

**M<sup>a</sup> DOLORES FERNANDEZ RODRIGUEZ**

**Profesora Titular de Derecho penal  
Universidad de Murcia**

**Lesiones: Clasificación y *modus operandi***

## **SUMARIO**

### **I. DETERMINACIONES PREVIAS**

### **II. CLASIFICACION DE LAS LESIONES**

### **III. LESIONES AGRAVADAS POR EL MODUS OPERANDI**

#### **1. Consideraciones generales**

#### **2. Estudio de los tipos:**

##### **A) Lesiones peligrosas:**

a) Fundamento

b) Elemento objetivo

c) Elemento subjetivo

##### **B) Lesiones brutales:**

a) Fundamento

b) Elemento objetivo

c) Elemento subjetivo

##### **C) Lesiones-tortura.**

## I. DETERMINACIONES PREVIAS

Al margen del innegable objetivismo que informa gran parte de los ordenamientos jurídicos foráneos en materia de lesiones, hay que reconocer que, tradicionalmente, el Derecho penal español ha elevado aquel criterio hasta límites inadmisibles, aunque sólo sea por el excesivo casuismo que ha añadido a esta problemática y ya desde la promulgación de nuestros primeros Códigos penales.

Efectivamente, la entidad real de la lesión ha sido lo sustancialmente decisivo a la hora de la decantación de responsabilidades penales y no la valoración subjetiva de la acción que la produjo. Es cierto, sin embargo, que el Código de 1848 supuso una notable simplificación de las tipicidades que confusa y prolijamente había dibujado el Código de 1822 y una cierta mejoría en la técnica legislativa. Como ha subrayado Antón Oneca, el Código de 1848 reguló en siete artículos los delitos de lesiones, frente a los diecinueve "extensos y palabreríos" del código anterior (1). El Texto de 1870 rompió con esta saludable tendencia simplificadora, para complicar aún más el casuismo ofrecido por el código. Todas las reformas posteriores, hasta la de 21 de junio de 1989, han sido limitadamente ambiciosas, al margen de la espectacularidad de alguna de ellas.

---

(1) Cfr. J. Antón Oneca, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Estudios de Deusto*, Número-homenaje al P. Pereda, Bilbao, 1965, pág. 778.

Durante muchos años la doctrina española ha sido prácticamente unánime en la crítica de este pasaje del Código, que permitía la vigencia de la vieja responsabilidad objetiva al condicionar la pena al azar del resultado lesivo y en el que la precisión típica de los medios originaba indeseables lagunas.

No puede extrañar, en consecuencia, que recientemente se haya lamentado en nuestro país la falta de sensibilidad mostrada en la materia por los redactores de la Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del Código penal, de 25 de junio de 1983. Se perdió entonces una magnífica oportunidad de acompañar la regulación de los delitos de lesiones con las exigencias del Derecho penal moderno, de corte inequívocamente culpabilista. No faltan ejemplos extranjeros de soluciones positivas mejor logradas en este sentido.

En cualquier caso, ha llegado a afirmarse que cualquiera de las fórmulas ofrecidas en los más recientes textos prelegislativos (Proyecto de Código penal de 1980 y Propuesta de Anteproyecto de 1983) hubiera mejorado en no escasa medida la regulación vigente hasta junio de 1989. Elogio un tanto parco para aquellas iniciativas pero que ponía de relieve la situación límite a que en la materia se había llegado.

La solución político-criminalmente recomendada por la mayoría de la doctrina apuntaba a la necesidad de construir un tipo básico completado, después, con otras modalidades agravadas o atenuadas, en función de la peligrosidad de los medios empleados y de la gravedad de los resultados producidos. Reforma estructural sugerida al margen, por supuesto, de la conveniencia de erradicar del capítulo tipicidades como, por ejemplo, la contenida en el art. 427; precepto definidor de las lesiones laborales, procedente del Código de 1944, que es contemplado con escasa simpatía

por la doctrina española (2), que preconiza su desaparición, sobre todo después de la reforma de 1983 que ha incorporado a nuestro Código el art. 348 bis a).

Con cierto triunfalismo, se afirma en el Preámbulo de la Ley Orgánica de actualización del Código penal, de 21 de junio de 1989, que en el ámbito de las lesiones se ha decidido acabar "con el envejecido y defectuoso sistema técnico de incriminación en atención a las cuantías, criterio resultativo que prescinde de cualquier valoración político-criminal. Por ello se sustituyen aquellas tipicidades por otras en las que lo determinante no es tanto el tiempo de sanidad de la lesión cuanto los modos y formas de su causación, preservando, como es lógico, la mayor gravedad de la castración, mutilación y esterilización".

Al margen de que efectivamente se hayan logrado los resultados aludidos, resulta evidente que en la materia, como en tantas otras, la reforma de junio de 1989 no ha hecho más que recoger alguna de las iniciativas acometidas en los textos prelegislativos antes mencionados.

En efecto, la sistemática adoptada por la Ley de actualización ya se había intentado en el Proyecto de Código penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Suponía la misma una ruptura con los planteamientos político-criminales hasta entonces vigentes y más acorde con los criterios imperantes en el Derecho comparado más evolucionado.

Se formulaba en aquellos textos un concepto general de lesiones, excluyente de la anacrónica responsabilidad objetiva, que sirvió de inspiración a la definición introducida por la Ley actualizadora en el art. 420. Se elimina en ella la tan justamente denostada tasación de medios alcanzando así

---

(2) Vid. por todos: J. Boix Reig y otros, en la obra colectiva *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 124.

tanto a supuestos de comisión violenta y no violenta como de comisión por omisión.

Precisamente, la amplia referencia comisiva del art. 420, "cualquier medio o procedimiento", ha llevado a la Fiscalía General del Estado a criticar el mantenimiento del art. 348 bis. Este precepto -se afirma- no es un delito de riesgo a pesar de su ubicación puesto que el verbo típico es el de *propagar*, que exige una materialización de la enfermedad en terceras personas y no un mero riesgo o peligro de propagación. Y "por si ello fuera poco el Código establece la salvedad de castigar el hecho como corresponda si constituyere un delito más grave", clara referencia -se concluye- a las lesiones más gravemente penadas.

Argumentaciones discutibles que han servido de justificación a la Fiscalía para calificar la permanencia del art. 348 bis de "dislate sólo atribuible al olvido" (3). Calificativo de dudoso fundamento en este caso pero perfectamente aplicable a otros supuestos, como tendré oportunidad de poner de relieve.

En otro orden de cosas, hay que destacar que la definición del art. 420 ilumina, con indudable acierto, el contenido sustancial de los delitos de lesiones: "menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental". Confirmación, en suma, de la interpretación sostenida de modo generalizado por la doctrina en base a la regulación anterior y respaldada de forma definitiva por el art. 15 de la Constitución (4).

Sobre este tipo básico se estructuran las lesiones en función de la peligrosidad del medio o forma utilizados o de

---

(3) Vid. *Memoria* elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado, Madrid, 1989, págs. 281 y s.

(4) Sorprende, por ello, que en el Preámbulo de la Ley de actualización de 21 de junio de 1989 se aluda repetidas veces a los delitos de lesiones como infracciones "contra la integridad física".

la gravedad del resultado, si bien -y aquí reside en mi opinión la novedad más relevante y acertada de la reforma- en uno y otro caso los criterios culpabilistas tienen un rango prioritario. Sistema que reproduce, salvo matices, el de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 y que ya estaba esbozado en el Proyecto de Código penal de 1980.

Atendiendo también a estos modelos, se suprime el homicidio en riña tumultuaria; figura constantemente criticada por la doctrina, en función de su componente objetivista.

En cambio, otras iniciativas orientadas a la siempre ambicionada reducción del ámbito de intervención del Derecho penal no encontraron el mismo eco.

Se siguen acogiendo, ahora en los arts. 422 y 423, las mutilaciones para eximirse del servicio militar que, con mejor criterio, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 había erradicado. Se reintroduce el art. 427 que el Anteproyecto y Proyecto de la propia Ley de actualización dejaban sin contenido y que, como ya se indicó, carece de sentido desde la incorporación del art. 348 bis a). Además, se añaden dos nuevas figuras de discutible incardinación entre las lesiones, como son la participación en riña tumultuaria y confusa (art. 424) y las violencias físicas habitualmente ejercidas sobre el cónyuge u otras personas legalmente concretadas (art. 425).

Cabe señalar, sin embargo, que es en orden a la relevancia del consentimiento donde se produce el mayor distanciamiento con los modelos brindados por aquellos textos prelegislativos.

Como es sabido, el art. 177 del Proyecto de Código penal de 1980, inspirado en el párrafo 226 a) del Código de la República Federal Alemana, preveía que salvo en los supuestos en que expresamente se estableciera otra cosa, las lesiones producidas con el consentimiento del ofendido sólo se sancionarían cuando se estimaran "socialmente reprobables".

bles". A su vez, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 acogía, en su art. 157, una fórmula distinta: "en los delitos de lesiones, el consentimiento del ofendido, libre, espontáneo y expresamente emitido eximirá de responsabilidad criminal, salvo que se haya obtenido viciadamente, o mediante precio, promesa o recompensa o el otorgante fuere menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales". Con ella, se imponía un criterio radicalmente diferente del tradicional en España y de menor dificultad interpretativa que la ofrecida por el art. 177 del Proyecto de 1980.

Incluso, el Anteproyecto de la Ley de actualización ofrecía una regulación del consentimiento menos ambiciosa que las antes apuntadas pero que partía, asimismo, de su relevancia (5).

La Ley de 21 de junio de 1989 no recoge ninguna de estas soluciones; se desperdicia así, como ya hiciera en su día la Ley de reforma parcial y urgente de 1983, una excelente ocasión para resolver definitivamente la cuestión en el sentido que el art. 10-1 de la Constitución demanda.

Posiblemente en materia de lesiones no exista otro tema como el de la relevancia del consentimiento cuya solución se haya visto tan insistente como unánimemente solicitada por la doctrina penal española. Por ello, suscita cierta perplejidad que se haya soslayado tan trascendente cuestión y que, sin embargo, sí incida la reforma sobre el art. 428 para posibilitar que el consentimiento para la esterilización de los incapaces mentales pueda ser prestado por sus representantes legales.

Sin entrar en el fondo del asunto, lo que quiero resaltar es que, a diferencia de aquélla, ésta es una cuestión

---

(5) Vid. el interesante análisis que sobre el texto del art. 428 de este Anteproyecto realiza Boix Reig en la obra *La reforma penal de 1989*, cit., págs. 129 y ss.

sobre la que apenas se ha pronunciado la doctrina. La explicación de tan paradójico proceder nos la quiere ofrecer el legislador en la Exposición de motivos del Anteproyecto de la Ley de actualización: "recogiendo un sentir generalizado... De tal sentir se han hecho eco el Defensor del Pueblo y otras instituciones". Realmente es difícil decidir lo que es más reprochable de esta pretendida justificación: que se falsee la realidad o el sentimiento de culpabilidad que trasluce.

En verdad, son muchas las cuestiones que la reciente reforma de las lesiones suscita pero mi propósito no es, por supuesto, abarcarlas todas, ni siquiera simplemente enunciarlas. El objetivo de este trabajo es mucho más modesto: estudiar las posibilidades que la Ley de reforma ofrece de establecer unos criterios sistematizadores que sustenten una clasificación de las lesiones y analizar algunas de las modalidades de nuevo cuño recogidas en el art. 421 como son las lesiones agravadas por el "modus operandi".

## II. CLASIFICACION DE LAS LESIONES

Como es sabido, hasta la Ley Orgánica de actualización del Código penal de 21 de junio de 1989 las lesiones se clasificaban, sobre la base del resultado producido, en tres grandes grupos:

Lesiones graves: arts. 420 y 421.

Lesiones menos graves: art. 422.

Lesiones leves, constitutivas de falta: arts. 582 y 583-

1º.

Otros tipos de lesiones se regulaban de forma autónoma, obedeciendo a diversos criterios conjugados con el omnipresente baremo del resultado: castración, esterilización, mutilaciones para eximirse del servicio militar, etc.

El Proyecto de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 y el Anteproyecto de la Ley de actualización de 1988 calificaban también de "graves" a determinadas lesiones constitutivas de delito y de "leves" las constitutivas de falta. Denominaciones legales que desaparecieron en el Proyecto de la Ley de actualización del Código penal que estamos comentando.

En la nueva regulación no existe ninguna referencia expresa a la naturaleza gradual de las lesiones que, de forma directa, abone una similar clasificación.

La cuestión no carece de importancia porque, evidenciando una vez más la falta de rigor de nuestros legisladores, algunos preceptos del Código penal y de las leyes penales especiales (6) se siguen remitiendo a las "lesiones graves" de la regulación anterior. Será necesario, por tanto, determinar qué tipos de lesiones merecen en la actual tipificación la consideración de graves a los efectos, por ejemplo, de los arts. 136, párrafo 2º, 137 bis-1º, 144-3º o 414, párrafo 2º del Código penal.

Como ya se ha dicho, la incriminación abordada por la Ley Orgánica de actualización parte de una figura básica (art. 420-1º) sobre la que se construyen una serie de agravaciones que, reflejando la filosofía inspiradora de la reforma, obedecen a principios predominantemente culpabilistas, si bien combinados con otros criterios como son el del resultado (arts. 418, 419 y 421-2º) o el del medio o forma utilizados (art. 421, 1º y 3º), y estos mismos criterios, pero conjuntamente estimados, facultan la atenuación prevista en el nº 2 del art. 420.

La vigente regulación genérica de las lesiones queda, por tanto, eslabonada de la siguiente forma:

---

(6) Código penal militar, de 9 de diciembre de 1985, arts. 69, 76, 91, 98, 99, 104, 159 y 186.

Tipo básico (art. 420-1º)	}	Tipo atenuado (art. 420-2º) Tipos agravados (arts. 418, 419 y 420)
---------------------------	---	---

En definitiva, de lo que se trata es de resolver cuáles de estos tipos agravados pueden ser identificados como las "lesiones graves" a las que se siguen refiriendo algunos preceptos.

A primera vista puede esta cuestión mostrarse anodina y su planteamiento rebuscado pues parece que existe una solución obvia: rastrear en estos tipos las lesiones coincidentes con las etiquetadas como "graves" en la regulación anterior. Sin embargo, no estimo lícito acudir a un recurso tan simple ya que resultaría aberrante resucitar unos baremos sustentados exclusivamente en principios objetivistas que, precisamente, la reforma abordada por la Ley actualizadora pretende superar.

Por otra parte, a través de las modificaciones introducidas en algunos preceptos, puede columbrarse que la *mens legislatoris* se mueve en otra dirección. Preceptos en los cuales, al igual que sucede en los mencionados arts. 136, párrafo 2º, 137 bis-1º, 144-3º y 414, párrafo 2º, los tipos de lesiones aparecen configurados en blanco pero que, acaso porque sus remisiones estaban numéricamente concretadas, sí merecieron, en cambio, la atención de los reformadores.

Veamos si un análisis comparativo de tales remisiones proporciona algún indicio racional que permita metodizar los tipos de lesiones para poder colmar las lagunas denunciadas:

art. 57 bis b) nº 2	}	arts. 418, 419 y números 1º y 2º del 420. arts. 418, 419 y 421 (LOACP)
---------------------	---	---

art. 139, párrafo 2º	{	arts. 418, 419 y números 1º y 2º del 420
	}	arts. 418, 419 y 421 (LOACP)
art. 233, párrafo 1º	{	números 1º y 2º del art. 420
	}	arts. 418, 419 o 421 (LOACP)
art. 411, último párrafo	{	nº 1 del art. 420
	}	nº 2 del art. 421 (LOACP)
art. 501-2º	{	mutilaciones de las previstas en el art. 418, en el párrafo 1º del art. 419 o lesiones del nº 1 del art. 420
	}	art. 418 (LOACP)
art. 501-3º	{	mutilaciones de las previstas en el párrafo 2 del art. 419 o lesiones del nº 2º del art. 420
	}	arts. 419 o 421-2º (LOACP)
art. 501-4º	{	números 3º y 4º del art. 420
	}	art. 420 (LOACP)
art. 565	{	"lesiones graves"
	}	arts. 418, 419 o 421-2º (LOACP)

Como se advierte, los arts. 57 bis b) nº 2, 139, párrafo 2º y 233, párrafo 1º, coinciden en sus remisiones. Habida

cuenta que los arts. 418 y 419 recogen lesiones antes abarcadas por los arts. 418, 419 y números 1º y 2º del art. 420, su alusión está justificada. En cambio, la insistente mención de todos ellos al art. 421 -dotado por la Ley de actualización de original contenido- sólo puede encontrar explicación en un deliberado propósito por parte del legislador de que dicho precepto quede integrado con los arts. 418 y 419 en un mismo grupo de lesiones, las de naturaleza más grave.

Por otra parte, en el art. 411 último párrafo se sustituye la cita del número 1 del art. 420 por la del número 2º del art. 421 lo cual, en principio, no parece improcedente si se toma en consideración que el art. 411 último párrafo está haciendo referencia a lesiones causadas "a consecuencia de aborto o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto"; es decir, alude a lesiones no queridas directamente como son, por cierto, las del nº 2 del art. 421.

Sin embargo, de este art. 411, párrafo último, se deriva otra cuestión que me interesa destacar y es que en el mismo se sigue contemplando el supuesto, castigado con menor sanción, de que a la mujer se le causare "cualquier otra lesión grave".

En su precipitación, al reformador se le ha pasado inadvertido que si bien la reproducida fórmula tenía sentido, efectivamente, en el texto anterior -ya que en el art. 420 también tenían la consideración de "graves" otras lesiones de menor entidad que las del nº 1- su inclusión en el texto vigente no resulta demasiado afortunada.

Con independencia de la etiqueta concreta que se les otorgue ("muy graves", "graves", "menos graves" o "leves"), es incuestionable que las lesiones que tienen asignada idéntica pena participan, asimismo, del mismo grado de reproche por muy diverso que sea su fundamento. En esta inteligen-

cia, se puede afirmar que "otras lesiones" semejantes a las del n° 2º del art. 421 son, sin duda alguna, las previstas en los números 1º y 3º del mismo. No obstante, habida cuenta que ambas constituyen modalidades de lesiones dolosas, es obvio que en el art. 411, último párrafo, resultan de imposible aplicación. Es más, aunque se prescindiera de este obstáculo dogmático insoslayable, supondría un desatino castigar de desigual manera (reclusión menor / prisión mayor) conductas que en el art. 421 aparecen penalmente equiparadas.

Descartado este recurso, y dados los amplios términos en que está concebido el art. 421-2º -que, en mi opinión, abarca todos los resultados de los arts. 418 y 419-, podría pensarse que sólo queda el art. 420, párrafo 1º, como única posibilidad de colmar el presupuesto al que se alude con la cuestionada fórmula de "cualquier otra lesión grave". En consecuencia, tendría que imponerse la prevista pena de prisión mayor si las lesiones resultantes de las maniobras abortivas requirieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Pero esta solución es también objetable.

Como ya se ha señalado, la razón de ser de la fórmula en la anterior tipificación residía en el hecho de que todas las lesiones del art. 420, aunque castigadas con distinta pena, gozaban a efectos clasificatorios de la misma consideración. No puede decirse lo mismo respecto de los actuales arts. 420, párrafo 1º y 421-2º, habida cuenta que en una sistematización razonable no cabe dar el mismo cobijo a un tipo básico y a sus figuras agravadas.

Tales evidencias respecto a los números 1º y 3º del art. 421 y del n° 1 del 420 vacían de contenido la última de las previsiones del art. 411. Se produce así una indeseable laguna legal que hubiera podido evitarse con una mínima atención.

Con mayor fortuna se han llevado a cabo las correcciones de los números 2º, 3º y 4º del art. 501. En todos ellos se constata una adecuada correspondencia con el contenido de la regulación anterior. Además, en el nº 3º se da cabida al nuevo tipo recogido en el art. 421-2º, previéndose para el mismo, con indudable tino, una reducción de la pena en atención a la distinta magnitud de su elemento subjetivo.

Por último, ha de hacerse referencia al art. 565; precepto del mayor interés, como se verá, para el objetivo clasificatorio perseguido. De hecho, constituye el único supuesto en que el legislador manifiesta expresamente un criterio sistematizador.

En efecto, en el art. 565 se sustituye el término "lesiones graves" por la referencia a los arts. 418, 419 y 421-2º. Con dicha sustitución se establece un principio jerárquico que coincide con el ya deducido del análisis de los arts. 57 bis nº 2, 139-2º y 233, párrafo 1º. Es cierto que en estos artículos la remisión al art. 421 no se ve limitada a los supuestos del nº 2, pero hemos de tener en cuenta que en el art. 565 esa concreción resulta obligada puesto que las lesiones que allí se contemplan son consecuencia de impericia o negligencia profesional y, por tanto, incompatibles con las modalidades dolosas de los números 1º y 3º del art. 421.

De esta forma, la tesis apuntada entonces encuentra en el art. 565 una decisiva confirmación: para una estimación gradual, los arts. 418, 419 y 421 quedan integrados en el mismo grupo de lesiones, las de más grave entidad.

Ello sentado, puede afirmarse que en la vigente tipificación genérica quedan perfilados tres grupos de lesiones (7):

---

(7) Aunque en mi opinión es más acertada, por su mayor expresividad, una clasificación de las lesiones en muy graves, graves y leves, vista la gravedad de las sanciones impuestas en los artículos que, como el 136-2º, 137 bis o 144-3º, continúan haciendo alusión a "lesiones graves" (reclusión

- 1) Lesiones graves: arts. 418, 419 y 421.
- 2) Lesiones menos graves: art. 420.
- 3) Lesiones leves, constitutivas de falta: art. 582, párrafo 1º.

No debe pensarse, sin embargo, que esta clasificación gradual de las lesiones resuelve las cuestiones que las propias remisiones suscitan.

El análisis de los anteriores preceptos, además de alumbrar una regla sistemática, pone en evidencia un hecho que, lamentablemente, se produce con demasiada frecuencia como es la falta de coherencia con que se abordan en este país las reformas legales.

En efecto, era de esperar que al decidirse, por fin, el legislador a llevar a cabo una reforma en profundidad de las lesiones, hubiera aprovechado para retocar también aquellos preceptos que en su remisión a las lesiones albergaban una indiscriminada punición de las mismas. Me refiero a los arts. 136, párrafo 2º, 137 bis 1º, 139-2º, 144-3º y 233, párrafo 1º.

Como ya tuve ocasión de exponer en otro lugar (8), la redacción del tipo del párrafo 2º del art. 136 planteaba ya con anterioridad a la Ley de actualización de 1989 una serie de problemas derivados, alguno de ellos, de la imposición de la pena de reclusión menor a todos los supuestos de "lesiones graves" y de la previsión de la pena de prisión menor para las "lesiones leves".

Señalaba entonces que, teniendo en cuenta que las sanciones acuñadas para las "lesiones graves" en el art. 420

---

menor, reclusión mayor, reclusión mayor en su grado máximo) no hay duda de que es preferible mantener la terminología tradicional. De no hacerlo así, las conductas del art. 420 merecerían la consideración de "graves" y por ello se harían merecedoras de tales penas.

(8) Vid. Mº D. Fernández Rodríguez, *Delitos contra la comunidad internacional*, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal, vol. 2, 1983, págs. 659 y ss.

oscilaban entre la pena de arresto mayor y multa y la de prisión mayor, la respuesta punitiva en el art. 136-2º debería ser, igualmente, diferenciada. Se criticaba, por ello, la imposición indiscriminada de la pena de reclusión menor a supuestos tan desiguales como los contenidos en aquel precepto.

Por lo que respecta a las "lesiones leves", se estimaba desproporcionada la reacción agravatoria que el art. 136-2º les tenía designada. Dar un salto de tres grados en la escala punitiva, convertir unas penas de arresto menor (que eran las previstas en los arts. 582 y 583) en una pena de prisión mayor no parecía, desde luego, jurídicamente defendible. Se subrayaba, además, la paradoja que implicaba semejante agravación en una norma en la que el legislador, en el más grave de los delitos allí previstos, el de *lesa majestad*, se había limitado a incrementar la pena en un solo grado y en toda su extensión.

En la actualidad, la redacción del art. 136 se mantiene en idénticos términos pues, como ya se ha dicho, la reforma no ha incidido en la misma. En su párrafo 2º, se sigue castigando con la pena de reclusión menor al que produjere "lesiones graves" y con la de prisión mayor si fueran "leves".

A la vista de ello, podría pensarse que continúan siendo válidas las anteriores consideraciones críticas y que, en consecuencia, bastaría con insistir en las mismas; sin embargo, intacta su vigencia, resultan hoy insuficientes como veremos.

La Ley Orgánica de actualización, al prescindir del art. 136, párrafo 2º, no sólo desperdició la ocasión de corregir sus defectos, sino que con esa rara habilidad a que nos tienen acostumbrados nuestros legisladores, consiguió incrementarlos.

Si ya era objetable en la regulación anterior que se castigasen de igual forma *todas* las "lesiones graves" produ-

cidas al Jefe del Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un tratado que se hallaren en España, con la nueva sistematización de las lesiones esa indiscriminada punición deviene insoportable.

Recordemos que, razonadamente, habíamos llegado a la conclusión de que en la tipificación vigente tenían la consideración de "graves" las lesiones integradas en los arts. 418, 419 y 421. Para todas ellas, el párrafo 2º del art. 136 tiene prevista la pena de reclusión menor, lo cual implica, *prima facie*, que si se produce alguna de las lesiones del art. 418 queda anulada la especial protección pretendida por la norma.

Por otra parte, ya no se trata ahora únicamente de censurar que se uniformen los distintos marcos penales de los arts. 418, 419 y 421. Después de la reforma, se produce una consecuencia aún más intolerable desde elementales exigencias culpabilistas como es la paridad represiva de lesiones inequívocamente intencionadas, arts. 418 y 419, y lesiones no buscadas de propósito, como son las del nº 2 del art. 421. Al margen de opinables matizaciones dogmáticas, lo que no se cuestiona es que éstas se hacen acreedoras de un juicio de reproche menos intenso; evidencia ésta que la Ley de actualización sólo ha tenido en cuenta, como ya se indicó, en el art. 501 que con exquisito cuidado establece penas diferenciadas para los distintos supuestos allí contemplados.

Por lo que respecta a las lesiones "leves", constitutivas de falta y mencionadas también en el párrafo 2º del art. 136, es suficiente con abundar en la denuncia hecha antes sobre el desproporcionado y paradójico incremento punitivo que supone pasar de una pena de arresto menor a otra de prisión mayor.

Defectos semejantes a los acabados de señalar en el art. 136, párrafo 2º, pueden ser detectados en otros precep-

tos. Así, en el art. 137 bis 1º, en el art. 139, en el art. 144, párrafo 3º, y en el art. 233, párrafo 1º.

En el art. 137 bis 1º la "muerte, castración, esterilización, mutilación o *lesión grave*" encuentran la misma respuesta punitiva: reclusión mayor.

En el art. 414, párrafo 3º, se impone a las "lesiones graves" resultantes de un aborto la pena de prisión menor en toda su extensión. Habida cuenta que la pena correspondiente al art. 421-2º es la de prisión menor en sus grados medio a máximo, el aborto *honoris causa* se acaba convirtiendo en un privilegiado medio de comisión.

El art. 233, párrafo 1º, establece que "incurrirá en la pena de reclusión mayor en su grado máximo si a consecuencia del hecho resultare muerte o lesiones de las comprendidas en los arts. 418, 419 o 421, y en la de reclusión menor *en los demás casos*". Casos que no pueden ser otros que las lesiones del art. 420 y las lesiones "leves" del art. 582, párrafo 1º. De esta forma, en el supuesto de que las lesiones ocasionadas sean de carácter "leve", se consigue superar -incluso- el despropósito al que aludíamos en el art. 136, párrafo 2º, puesto que lo que aquí se prescribe es un salto de cinco grados en la escala punitiva: la transformación de una pena de arresto menor en otra de reclusión mayor, eso sí, en toda su extensión.

Mayor estupor, aún, produce el art. 139; de ahí que deliberadamente haga mención del mismo en último lugar.

En efecto, en este precepto no sólo se prescribe una sanción única para todas las lesiones de los arts. 418, 419 y 421, sino que, además, el mismo marco punitivo acoge también a delitos tan diversos como son los de robo, incendio, asesinato, homicidio, delitos contra la *honestidad* (9), omi-

---

(9) Repárese en que el nº 2º de este artículo no escapó a la perspicacia de los reformadores, ya que la antigua referencia a los números 1º y 2º

sión del deber de socorro y daños, lo que demuestra que la incongruencia del legislador no alcanza su techo en las lesiones.

### III. LESIONES AGRAVADAS POR EL *MODUS OPERANDI*

#### 1. Consideraciones generales

Las figuras hoy recogidas en el art. 421 tienen su fuente de inspiración en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, siendo éstas las únicas lesiones que en aquel texto gozaban expresamente de la consideración de "graves". Naturaleza gradual de la que siguen gozando como hemos visto en páginas anteriores. No se produce, sin embargo, la misma coincidencia en cuanto a su configuración.

En el art. 150 de la Propuesta de 1983 estas figuras estaban estructuradas como delitos autónomos de lesiones. No sólo originaban una pena distinta, sino que al independizarse del tipo básico (10) ("cualquiera que sea su plazo de curación") adquirían un significado propio, revelándose como un delito valorativamente diferente.

Las modalidades del art. 421, en cambio, no constituyen tipos autónomos de lesiones. Por imperativo legal arrancan todas ellas del tipo básico del párrafo 1º del art. 420. Es cierto que, literalmente, el art. 421 se remite a las "lesiones del artículo anterior" pero resulta evidente que sólo pueden venir referidas las del tipo básico. Constituiría una verda-

---

del art. 420 fue sustituida por la alusión al art. 421 vigente. Agotados, sin duda, por semejante esfuerzo, no llegaron a leer el nº 3º que contemplaba los atentados "contra la honestidad".

(10) Art. 149-1: "...siempre que la lesión requiera para su sanidad ocho o más días de asistencia médica o provoque inutilidad por igual tiempo".

dera contradicción que las mismas peculiaridades fundamentaran agravaciones y atenuaciones (11).

Por otra parte, las características que añaden a este tipo básico no originan una pena *ex novo*; no se crea para ellas una pena cualitativamente distinta de la que dicha figura básica tiene asignada, solamente se recorta su extensión: el art. 421 prescribe imponer en sus grados medio a máximo la pena de prisión menor.

En definitiva, las lesiones del art. 421 aparecen hoy configuradas como tipos agravados del básico de lesiones del párrafo 1º del art. 420. Conclusión que no es unánimemente compartida y, por ello, requiere algunas precisiones.

Como es sabido, el art. 582, párrafo 1º, caracteriza las "lesiones leves", constitutivas de falta, como aquéllas que no precisaren tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigieran la primera asistencia facultativa, asignándoles la pena de arresto menor "salvo que se tratase de alguna de las lesiones del artículo 421".

En base a esta salvedad, notoriamente superflua, que aparece por vez primera en el Proyecto de la Ley de actualización, se ha llegado a afirmar que las agravaciones del art. 421 pueden apreciarse en lesiones que no requieran tratamiento médico o quirúrgico, es decir, en lesiones constitutivas de falta (12). Opinión que no se puede compartir por varias razones.

En primer lugar, por ineludible imperativo legal. El art. 421 se remite taxativamente a las lesiones del art. 420 que requieren, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

---

(11) Invocando razones de justicia material, en el mismo sentido, vid. Boix Reig, en *La reforma penal de 1989*, cit., pág. 109.

(12) Vid. I. Berdugo Gómez de la Torre, en la obra colectiva *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 85 y ss.

En segundo término, porque técnicamente no es factible imponer una pena "grave" exclusivamente reservada a las conductas que en nuestro ordenamiento punitivo son constitutivas de delito (arts. 6 y 27) a comportamientos configurados como faltas, a no ser que legalmente así se establezca de forma expresa. Así lo hacía el art. 150 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, que permitía apreciar estas agravaciones en las lesiones "cualquiera que sea su plazo de curación".

Finalmente, por una sencilla razón de sentido común, no por ello despreciable: resulta difícil admitir, ni siquiera como hipótesis, que las lesiones que se produzcan utilizando "armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas" peligrosos, o mediante acciones brutales o torturando al sujeto pasivo, puedan requerir sólo una primera asistencia facultativa. Sin necesidad de aludir, por sentado, a la producción de los graves resultados del número 2 del mismo art. 421 (13).

La pena establecida para todas las modalidades del art. 421, como ya se ha dicho, es la de prisión menor en sus grados medio a máximo, o sea, una pena privativa de libertad *no inferior* a dos años, cuatro meses y un día; tope mínimo que traduce, en definitiva, el alcance agravatorio de las mismas respecto al tipo básico.

Esta uniformidad sancionatoria es enérgicamente criticada por la doctrina, que defiende como soluciones alternativas más adecuadas una punición escalonada en tres niveles: tipo general, lesiones peligrosas por el medio y lesiones graves por el resultado (14) o una integración de las conductas del número 2 en el tipo básico del art. 420, dejando

---

(13) En el mismo sentido del texto, respecto de la imposibilidad jurídica de aplicar las agravaciones del art. 421 a las lesiones constitutivas de falta, se pronuncia Boix Reig quien, sin embargo, parece admitir su compatibilidad fáctica (en *La reforma penal de 1989*, cit., págs. 126 y s.).

(14) Cfr. Berdugo, en *La reforma penal de 1989*, cit., pág. 87.

en el art. 421 los supuestos de medios peligrosos y de tortura (15). En última instancia, lo que se pretende en ambos casos es diferenciar punitivamente las modalidades agravadas por el medio de aquellas que resultan caracterizadas por la entidad del resultado.

Precisamente con el objetivo de encontrar respuesta a ésta y otras cuestiones que sugiere el nuevo art. 421, se aborda el estudio de algunos de sus tipos.

## 2. Estudio de los tipos

En el art. 421 pueden distinguirse dos grupos de lesiones:

Lesiones agravadas por el *modus operandi*:

- A) Lesiones peligrosas (art. 421-1º).
- B) Lesiones brutales (art. 421-1º).
- C) Lesiones-tortura (art. 421-3º).

Lesiones agravadas por la forma de producción del resultado (art. 421-2º).

Como ya se indicó, en el presente trabajo sólo será objeto de estudio el primer grupo de lesiones.

*A) Lesiones peligrosas.* Art. 421-1º: "Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado".

*a) Fundamento.* *La ratio* del precepto es señalada por el propio tipo al vincular la efectividad de la agravación a la exigencia de que los medios o formas de realización de la conducta sean "susceptibles de causar graves daños en la integridad". Sobre esta base, se puede afirmar que la conducta es más reprochable por la potencialidad lesiva de los

---

(15) Cfr. Boix Reig, en *La reforma penal de 1989*, cit., págs. 109 y s.

medios o formas utilizados; se apunta, en definitiva, al plano de la antijuridicidad. Ahora bien, esta escueta afirmación deja en penumbra algunas cuestiones.

Una de ellas es la determinación de si el mayor contenido del injusto se deriva de un aumento del disvalor del resultado o del disvalor de la acción.

Es sabido que en el disvalor del resultado se puede incluir tanto la lesión como la puesta en peligro de un bien jurídico. Desde esta óptica, se podría entender que en la modalidad primera del número 1º del art. 421 se contemplan dos resultados: el del efectivo daño a la integridad personal, lesiones básicas del art. 420-1º y punto de partida del art. 421, y el de la creación de un riesgo añadido; siendo este último el que desencadenaría el incremento de la sanción.

No obstante, hemos de tener en cuenta que los resultados no son simultáneos. El tipo no exige que sea el menoscabo real de la integridad corporal o de la salud física o mental el que origine el peligro, sino los medios o formas utilizados en la acción. En definitiva, lo que fundamenta esta agravación es el aumento del disvalor de la acción.

Ello sentado, es preciso señalar también que la *ratio* no procede solamente del plano de la antijuridicidad. Al exigir la creación de un peligro concreto de daños más graves que los realmente producidos, se está valorando, asimismo, que con la elección de los medios o formas se asume la generación del riesgo, lo que implica, a su vez, la aceptación de los eventuales resultados lesivos más graves.

b) *Elemento objetivo*. La primera crítica que la descripción típica de esta modalidad agravada ha suscitado, es la utilización del término "agresión", por las connotaciones que pudieran derivarse de la exigencia de un comportamiento activo y violento que dicha palabra parece sugerir

(16). Sin embargo, habida cuenta que este tipo toma como punto de partida las lesiones básicas del artículo anterior, la interpretación que de dicho vocablo se haga forzosamente ha de ir referida a las mismas. Siendo así, se puede afirmar que con el término "agresión" se está aludiendo al menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental. Menoscabo que puede ser debido tanto a un procedimiento activo como omisivo y, por supuesto, no necesariamente violento. Además, por exigencias del tipo debe requerir para su sanidad no sólo una primera asistencia facultativa, sino también tratamiento médico o quirúrgico.

Estas mismas consideraciones nos sirven para alumbrar otro término equívoco, como es el de "integridad". El tenor literal del mismo parece insinuar que la agravación prevista en el tipo queda reducida a los supuestos de creación de riesgo para la integridad corporal. No obstante, las razones antes aludidas abonan otra comprensión.

En efecto, si el contenido sustancial de las lesiones es tanto la integridad corporal como la salud física o mental, a este interés jurídico en toda su extensión debe ir dirigida la previsión del peligro añadido que, con efectos agravatorios, se contiene en este número 1º del art. 421. Es éste también el sentido que la doctrina atribuye al término; es más, se ha llegado a afirmar que con el empleo del mismo lo que se pretende es abarcar tanto la vida como la integridad corporal (17).

En mi opinión, es más probable que hayan sido razones de economía legislativa las que determinaron la elección del controvertido vocablo. Motivos que habrían podido respetarse de modo más afortunado aludiendo a la "integridad

---

(16) En este sentido, vid. Berdugo, en *La reforma penal de 1989*, cit., pág. 86.

(17) Cfr. Berdugo, en *La reforma penal de 1989*, cit., págs. 86 y s. El mismo alcance atribuye al término Boix Reig, en *La reforma penal de 1989*, cit., pág. 111.

personal", lo que tampoco cegaría la posibilidad de incluir la creación de un riesgo para la vida.

Se hace referencia, asimismo, en el tipo a "armas", "instrumentos", "objetos" y "medios", lo que resulta innecesario habida cuenta que todos ellos constituyen "medios". Se alude, además, a los "métodos" y "formas" de utilización de los mismos.

Semejante minuciosidad en la exposición obedece, a mi juicio, a un deseo del legislador de subrayar de manera inequívoca que son los medios utilizados los que fundamentan la agravación. Posiblemente, por un afán obsesivo de abarcarlos todos se llegó a tan exhaustiva fórmula.

En primer lugar se mencionan las "armas", medio eminentemente peligroso; también se alude a "instrumentos" y "objetos", o sea, medios de diversa naturaleza pero de similar contundencia potencial que aquéllas. Todos ellos, especialmente adecuados para lesionar la vida y la integridad personal. Ahora bien, puesto que existen otros medios menos evidentes, más sutiles, pero igualmente peligrosos que no podían ser obviados, el legislador se vió en la necesidad de mencionar el género "medios", sin advertir que con ello hacía innecesaria la relación anterior.

Por último, en la expresión "métodos o formas" quedan cobijados aquellos supuestos en los que el riesgo no es inherente al medio en sí, sino que el peligro surge por la manera con que es utilizado en el caso concreto.

En la fórmula están incluidos, como vemos, medios de potencialidad lesiva abstracta y otros que carecen de ella. Cabe deducir, en consecuencia, que lo verdaderamente decisivo en el primer tipo del número 1 del art. 421 no es la naturaleza genérica de los medios, sino su materialización concreta. No se exige que *ab initio* éstos sean peligrosos

(18), pero sí que quede demostrado que su instrumentación ha originado un riesgo en la situación concreta.

Asimismo, la agravación no entrará en juego aunque el sujeto se sirva de medios que en abstracto sugieren la posibilidad de creación de un riesgo si, debido a la forma en que la acción se ejecuta, aquél resulta finalmente conjurado.

En resumen, lo que el tipo está exigiendo es la creación de un peligro concreto. Y este peligro concreto, creado por el medio o la forma utilizados en la acción, ha de ser de "graves daños" para la integridad personal. No tienen que ser "graves" las situaciones de riesgo que se creen, sino los daños. Estos, por fuerza, han de ser de más entidad que los ya ocasionados, es decir, que los previstos en el tipo básico del art. 420.

Pues bien, si se castigan conductas que por los medios o formas son susceptibles de dañar de modo parcial, aunque grave, la integridad corporal o la salud física o mental, por su obviedad parece innecesario aludir a que en el tipo también se contempla la creación de un riesgo para la vida, el más grave y definitivo atentado contra la integridad personal.

c) *Elemento subjetivo.* La conducta es inequívocamente dolosa. El sujeto actúa con un dolo genérico de lesionar y, como consecuencia, produce unas determinadas lesiones. Además, por haber utilizado unos determinados medios o formas en la acción, ésta provoca, asimismo, una situación en la que el bien jurídico corre el riesgo de sufrir graves daños.

El elemento subjetivo, en suma, que distingue esta modalidad agravada del propio de las lesiones básicas oca-

---

(18) Sobre el texto del Proyecto de Código penal de 1980, Berdugo entiende, por el contrario, que la peligrosidad del medio debe valorarse previamente a la realización de la conducta (Vid.: *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, 1982, págs. 108 y s.).

sionadas es ese margen de dolo añadido, ese dolo de peligro dirigido a lesiones más graves, arriesgadas pero no materializadas.

**B) Lesiones brutales.** Art. 421-1º: "Si en la agresión se hubieren utilizado... formas... reveladoras de acusada brutalidad en la acción".

Aunque inspirada esta modalidad en el Proyecto de 1980, la configuración actual del tipo procede del Anteproyecto de Ley de actualización. Son dos las modificaciones introducidas por este texto sobre la redacción original.

Una de ellas, aparentemente inofensiva, un insignificante cambio gramatical, consigue reducir el ámbito de aplicación de la agravante.

"Reveladores de acusada brutalidad" se decía en el texto primitivo, lo que permitía atribuir tal capacidad tanto a los medios como a las formas. Con la expresión "*reveladoras*", hoy utilizada, sólo cabe atribuir tal virtualidad a las "formas" (19). Cambio semántico que vino forzado por la otra modificación del texto.

La fórmula del Proyecto de 1980, reproducida en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, hacía referencia a la "*acusada brutalidad en el agresor*", considerándose que "armas, instrumentos, medios, métodos o formas" podían ser "reveladores", todos ellos, de la brutalidad del mismo.

El enunciado de la conducta en tales términos fue repudiado por la doctrina, por entender que respondía a un Derecho penal "de autor"; objeción que se pretendió salvar con la sustitución de la referencia a la brutalidad del sujeto por la de la brutalidad en la acción. Posiblemente con el mismo propósito, es decir, alejar el reproche del plano de la

---

(19) Aunque gramaticalmente puede extenderse a las "armas", éstas deben quedar excluidas en cuanto constituyen "medios".

culpabilidad, se decidió que únicamente las "formas" pudieran ser indicativas de dicha brutalidad.

Ahora bien, habrá que plantearse si, verdaderamente, con dicho cambio se ha alcanzado el objetivo ambicionado o, lo que es lo mismo, cuál es en la actualidad la razón de ser de la agravación.

a) *Fundamento*. No hay duda de que en la redacción original se iluminaba, perfectamente, la *ratio* del precepto al aludir a la "acusada brutalidad del agresor": un aumento del juicio de reproche dirigido al autor, un mayor contenido de la culpabilidad.

El art. 421-1º alude hoy a la "acusada brutalidad en la acción", lo que parece indicar que el fundamento se traslada del ámbito subjetivo al plano de la antijuridicidad. Sin embargo, para que así fuera, la agravación tendría que basarse en la peligrosidad de la acción, en la creación por ésta de un riesgo añadido de daños más graves para la integridad personal, posibilidad ya contemplada en el supuesto anterior.

En mi opinión, la sustitución de la referencia al sujeto por la referencia a la acción no conlleva un cambio sustancial. No se habla de brutalidad *de* la acción, sino de brutalidad *en* la acción. No es la lesión en sí, es decir, acción y efecto de lesionar lo que se califica como tal, sino la "forma" de llevarla a cabo lo cual significa, en última instancia, que el especial reproche se sigue dirigiendo al autor.

Partiendo de que la primitiva fórmula revelaba un repudiable Derecho penal de autor, critica Boix Reig el mantenimiento del término "brutalidad" por lo que tiene de caracterizador del autor. En esa inteligencia, propone considerar la agravación "en la producción de un daño, probablemente innecesario, en la víctima que no incremente el resultado lesivo de la misma". Afirma, por ello, que los efectos penológicos habrían sido los mismos aplicando la circuns-

tancia genérica de ensañamiento del nº 5 del art. 10 del Código penal (20).

Es cierto, efectivamente, que la variante introducida no ha modificado el fundamento de la agravación. También hoy, la *ratio* de la misma procede del plano de la culpabilidad; veamos desde qué perspectiva.

Cabría pensar que el juicio de reproche se incrementa porque la forma de llevar a cabo la acción revela que el dolo del agente traspasa, eventualmente, los propios resultados de la acción. Ahora bien, como el Derecho penal no se puede basar en presunciones, elementales exigencias de seguridad jurídica reclamarían que ese presumible dolo de peligro se plasmara en la generación de un riesgo añadido para el bien jurídico, en cuyo caso coincidiría con la primera modalidad del número 1º del art. 421.

Más probable es que el legislador, al configurar el tipo, tuviera *in mente* una situación semejante a la que fundamenta el ensañamiento. Sería la especialmente reprochable actitud anímica del sujeto, su crueldad, su insensibilidad al sufrimiento ajeno, lo que incrementaría el juicio de reproche personal; en suma, lo que justificaría la agravación.

Si éste es el fundamento de la agravación, como lo era también en la primitiva redacción, no creo que esté justificado, en modo alguno, hablar en este caso de un "Derecho penal de autor", de un *Täterstrafrecht* de reminiscencias nazis, demoleedor del *Tatstrafrecht*.

Estamos, sí, ante un supuesto de "Derecho penal de autor", pero desprovisto de tales connotaciones autoritarias que, como es sabido, hoy se admite que tenga una misión auxiliadora del "Derecho penal de hecho", es decir, como excepción respecto de la regla. Conciliación entre ambas opciones que un autor tan poco sospechoso de veleidades

---

(20) Cfr. Boix Reig, en *La reforma penal de 1989*, cit., págs. 111 y s.

totalitarias como Jiménez de Asúa califica de "posible y deseable" (21).

En efecto, el Derecho penal actual se basa en el hecho de manera fundamental pero no exclusiva. La personalidad del individuo, sus motivaciones, son también tenidas en cuenta para matizar su culpabilidad, y debe ser así porque, como se expresa con afortunada metáfora, el dolo, por sí mismo sería incoloro si en él no se encontraran trazos de los antecedentes psicológicos que impulsan al agente a actuar (22). Precisamente, la agravación prevista en esta modalidad de "lesiones brutales" responde, como el ensañamiento y otras muchas circunstancias del Código penal español (23), a esa tendencia subjetivista que persigue el loable propósito de que la pena guarde la debida proporción con el contenido de la culpabilidad.

Ahora bien, aunque coincida en el plano culpabilista con la *ratio* del ensañamiento, no por ello deja de tener sentido esta previsión.

Ya hemos visto que, para subrayar la innecesariedad de este tipo, se afirma que la aplicación de la agravante 5ª del art. 10 produciría los mismos efectos penológicos. Desde luego, así sería si sólo concurriera dicha circunstancia en el tipo básico del art. 420-1º ya que la pena a imponer sería la de prisión menor en sus grados medio o máximo. Sin embargo, de concurrir además otras circunstancias, las consecuencias punitivas no serían las mismas.

---

(21) Cfr. L. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, tomo III, cuarta edición, Losada, Buenos Aires, 1977, pág. 73.

(22) Cfr. G. Bettiol - L. Petoello Mantovani, *Diritto penale*, 12ª edizione, Cedam, Padova, 1986, pág. 583.

(23) En esta línea, señala Jiménez de Asúa que la teoría de las circunstancias legales, es decir, las especialmente definidas por la ley "surge por la desconfianza en el arbitrio judicial como medio de realizar en la ley, que sólo puede hacerlo de modo imperfecto, la adaptación que no se consiente a los jueces (cfr. *Tratado de Derecho penal*, tomo III, cit., pág. 124).

No hay que olvidar que en el art. 421 la pena a imponer es la de prisión menor en sus grados medio a máximo. En consecuencia, si por ejemplo, se apreciara al mismo tiempo que el ensañamiento alguna otra circunstancia agravante, el grado máximo de la pena del art. 420-1º no coincidiría, evidentemente, con el que resultaría de dividir la pena del art. 421 en tres grados. Pero no es ésta la verdadera cuestión.

Lo que a mi juicio constituye el motivo, y a la vez la justificación, de esta previsión expresa, no obstante la existencia de la agravante genérica de ensañamiento, es la propia naturaleza de los delitos de lesión. Me explico.

A nadie se le escapa que un resultado lesivo puede producirse de una forma cruel sin causar, por ello, "males innecesarios para su ejecución"; hipótesis en las que estaría vedada la aplicación del art. 10-5ª. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que un sujeto, por puro sadismo, aplasta un cigarrillo encendido en la planta del pie de su víctima. En este caso de evidente crueldad, merecedor de un especial reproche, la agravante de ensañamiento no podría entrar en juego porque, realmente, no se han producido "males innecesarios para la ejecución".

Concluyendo: la expresa previsión de esta agravación, fundamentada en la acusada brutalidad del agente, puesta de manifiesto en la forma de realización de la acción, está plenamente justificada. Lo único que hay que lamentar es que su aplicación se limite exclusivamente a los supuestos de lesiones básicas.

b) *Elemento objetivo.* Como colofón de las anteriores consideraciones, se puede afirmar que realiza la conducta típica de esta segunda modalidad del número 1º del art. 421 el que por cualquier medio, pero de forma brutal, que no sea susceptible de causar graves daños en la integridad del lesionado, cause a otro una lesión que menoscabe su inte-

gridad corporal o su salud física o mental, que requiera para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

c) *Elemento subjetivo.* El dolo que caracteriza a ese tipo, y lo diferencia del dolo genérico propio del tipo básico, es que a éste se añade un deliberado propósito por parte del sujeto de que la lesión se produzca con el máximo sufrimiento para la víctima.

Componente subjetivo que, como hemos visto, coincide con el del ensañamiento, lo que impedirá, como es lógico, la apreciación de la agravante 5ª del art. 10 cuando, además, se produzcan males innecesarios para la ejecución.

C) *Lesiones-tortura.* Art. 421-3º: "Si se hubiera empleado tortura".

Esta agravación, como los demás supuestos del art. 421, sólo es operativa en las lesiones básicas del párrafo 1º del art. 420. Distinto alcance tenía en los textos prelegislativos que le sirvieron de antecedente.

En efecto, en el Proyecto de Código penal de 1980 las "torturas o sevicias" incidían solamente en las lesiones constitutivas de faltas, elevándolas a la categoría de delito (24). Asimismo, en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, que introdujo sensibles cambios respecto al texto anterior, la formulación era diversa. Eliminada la referencia a las sevicias, la tortura aparece ubicada entre las lesiones entonces consideradas "graves" y apreciable lo mismo en las lesiones constitutivas de delito como en las lesiones con rango de

---

(24) Quizá la explicación del silencio agravatorio respecto de las lesiones constitutivas de delito esté en la nueva configuración que este texto ofrecía del ensañamiento. Hipótesis que parece confirmar la Propuesta de Anteproyecto de 1983 que, al mismo tiempo que restablece el concepto tradicional de ensañamiento, extiende la agravación a las lesiones constitutivas de delito.

falta. Ubicación y alcance inalterados hasta la presente Ley de actualización.

El supuesto que aquí se contempla es el de la realización de la acción mediante el empleo de "tortura". De la interpretación que se haga de este término dependerán, es obvio, todas las cuestiones que esta modalidad agravada pueda sugerir.

Como es sabido, existe a nivel internacional un concepto "normativo" de tortura que, partiendo del art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (25), ha ido configurándose a través de distintas Convenciones y Declaraciones hasta la plasmación en una fórmula admitida por la mayoría de los países, como es la reproducida en el art. 1 de la Convención contra la tortura y otros malos tratos o penas crueles de Nueva York, de 1984 (26). Según dicha definición, los caracteres fundamentales de la tortura son los siguientes:

- a) Conducta: acto por el que se infringe intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales.
- b) Sujeto activo: funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas.
- c) Fines: obtener una confesión, castigar, intimidar o coaccionar.

---

(25) Art. 5: "Nadie será sometido a tortura, tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes", principio que ha tenido acceso a numerosas Constituciones, entre ellas la española de 1978.

(26) Esta Convención de Nueva York, hecha el 10 de diciembre de 1984, fue ratificada por España mediante Instrumento de 19 de octubre de 1987. Asimismo, en fecha reciente (1 de septiembre de 1989) entró en vigor para España el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987 y ratificado por nuestro país el 28 de abril de 1989.

En nuestro país, además de la previsión constitucional del art. 15, la tortura es contemplada en los arts. 204 bis y 501-4º del Código penal.

Aunque el art. 204 bis no reproduce exactamente las exigencias de la fórmula internacional, como lamenta Del Toro (27), nadie pone en duda que lo que dicho precepto tipifica es el delito de tortura. En este sentido, se puede afirmar que el art. 204 bis ofrece, efectivamente, un concepto "normativo" de tortura.

En el otro precepto mencionado, el art. 501-4º, sí se menciona expresamente el término "tortura". Pues bien, cuando en la reforma de 1983 se introdujo el robo acompañado de tortura, se planteó la misma cuestión que ahora provoca el art. 421-3º: determinar si el sentido y alcance de la palabra "tortura" corresponde a un concepto normativo o si su utilización es meramente descriptiva.

La Sentencia de 6 de julio de 1983 es expresión del criterio mantenido entonces por la mayoría de la doctrina: "Para hallar el sentido y alcance de la palabra *torturas* no se puede acudir a la Exposición de Motivos de la Ley de 25 de junio de 1983, porque el legislador guarda en ella el más absoluto silencio y tampoco sirve relacionar el inciso dicho con el art. 204 bis, del Código penal, y ello no sólo por la amplitud de este último precepto... sino porque el sujeto activo ha de ser necesariamente una autoridad o un funcionario público, porque las conductas integrantes de las torturas han de efectuarse en el curso de una investigación policial o judicial y porque, finalmente, dichas conductas han de pro-

---

(27) Alude A. del Toro Marzal a la definición de tortura contenida en el art. 1 de la Declaración de la ONU para la Prevención del delito y Tratamiento del delincuente, abordada en Ginebra el 1 de septiembre de 1975. Definición que coincide en esencia con la ofrecida por la citada Convención de Nueva York (Vid. *El nuevo delito de tortura*, en *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, págs. 269 y 293 y ss.).

pende, teleológicamente, a conseguir una confesión o testimonio".

Por las mismas razones, se rechaza también hoy la equiparación entre el art. 204 bis y el art. 421-3º (28) pero, al margen de esta inicial coincidencia, veamos el juicio que merece a la doctrina esta modalidad agravada de lesiones.

Sostiene Berdugo que el art. 421-3º halla su justificación en la lesión de otros bienes jurídicos como son la dignidad de la persona, bienestar corporal y el honor, lamentando por ello que no se haya previsto para todos los supuestos de lesiones (29).

Por su parte, afirma Boix Reig que estamos ante un concepto de tortura amplio; concepto que este autor concibe en los siguientes términos: "empleo de cualquier medio, que menoscabando la integridad corporal o salud física o mental del sujeto pasivo pretenda doblegar su voluntad en orden a conseguir una ulterior finalidad". La particularidad de la tortura propia del art. 421-3º es que la lesión producida sería una lesión básica del art. 420 (30).

En mi opinión, en el art. 421-3º el término "tortura" se utiliza en un sentido descriptivo que, según el Diccionario de la Real Academia, equivale a dolor o aflicción grande. Sufrimiento de carácter físico o mental que, por definición, es distinto y más intenso que el inherente a la propia lesión.

Siendo así, o bien se identifica con el ensañamiento, como tradicionalmente se ha hecho en nuestros Códigos

---

(28) En este sentido, vid. Boix Reig, en *La reforma penal de 1989*, cit., pág. 115; Berdugo, en *La reforma penal de 1989*, cit., pág. 90.

(29) Cfr. Berdugo, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal, cit., vol. 1, págs. 401 y s.

(30) Cfr. Boix Reig, en *La reforma penal de 1989*, cit., págs. 115 y s.

(31) o bien coincide con la modalidad agravada de las "lesiones brutales" del número 1 del art. 421.

En definitiva, la modalidad agravada de tortura carece totalmente de justificación.

---

(31) Ya en el Código penal de 1822 se contemplaba como una de las circunstancias cualificativas del asesinato realizar el hecho "con tormentos o con un acto de ferocidad o crueldad", circunstancia que, precisamente, daba lugar a una agravación expresa en los delitos de lesiones.