como resultado de lo indicado en estas páginas y como preámbulo para futuras investigaciones, se pueden formular algunas conclusiones *de lege ferenda*.

Respecto al *sistema*, parece oportuno que todas las infracciones de lesiones queden incluidas en un solo capítulo. El artículo 408 debe desaparecer del capítulo I —Del homicidio—, para incluirse o bien dentro del artículo 424 (configurándose no como delito de sospecha, sino como delito de peligro por participación en riña, teniendo en cuenta también el resultado) o bien en las lesiones muy graves (si la riña es medio o modo apto para causar la muerte) o en las lesiones graves (si la riña es medio o modo peligroso) (175).

Parece mejor no incriminar en el Código las faltas de lesiones. Pero si se incriminan, que sea en el mismo capítulo de los delitos, para evitar bilocaciones; ello obligará correlativamente a solucionar los problemas procesales que este cambio implica. Si a pesar de todo, perduran estas faltas en el libro III, por lo menos, que se coloquen conjunta y ordenadamente.

El capítulo correspondiente debe contener sólo las infracciones de lesiones, desapareciendo de él los artículos 425, 426 y 427. Este capítulo debe colocarse, dentro del título primero, que constará de tres capítulos: el primero tratará del homicidio; el segundo, del aborto, y el tercero, de los malos tratos y de las lesiones; todos bajo la rúbrica de «Delitos contra la vida y contra la incolumidad corporal de las personas».

Para trasladar este título al comienzo de la parte especial, pueden aducirse varias razones, individualmente débiles, pero en conjunto bastante convincentes:

1.^a *La prevalencia del bien jurídico protegido* (176). Esta razón no convence a todos, pues bastantes penalistas procuran evitar la estructuración unidimensional sobre el bien jurídico como único criterio.

(175) La falta tipificada actualmente en el número 7.^o del artículo 583 se incluirá también, en su caso, dentro del artículo 424.

(176) Cfr. Ivar STRAHL en su *Introducción al Código penal sueco de 1965* (Estocolmo, 1964). Idem, *Les grandes lignes du nouveau Code pénal suédois*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal* (1964), págs. 527 y sigs.

2.^a *La opinión de CARRARA.* Según el maestro de Pisa el delito natural, que lesiona sólo un derecho particular, debe preceder al delito social, que lesiona un derecho universal (177).

3.^a *Los motivos pedagógicos.* De hecho, en casi todas las universidades se explican estos delitos al comienzo de la parte especial. Y no por mero capricho, sino porque el estudio de gran parte de los delitos contra la seguridad exterior y contra la seguridad interior del Estado, entre otros, exigen el conocimiento previo de los delitos contra las personas.

En lo referente al *concepto* de lesiones, todos los especialistas coinciden en la necesidad de formular claramente, en un tipo básico o en dos (si se consideran los malos tratos como delito autónomo), qué entiende el Código por lesiones. Sobre esta base conviene construir un tipo agravado y otro atenuado. Como criterios de agravación deben tenerse en cuenta: 1.^o los medios; 2.^o los móviles; 3.^o los resultados; pero no —al menos, no principalmente— la duración de la lesión o del tratamiento médico (178). De acuerdo con estas observaciones se puede proponer la siguiente formulación como base de estudio para una futura reforma del Código penal:

- I. Libro primero. Parte general.
- II. Libro segundo. Parte especial.
- II. 1. Título 1.^o Infracciones contra la vida y contra la incolumidad corporal de las personas.
- II. 1.3. Capítulo 3.^o De los malos tratos y de las lesiones.
- II. 1.3.1. *Malos tratos.*—Los simples malos tratos, ejecutados de propósito, sin menoscabo de la salud ni de la integridad corporal,

(177) CARRARA, *Programma del Corso di Diritto criminale. Parte speciale*, volumen I, 3.^a ed. (Lucca, 1872), Giusti), párrafo 1.081, págs. 41 y sigs.

(178) Con criterios parecidos ha regulado recientemente el legislador la agravación del artículo 563 bis. Muchos siglos antes, las Partidas tomaban en consideración el instrumento empleado (mano, piedra, palo, cuchillo) para lesionar, adelantándose a la moderna técnica legislativa. Cfr. Partida VII, tít. 9, Ley 20: "Entre las deshonras que los omes reciben unos de otros, ay muy gran departamento. Con tales y ha dellas, á que disen, en latín atroces, que quiere tanto dezir en romance, como crueles, é graves... E las que son graves pueden ser conocidas en quattro maneras. La primera es como quando la deshonrra es mala, é fuerte en sí por razón del fecho tan solamente; assí como si aquel que recibió la deshonrra es ferido de cuchillo, o de otra arma cualquier, de manera que ferida salga sangre, ó finque lisiado de algún miembro; o si es apaleado, o ferido, de mano, o de pie, en su cuerpo abilladamente.

La segunda manera porque puede ser conocida la deshonra por grave, es por razón del lugar del cuerpo, así como sil firiese en el ojo, o en la cara...".

Estas configuraciones legales, técnicamente acertadas, si se interpretan a la ligera y unilateralmente dan lugar a una objetivación de la culpabilidad. Cfr. sentencia de 14 de febrero de 1967 (en oposición con el artículo 849, número 1.^o, de la Ley de Enjuiciamiento criminal). Cfr. FERRER SAMA, *Comentarios...*, t. IV (1956), página 327.

serán castigados a instancia de parte con pena pecuniaria de una semana a tres meses.

II. 1.3.2. *Lesión.*—Cualquier menoscabo de la salud o de la integridad corporal, será castigado como delito de lesiones de:

Primer grado (lesiones muy graves), si el autor usa medios o modos aptos para causar la muerte, si actúa por móviles sumamente abyectos, o si causa un resultado muy grave. Se considera muy grave la pérdida o inutilización de un miembro u órgano muy principal (como un brazo o la vista), la incapacidad total y durable para el trabajo, la perturbación o disminución de la salud mental que imposibilite la convivencia, u otros resultados semejantes.

De segundo grado (lesiones graves), si el autor usa medios o modos peligrosos, si actúa por móviles abyectos, o si causa un resultado grave. Se considera grave la pérdida o inutilización de un miembro u órgano principal (como una mano o un ojo), la incapacidad parcial o temporal para el trabajo, la perturbación o disminución de la salud mental que dificulte la convivencia, u otros resultados semejantes.

De tercer grado (lesiones leves), si el autor usa medios o modos poco peligrosos, o si causa un resultado leve.

Respecto a la *culpabilidad*, teóricamente, una atinada interpretación del libro primero del Código penal puede bastar para salvar el principio de culpabilidad. Pero, en la práctica, dada la jurisprudencia actual, parece aconsejable introducir en el libro primero del Código penal un artículo semejante al parágrafo 56 del Código penal alemán, que regule claramente este principio para todos los delitos, no sólo para los de lesiones. A la vista del artículo 18 del Proyecto de Soler, de 1960, y del párrafo tercero del parágrafo 4 del Proyecto austríaco, el nuevo precepto podría redactarse así:

«Nadie será responsable de las consecuencias de una acción si con respecto a aquéllas no ha obrado al menos culposamente.»

Después, uno o dos artículos determinarán qué se entiende por dolo y qué por culpa, como lo describen algunos Códigos o Proyectos modernos, por ejemplo, el Proyecto gubernamental austríaco de 1968 (parágrafos 5 y 6), el alemán de 1962 y el *Alternativ-Entwurf* de 1967.

Sobra decir que los malos tratos, dada la formulación propuesta, cuando sean culposos no quedan incriminados.

En cuanto al consentimiento, ya que el nuevo artículo 428 ha solucionado algunas dificultades, pero ha aumentado las más importantes, prescindimos ahora de tratar el problema a fondo, pues rebasa los límites de este trabajo. Aquí únicamente se insinúan un par de consideraciones. En algunos puntos importantes pueden servir de orientación las normas del nuevo parágrafo 112 del Proyecto alternativo alemán y

la fundamentación de sus elaboradores (179). La mutilación consentida o no consentida o la automutilación si pretenden la exención del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento, se considerarán incriminadas en las lesiones con móvil abyecto, sin necesidad de regulación especial.

En las lesiones muy graves del grado primero, el consentimiento (180) no debe considerarse eficaz por razones semejantes a las del artículo 409; decimos semejantes, pero no idénticas, pues el homicidio priva de la vida que supera en valor a la integridad corporal.

En las lesiones graves y leves (grados 2.º y 3.º), el consentimiento sí tendrá eficacia, entre otras razones, por motivos de economía judicial. Gran número de hechos de esta especie, que se realizan sin que las propias víctimas y la opinión social vean en ellas verdadera trascendencia, abrumarían a la justicia criminal si hubieran de perseguirse de oficio (181).

Por fin, en el campo de la penalidad, teniendo presente lo antes dicho, se puede proponer la siguiente fórmula respecto a las lesiones (respecto a los malos tratos, el artículo oportuno —II. 1.3.1.— preceptúa ya la pena correspondiente):

II. 1.3.3. *Las penas de las lesiones dolosas.*—Las lesiones dolosas de primer grado se castigarán con pena de presidio mayor, multa o una pena mixta privativa de libertad y pecuniaria proporcional. Las lesiones dolosas de segundo grado se castigarán con pena de presidio menor, multa o una pena mixta proporcional. Las lesiones dolosas de tercer grado se castigarán con la pena de arresto mayor, multa o una pena mixta proporcional.

En caso de especiales circunstancias, el Tribunal podrá disminuir o perdonar motivadamente la pena de las lesiones dolosas de tercer grado (182).

(179) BAUMAN, BRAUNECK, GRÜNWALD y otros, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person. Erster Halbband* (Tübingen, 1970, Mohr), págs. 50 y sigs.

(180) Gran parte de la doctrina y legislación moderna siguen la orientación marcada en el texto. Cfr. *Model Penal Code*, Proyecto Soler, *Alternativ-Entwurf*, Proyectos gubernamentales austriaco y alemán, Código penal sueco y la mayoría de los Códigos marxistas.

(181) J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I (Madrid, 1949), pág. 236.

(182) El campo abierto al perdón judicial debe ser, en muchos casos, más amplio de lo acostumbrado en las legislaciones, como se manifiesta en la nueva legislación penal del Estado Vaticano, al reformar fundamentalmente el artículo 26 de su Código penal (el vigente en Italia el 7 de junio de 1929). Cfr. *Legge che modifica la legislazione processuale penal* (Vaticano, 29 de junio de 1969), artículo 7.º.

