

El nuevo delito de participación con medios peligrosos en una riña confusa y tumultuaria

SUSANA HUERTA TOCILDO

Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Granada

I. ORIGENES DEL NUEVO ARTICULO 424 DEL CP

Una vez más asistimos, por obra y gracia de la Ley Orgánica 3/1989 «de actualización del Código penal», a un fenómeno de parcheado de nuestro vetusto instrumento punitivo. Ante la terquedad de los hechos, no vale la pena insistir aquí sobre la necesidad de evitar nuevas remodelaciones causantes de la aparición de profundas antinomias y discordancias, ni sobre la conveniencia de elaborar un completo texto de nuevo cuño. Me limitaré, pues, a comentar una de las importantes novedades introducidas en su Título VIII: me refiero a la derogación del artículo 408 del Código penal (1) y al nuevo texto del artículo 424 del Código penal (2), redactado ahora en los siguientes términos: «*Quienes riñeren entre sí, acometiéndose confusa y tumultuariamente y utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de arresto mayor en su grado máximo, a prisión menor en su grado medio*».

La supresión de los delitos de homicidio y de lesiones en riña tumultuaria no constituye ciertamente una sorpresa en el tortuoso pro-

(1) El derogado artículo 408 del Código penal decía así: *cuando riñendo varios y acometiéndose entre sí confusa y tumultuariamente hubiere resultado muerte y no constare su autor, pero sí los que hubieran causado lesiones graves, serán éstos castigados con la pena de prisión mayor. No constando tampoco los que hubieren causado lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencia en su persona la de prisión menor*».

(2) La antigua redacción del artículo 424 del Código penal era la siguiente: «*Cuando en la riña tumultuaria, definida en el artículo 408, resultasen lesiones graves, y no constase quienes las hubieren causado, se impondrá la pena inmediatamente inferior a la correspondiente a las lesiones causados a los que aparezcan haber ejercido cualquier violencia en la persona del ofendido*».

ceso de reforma sincopada a que actualmente se ven sometidas las leyes penales. Puede decirse, por el contrario, que era una pretensión largamente acariciada por la inmensa mayoría de nuestra doctrina. No es por ello de extrañar que tanto el proyecto de 1980 como la Propuesta de Anteproyecto de 1983 incorporasen alternativas al texto de los artículos 408 y 424 entonces vigente. Más adelante se verán cuáles eran las razones de la señalada insatisfacción doctrinal. Pero, lo que ahora interesa es observar las profundas diferencias existentes entre ambos modelos de reforma.

El artículo 172 del Proyecto de 1980 mantenía en principio la estructura típica característica de los delitos cometidos en los artículos 408 y 424 del Código penal (3). En lo relativo en concreto al homicidio en riña tumultuaria, no suponía grandes variaciones respecto del texto que aspira a sustituir. Seguían en efecto presentes los siguientes elementos: 1) La situación marco, descrita en términos de acometimiento plural de carácter confuso y tumultuario; 2) la exigencia que de la misma se hubiesen derivado una muerte o unas lesiones graves cuyo autor no constaba, y 3) la concurrencia de un comportamiento básico distinto de la mera participación en una riña confusa y tumultuaria. Pero, precisamente, en este último punto es donde cabía apreciar una importante diferencia en relación con el artículo 408 del Código penal. Pues, mientras que este precepto se limitaba a sancionar a aquellos participantes en una riña confusa y tumultuaria que hubiesen ocasionado lesiones graves o, en su defecto, cualquier tipo de violencias en la persona del muerto, el artículo 172 del Proyecto de 1980 hacía responsables a todos aquellos intervinientes que hubiesen «agredido» de una u otra manera a quien posteriormente resultaría muerto, sin distinguir entre la causación de lesiones graves o de simples violencias y sin ni siquiera solicitar que se hubiese producido un concreto resultado lesivo. Podía en consecuencia decirse que la verdadera novedad de esta propuesta consistía en que con ella se eliminaba la técnica «escalonada» de punición seguida en el artículo 408 del Código penal.

El texto del artículo 154 de la PANCP contenía, en cambio, toda una propuesta alternativa (4). A diferencia del anterior, este precepto prescindía ya a efectos de tipicidad de los elementos citados en segundo y tercer lugar, limitándose a exigir que el participante hubiese hecho uso de medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad

(3) Artículo 172 del Proyecto de 1980: *cuando varios acometiéndose entre sí confusa y tumultariamente, hubiere resultado muerte o lesiones graves y no constare su autor, se impondrá a todos los que hubiesen agredido al ofendido la pena de prisión de dos a cuatro años, en el primer caso, y de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses en el segundo».*

(4) Artículo 154 de la PANCP: *«Quienes riñeren entre sí, acometiéndose confusa y tumultariamente y utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses».*

de las personas. La participación en una riña confusa y tumultuaria pasaba así de ser un elemento de un delito de resultado a integrarse en un delito de peligro. Sin que ello obedeciese a consideraciones emergidas de una profunda reflexión doctrinal o a la existencia de importantes razones de carácter político-criminal...

El nuevo artículo 424 es fiel trasunto de este último modelo, salvo en lo que se refiere a la pena. La opacidad del progreso que ha llevado a su inclusión en el código penal impide, sin embargo, conocer a priori los motivos que han conducido a la elección de este sistema entre otros posibles, como alternativa al artículo 408 del Código penal. Esa misma falta de transparencia deja varias preguntas en el tintero: ¿por qué era tan necesario suprimir los delitos de homicidio y de lesiones en riña tumultuaria? ¿Era urgente hacerlo? ¿Por qué entonces no se hizo antes? ¿Por qué se hace ahora? Cuestiones aparentemente sencillas pero, no por ello, de fácil respuesta. Empezaré por intentar dar contestación a la primera.

II. LA POLEMICA DOCTRINAL EN TORNO A LA NATURALEZA DEL HOMICIDIO EN RIÑA TUMULTUARIA Y A LA FUNCION DE LA MUERTE EN LA ESTRUCTURA DEL TIPO

A) Las tesis de la doctrina mayoritaria

Como ya hemos dicho, hacía tiempo que la doctrina mayoritaria pedía la desaparición del mal llamado homicidio en riña tumultuaria. Y digo «mal llamado» porque en realidad no se trataba en modo alguno de un homicidio, por más que la errónea ubicación sistemática del artículo 408 pudiera hacer pensar lo contrario. Y, sin embargo, esto último es precisamente lo que concluyeron la casi totalidad de los autores de unas lesiones graves o de unas violencias, inferidas en el marco de una riña confusa y tumultuaria, habían ocasionado una muerte. Llegándose incluso a afirmar que el artículo 408 del Código penal venía a resolver «un problema procesal de autoría de un homicidio» (6).

Se comprende que a partir de semejante entendimiento del artícu-

(5) *Vid.* en este sentido entre otros: RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte Especial* 10.^a ed. revisada y puesta al día por Serrano Gómez, Madrid 1987, p. 72; BUSTOS, *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Barcelona 1986, p. 52; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 7.^a ed., Valencia 1988, p. 109; GARCIA PLANAS, *Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el Código penal español y en la jurisprudencia* en Revista Jurídica de Cataluña, 1979, p. 851; SALAS HOLGADO, *El delito de homicidio y de lesiones en riña tumultuaria* en ADPCP 1987, p. 671.

(6) MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 70.

(7) *Vid.* en este sentido: QUERALT, *Derecho penal español, Parte Especial*, 1, Barcelona 1986, p. 13.

lo 408 del Código penal, se solicitase reiteradamente su derogación por estimarlo contrario a la presunción de inocencia, y a los más elementales principios del Derecho penal. Sin embargo, este enfoque no sólo no era obligatorio sino que resultaba francamente absurdo. Por las siguientes razones:

En primer lugar, si hubiese sido cierto que la *ratio legis* del artículo 408 se basaba en la presunción o sospecha (en ningún caso certeza) de que la muerte acaecida en el curso de una riña confusa y tumultuaria había sido causada por el autor de lesiones graves o de violencias en la persona del muerto, la pena correspondiente habría sido idéntica a la prevista para el delito de homicidio. No hay más que recordar los artículos 483 y 485 del Código penal, en los que se contienen sendos delitos de sospecha al parecer «intocables» y en todo caso inmunes a las sucesivas leyes de reforma (8), para darse cuenta de que cuando un tipo penal incorpora una presunción de homicidio o de asesinato, la pena prevista es idéntica a la que corresponde a los delitos cuya realización presume. No sucedía así en el artículo 408 del Código penal, cuya pena era inferior a la que habría de imponerse por homicidio consumado.

Por otra parte, si se hubiese tratado realmente de una presunción de homicidio, dicha presunción se destruiría mediante prueba en contrario (9), siendo en consecuencia inaplicable el artículo 408 siempre que el autor de las lesiones o de las violencias pudiese demostrar que su comportamiento no podía en modo alguno conectarse con el hecho de que el lesionado o violentado hubiese resultado muerto (ej.: en el curso de una riña confusa y tumultuaria, A produce a B lesiones graves en un brazo, resultando que posteriormente B muere de un disparo en la cabeza cuyo autor se desconoce). En este sentido no puede negarse la coherencia del pensamiento de MIR cuando, tras afirmar que en «el homicidio (o lesiones) en riña tumultuaria se presume que el autor de la muerte (o de las lesiones) estará entre los que han causado las lesiones» sigue diciendo que «en caso de contradecirse inequívocamente la presunción (por ejemplo: se comprueba que uno de los que causaron lesiones graves en la riña no pudo haber matado en ningún caso a la víctima) debe negarse la presencia del delito pese a la concurrencia de la condición objetiva» (10). Cierta-

(8) Desde luego que esta técnica es absolutamente rechazable. Y, sin embargo, ahí están los dos citados preceptos sin que hasta la fecha ninguna de las múltiples leyes más o menos urgentes y más o menos parciales de reforma del Código penal hayan considerado conveniente suprimirlos. Ante ello, no puedo por menos que considerar demagógicamente la pomposa declaración contenida en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/89 a cuyo tenor la supresión del artículo 408 del Código penal es debida a «su frontal incompatibilidad con la seguridad jurídica y el principio mismo de culpabilidad».

(9) A menos que se comparte el criterio de SALAS HOLGADO (*ob. cit.* p. 669) de que se trataba de una presunción *iure* de causación de muerte.

(10) *Adiciones a JESCHECK, Tratado de Derecho penal, por Parte General*, vol II, Barcelona 1981, p. 771-772.

mente ello es así en las hipótesis todavía previstas en los artículos 483 y 485 del Código penal, pero no lo era en la antes contenida en el artículo 408 del Código penal.

Recuérdese, en efecto, que para que dicho precepto fuera aplicable se exigía la no constancia del autor de la muerte, con lo que la ley venía a reconocer implícitamente que ésta podía muy bien haber sido causada por una persona distinta del autor de las lesiones graves. Pues, si bien, es verdad que habían de coincidir la persona del muerto y la del gravemente lesionado o violentado (como se deducía claramente del artículo 408.2 y del antiguo artículo 424) (11), una vez producida dicha coincidencia (y descartados ya, por consiguiente, del ámbito de aplicación del artículo 408 los autores de las lesiones graves o de violencias sobre una persona distinta del muerto) no se exigía además la adecuación causal de la conducta lesiva respecto de la muerte. Lo que quiere decir que aunque se comprobase a posteriori que la índole de la lesión grave ocasionada impedía su consideración como apta para causar la muerte, ello no obstante, seguía siendo aplicable el artículo 408 del Código penal.

No otra cosa cabía deducir, por otra parte, del contenido del artículo 408.2 del Código penal. Pues si, en ausencia de toda información sobre quienes habían ocasionado lesiones graves al muerto, había de imponerse la pena prevista en dicho párrafo a «*todos los que hubieron ejercido violencias*» en la persona del ofendido, entendiéndose por tales no sólo las lesiones menos graves sino cualquier vía de hecho, incluido «el simple golpear o maltratar a otro de obra sin causarle lesión» (12), con mayor razón había de aplicarse el párrafo primero de ese mismo artículo a los autores de una lesión grave como la anteriormente descrita, aunque ésta hubiese sido de todo punto inadecuada para ocasionar la muerte (13). Es más: la exigencia de adecuación de la lesión para producir la muerte a lo que habría conducido es a la afirmación de una relación de causalidad entre esa lesión y dicho resultado y en última instancia a la afirmación, si concurrían los elementos subjetivos precisos, de una autoría de homicidio (doloso o imprudente) que habría hecho inaplicable el artículo 408 del Código penal.

Por si todo ello fuera poco, la propia atribución a la muerte por la doctrina dominante (14) de la naturaleza de condición objetiva de

(11) Cfr.: DEL ROSAL, COBO y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal (Parte Especial), Delitos contra las personas*, Madrid 1962, p. 241-243.

(12) Cfr. BAJO, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) Delitos contra las personas*, Madrid 1986, p. 78.

(13) Por consiguiente, creo que tiene razón BAJO cuando dice que «no se excluye la aplicación del precepto aún cuando se probara que muerte se debe a causas ajenas a la actuación del autor de las lesiones... Por ejemplo: el autor produce lesiones graves por rotura de brazo y la víctima muere a consecuencia de un disparo en el cabeza sin que conste el autor del mismo» (*ob. cit.*, p. 74).

(14) *Vid.* en este sentido, entre otros, MUÑOZ CONDE, *Parte Especial, cit.* p. 71.

punibilidad, implicaba la no exigencia de conexión causal alguna entre las lesiones graves o las violencias y la muerte del lesionado o violentado. Por ello, no entiendo cómo Muñoz Conde, tras afirmar que la muerte era una condición objetiva de punibilidad, no sólo decía era absurdo pretender imputar una muerte por disparo en la cabeza a quien se había limitado a romper un brazo al muerto, sino que incluso llegaba a afirmar que la muerte del ofendido tenía que ser imputable al menos a título de culpa al autor de las lesiones graves o de las violencias (15), confundiendo así la estructura del artículo 408 del Código penal con la de un delito cualificado por el resultado; y, lo que es más grave, olvidando que si la muerte era imputable al menos a título de imprudencia del autor de las lesiones graves, este último sería, asimismo, autor conocido de la muerte, con lo que el artículo 408 habría dejado de ser aplicable.

De todo lo anterior se desprende que entre la producción de las lesiones graves o de las violencias y el advenimiento de la muerte, el ofendido podía ser víctima de toda una larga serie de ataques letales por parte de los autores desconocidos sin que por ello dejase de aplicarse a los autores de las lesiones graves o de las violencias lo dispuesto en el artículo 408 del Código penal. Por más que demostrasen fehacientemente que en ningún caso podían haber matado a la víctima. No cabe mayor demostración de que el delito contenido en el citado precepto nada tenía que ver con una presunción de homicidio.

La aplicación del artículo 408 del Código penal no se basaba en una presunción de que los autores de las lesiones graves o de las violencias hubieran *causado* la muerte del gravemente lesionado o violentado. Ni tampoco implicaba una inadmisibles *presunción de culpabilidad* respecto de la misma. En realidad, en la estructura del tipo, la muerte estaba vinculada tanto objetiva como subjetivamente de la conducta consistente en ocasionar lesiones graves o violencias en el curso de una riña confusa y tumultaria.

Por ello mismo los partidarios de la tesis mayoritaria no acertaron a ver en ella el resultado del delito y la calificaron unánimemente de *condición objetiva de punibilidad*. En opinión de Cobo y Carbonell una vez calificado el homicidio en riña tumultuaria de delito de sospecha (de homicidio), lo coherente habría sido, sin embargo, atribuir a la muerte la naturaleza de resultado del delito (16). Pero no hay que olvidar «resultado» típico debe ser objetiva y subjetivamente imputable a aquella persona a la que se quiere hacer responsable del mismo. Y que la propia ley reconocía que no constaba el autor de la muerte, única persona en relación con la que podía hablarse de un «resultado» en tanto que suceso objetiva y subjetivamente conec-

(15) *Parte Especial*, cit. p. 71.

(16) Cfr.: COBO y CARBONELL en M. Cobo et alt., *Derecho penal, Parte Especial*, 2.^a ed., Valencia 1988, p. 534.

tado con su comportamiento. Ni siquiera la consideración de que el delito contenido en el artículo 408 del Código penal constituía un delito de sospecha (presunción de causalidad y de culpabilidad) podía confundir a que se atribuyese a la muerte naturaleza de resultado del delito, pues, sabido es, que el resultado ha de estar causalmente conectado con la conducta del autor (lo que aquí no sucedía) y ha de poderle ser imputado al menos a título de imprudencia (17). Además de haberse entendido que la muerte era el resultado del delito previsto en el artículo 408 del Código penal, habría que haber castigado a título de tentativa a los participantes en una riña confusa y tumultuaria que hubiesen producido en el curso de la misma unas lesiones graves o unas violencias, aún cuando de ella no se hubiese derivado una muerte. Sin embargo, ello quedaba desmentido por la responsabilidad escalonada establecida en el antiguo texto de los artículos 424 y 583.7 del Código penal (18).

A mi juicio, tenía razón la doctrina dominante al estimar que la muerte no podía ser el resultado del homicidio en riña tumultuaria. Pero creo, que esta misma doctrina no era coherente cuando afirmaba a un tiempo que el homicidio en riña tumultuaria constituía un delito de sospecha y que la muerte era una condición objetiva de *punibilidad*. Porque, desde esa perspectiva que era la suya, no podía tratarse, desde luego, una verdadera condición objetiva de punibilidad sino, todo lo más de una *impropia condición objetiva de punibilidad* (19).

Ciertamente, todas las condiciones objetivas de punibilidad, propias o impropias, se caracterizan por el hecho de que no es necesario que el dolo o la imprudencia se refieran a ellas. Pero mientras que las primeras constituyen puras causas de restricción de la pena, en el sentido de que de no concurrir la condición en cuestión dejaría de imponerse la pena correspondiente a un hecho que reúne todos los requisitos objetivos y subjetivos que podrían fundamentarla, las llamadas *condiciones objetivas impropias* son verdaderas *causas de agravación encubiertas* «que formalmente se hallan configuradas como condiciones objetivas de punibilidad porque el legislador quiere sustraerlas a la exigencia de dolo o imprudencia» (20). Como es elemental, la no exigencia de que el dolo o la imprudencia abarquen a la condición objetiva propia es irrelevante, ya que los elementos

(17) Precisamente porque la muerte no reunía ninguno de estos dos requisitos, no cabía calificar al homicidio en riña tumultuaria de delito cualificado por el resultado.

(18) Cfr.: *BAJO Parte Especial*, cit. p. 80.

(19) En este sentido, coherentemente: MIR, *Adiciones*, cit p. 771. Es curioso observar, sin embargo, que mientras que este autor traza un paralelismo en dicho lugar entre los artículos 408, 424, 483 y 485 del Código penal, no hace lo mismo en otros escritores posteriores (*Vid. Derecho penal, Parte General*, 2.^a ed., Barcelona, 1985, pp. 122-123, donde únicamente alude a estos dos últimos preceptos al referirse a los portadores de impropias condiciones objetivas de punibilidad).

(20) Cfr.: JESCHECK, *ob. cit.*, p. 765.

objetivos y subjetivos del hecho han sido comprobados en su totalidad y la condición objetiva no supone en tal caso sino la paralización, por motivos político-criminales, de una pena anunciada. En cambio, la función de la condición objetiva impropia no es frenar una pena por un hecho objetivo o subjetivamente imputable a su autor, sino fundamentar una pena por el hecho que o bien no sería punible, o bien no lo sería en una medida grave. En realidad resulta muy equívoco darles el nombre de «condiciones objetivas de punibilidad» por más que a continuación se las tache de «impropias». Porque si bien son «condiciones objetivas», lo que condicionan no es simplemente la punibilidad de un hecho típico y antijurídico sino la misma tipicidad del hecho o su agravación (ello se ve claramente en los artículos 483 y 485 del Código penal). Son pues verdaderos elementos del tipo que, como tal, deberían estar objetiva y subjetivamente conectados con la conducta del autor y que, sin embargo, eluden dicha conexión mediante el artificio de presentarse como lo que no son, dando lugar a presunciones totalmente incompatibles con el principio de que no hay pena sin dolo o imprudencia (21). Pues bien, de entenderse como así lo entendía la doctrina dominante, que el llamado homicidio en riña tumultuaria se basaba en una *presunción* no destruible, como hemos visto, mediante prueba en contrario, resultaba obligado atribuir a la muerte de naturaleza *impropia condición objetiva de punibilidad* o, mejor, de *condición objetiva de agravación de la pena* opuesta a algunos de los principios básicos del Derecho penal. En tales condiciones, no es extraño que se pronunciara en contra de los delitos hasta hace poco contenidos, respectivamente, en los artículos 408 y 424 del Código penal. Pero se verá a continuación, no era éste el único entendimiento posible.

B) La tesis minoritaria: el homicidio en riña tumultuaria como delito de lesiones

De distinta opinión era, por ejemplo, Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo, quienes rechazaban que el homicidio en riña tumultuaria fuese un delito de sospecha, e insistían por el contrario en el hecho de que existía plena certeza respecto de la comisión de delito de lesiones. A su juicio, la pena prevista en el artículo 408 no se imponía a los autores conocidos de unas lesiones graves o de unas violencias por considerarlos presuntos autores de una muerte, sino por haber perpetrado dichas lesiones graves o violencias «en una riña de tamaña gravedad, y de suyo tan peligrosa que en ella se ha ocasio-

(21) Cfr.: OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *ob. cit.*, p. 391 y ss.

nado una muerte» (22). Y concluían que el mencionado precepto contenía en su primer párrafo un delito de lesiones graves, y un delito de violencias en el segundo (23).

Por lo demás, estimaban estos autores que la muerte no era el resultado del delito ni una condición objetiva de punibilidad, sino un componente puramente objetivo que caracterizaba y cualificaba la situación en la que habían de realizarse las correspondientes conductas típicas, y que venía a constituir la prueba de la virulencia de la riña, de su peligrosidad (24).

No cabe duda que en una lectura del artículo 408 como la realizada por Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo, el resultado del delito no podía estar constituido por la muerte sino por las lesiones o violencias efectivamente producidas. Más problemática me parece en cambio su afirmación de que la muerte no tenía naturaleza de *condición objetiva de punibilidad*.

De acuerdo con los citados autores hubiese sido erróneo atribuir a la muerte tal naturaleza porque: 1) normalmente no era un hecho futuro e incierto, sino actual y cierto; y 2) podía ser intrínseca a la actividad del sujeto activo, aún cuando ello no constase (25). A lo que añadía bajo que, puesto que el autor de las lesiones había de *responder* de la muerte, no podía en modo alguno tratarse de una condición objetiva de punibilidad (26). Argumentos todos ellos que podrían rebatirse con los siguientes contraargumentos: 1) no pertenece a la esencia de lo que en dogmática se conoce como condición objetiva de punibilidad el que haya de tratarse necesariamente de un hecho futuro e incierto, sino que la condición puede producirse durante o después del hecho cuya punibilidad condiciona (27); 2) el hecho de que la muerte pudiese no ser por completo extrínseca a la conducta del autor de las lesiones graves o de las violencias —dado que, aunque ello no constase, bien pudiera haber sido éste el causante de la misma— no excluye su consideración como condición objetiva de punibilidad ya que, aunque ello fuese cierto, no cabe olvidar que, en ciertos casos, las condiciones objetivas de punibilidad se presentan causalmente ligadas a la conducta del autor, sin que ello suponga la pérdida de dicha naturaleza (28); y 3) conforme se verá más adelante, no participó desde luego de la afirmación de que el autor de las lesiones graves o de las violencias *respondía* de la muerte acaecida.

(22) DEL ROSAL, COBO y RODRÍGUEZ MORULLO, *Delitos contra las personas*, cit., p. 236-237. De la misma opinión: COBO/CARBONELL, *Parte Especial*, cit. p. 532; BAJO, *Parte Especial* cit. pp. 74-75.

(23) *Ob. cit.*, p. 228.

(24) *Ob. cit.*, pp. 232-233.

(25) *Ob. cit.*, p. 232. *Vid.*, en cambio, COBO/CARBONELL (*Ob. cit.*, p. 534)

(26) Cfr. *ob. cit.*, p. 75. *Vid.*, en cambio, COBO/CARBONELL (*ob. cit.*, p. 532) cuando afirman que la muerte no puede ser imputada al autor de las lesiones.

(27) Cfr.: JESCHECK, *Parte General*, cit., vol II, p. 764.

(28) Cfr.: OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *Parte General*, cit. p. 388.

En consecuencia, y a pesar de coincidir con Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo en que lo verdaderamente contenido en los dos párrafos del artículo 408 eran, respectivamente, un delito de lesiones graves y un delito de violencias pienso, sin embargo, que la muerte no era un mero dato objetivo de la situación de la riña confusa y tumultuaria, sino una condición objetiva de punibilidad. Lo que resta ahora por ver es si se trataba de una verdadera condición objetiva de punibilidad o de una rechazable causa encubierta de agravación de la pena, esto es, de una condición objetiva de punibilidad propia o impropia (29).

Podía, en efecto, pensarse en principio que el artículo 408 contenía una causa de agravación de la pena correspondiente a unas lesiones graves o a unas violencias (30), disfrazada normalmente de condición objetiva de punibilidad para escamotearla a las exigencias de imputación objetiva y subjetiva del hecho a su autor. En primer lugar, porque la simple participación en una riña confusa y tumultuaria no constituía delito; y en segundo lugar porque del artículo 408 podía extraerse la conclusión de que las lesiones graves o las violencias que, no olvidemos, eran punibles *per se* a título de los correspondientes delitos o faltas de lesiones, se agravan no por el mero hecho de haber sido producidas en el marco de una riña confusa y tumultuaria sino porque, habiendo tenido lugar en una riña de las mencionadas características, de ella se había derivado una muerte cuyo autor no constaba. Ergo podía pensarse que la aparición de la muerte era ese hecho coetáneo o posterior al ocasionamiento, en la situación descrita de unas lesiones graves o de unas violencias que condicionaban la agravación de la pena que en otro caso habrían merecido éstas, y cuyo revestimiento con el ropaje propio de una condición objetiva de punibilidad era absolutamente objetable en lo que suponía de elusión de las exigencias de dolo o de imprudencia en relación con la circunstancia agravante. Más, si bien se mira, también podía interpretarse como una agravación sin duda alguna basada en la circunstancia de que las lesiones graves o las violencias habían sido causadas en el marco de una riña confusa y tumultuaria, pero que sólo entraba en juego cuando se daba la mencionada condición objetiva de punibilidad. De admitirse esta interpretación que estimo posible, la técnica utilizada

(29) Según la distinción habitual en la doctrina alemana, por más que en la española sea escasamente utilizada (Cfr.: MIR *Adiciones* al Tratado de Jescheck, *cit.* p. 770).

(30) Debe señalarse, no obstante, que la pena prevista en el artículo 408.1. De suerte que se producía la absurda consecuencia de que los autores de las más serias de las lesiones graves previstas en el artículo 420 del Código penal no veían su responsabilidad agravada por el hecho de que tales lesiones se hubiesen producido en el curso de una riña confusa y tumultuaria de la que se hubiese derivado una muerte. Pero este evidente defecto técnico podía haberse solventado fácilmente mediante una correcta modulación de las penas que en todo momento se mostrase respetuosa del principio de proporcionalidad. Sobre ello volveré más adelante.

en el artículo 408 del Código penal habría sido la siguiente: por razones político-criminales, el legislador pensó en un determinado momento que las lesiones graves o las violencias inferidas en el marco de una riña confusa y tumultuaria implicaban la existencia de un plus de peligro que había que tener en cuenta en el momento de graduar la pena. Pero, en lugar de crear un tipo de lesiones agravadas por el hecho de que sus autores habían participado en una riña confusa y tumultuaria, en atención al peligro potencial de este tipo de situación (técnica ésta contra la que no se habría podido objetar nada desde el punto de vista de la exigencia de imputación objetiva y subjetiva del hecho a su autor, puesto que el dolo del autor de las lesiones graves o de las violencias obviamente abarcaba el dato de su participación en dicha riña, aunque sí desde el punto de vista contrario a la configuración de delitos de peligro potencial), prefirió (quizá debido a esto último) retrasar las barreras penales de protección imponiendo un último requisito para que la agravación tuviese lugar: la producción de una muerte sin constancia de quien había sido su autor; requisito que, por lo demás, vendría a demostrar la propia peligrosidad de la riña y, por consiguiente, lo fundamentado de la imposición de una pena agravada al autor de las lesiones graves o de las violencias.

Desde esta óptica, el motivo de la agravación de la pena correspondiente a las lesiones no era la muerte producida en el curso de la riña sino el propio hecho de que las lesiones habían sido perpetradas en el marco de una riña confusa y tumultuaria; pero no de cualquier riña de este tipo, sino de aquélla cuya peligrosidad venía avalada por el dato de que de ella se había derivado una muerte sin que constase su autor. De manera que la muerte no constituía una causa encubierta de agravación de la pena correspondiente a las lesiones graves o a las violencias, sino una condición objetiva de imposición de pena agravada.

Semejante interpretación tendría la ventaja de posibilitar la consideración de la muerte no verdadera (o, si se prefiere, *propia*) condición objetiva de punibilidad. Pues forzado es reconocer que, de atribuirle la función de causa encubierta de agravación de la pena (o, lo que es lo mismo, de *impropia* condición objetiva de punibilidad), no podía evitarse la vuelta a la idea de que se trataba de una presunción y, con ello, la atribución al homicidio en riña tumultuaria de la naturaleza de un delito de sospecha.

C) Toma de postura sobre la naturaleza del delito

Todo lo anterior me parece de suma importancia de cara a una correcta comprensión de la verdadera naturaleza del delito en cuestión. Porque, una vez concluido que el homicidio en riña tumultuaria no era un delito de sospecha sino un delito de lesiones en el que

la muerte del lesionado o violentado cumplía la función de una *propia* condición objetiva de punibilidad, puede ya afirmarse que la estructura típica del delito contenido en el antiguo artículo 408 del Código penal estaba compuesta por un delito de resultado (lesiones graves, violencias), punible *per se* a título del correspondiente delito o falta de lesiones, más una agravación (31) basada en el hecho de que el autor de dichas lesiones o violencias las había ocasionado participando en una riña tan peligrosa que de ella había resultado una muerte.

Para castigar a título del desaparecido delito de homicidio en riña tumultuaria no bastaba, en consecuencia, con la simple causación de unas lesiones graves o de unas violencias en el marco de una riña de las mencionadas características, sino que de ella debía haberse derivado necesariamente una muerte; de no ser éste el caso, las lesiones graves o las violencias únicamente eran punibles a título de los correspondientes delitos o faltas de lesiones. Como tampoco bastaba con la simple participación —sin resultados lesivos— en una riña confusa y tumultuaria de la que se hubiese derivado una muerte cuyo autor no constaba; ni mucho menos, con la mera participación sin resultados lesivos en una riña confusa y tumultuaria de la que no se hubiese derivado dicho resultado de muerte. En el primer caso porque, al faltar la segunda parte del binomio antes sugerido como peculiar a los delitos de homicidio (y, *mutatis mutandis* de lesiones) en riña tumultuaria, no había ya razón para castigar por otra cosa que por el delito del resultado efectivamente producido; en el segundo caso, por estar ausente el primer componente del binomio; y en el tercer supuesto por faltar ambos componentes del binomio.

Así pues, el artículo 408 del Código penal suponía la agravación de una pena que ya correspondía por razón de una autoría comprobada en relación con unas lesiones graves o unas violencias, en función del dato de que tales resultados habían tenido lugar al hilo de la participación en una riña tan peligrosa que de ella se había derivado una muerte cuyo autor se desconocía. De suerte que lo que en verdad contenía el citado precepto era un delito de lesiones agravadas por el hecho de haber sido causadas en una situación de peligro comprobado. Si en lugar de haber sido erróneamente ubicado entre los delitos contra la vida, dando pie a la inapropiada denominación de «homicidio en riña tumultuaria», se hubiese configurado como tipo agravado de lesiones, es más probable que no se hubiesen opuesto tantas objeciones a semejante estructura típica. Pero, el legislador español, no sólo acometió este error sistemático al proceder a la descripción típica de las conductas contenidas en el artículo 408 del Código penal, sino otro, a mi juicio más grave, de carácter material. Me refiero a la técnica de escalonamiento de las responsabilidades empleadas.

(31) Con la salvedad apuntada en la nota anterior.

No parece, en efecto, de recibo que se agravase la pena correspondiente, por ejemplo, a unas lesiones menos graves («violencias»), ocasionadas en el marco de la participación en una riña confusa y tumultuaria tan peligrosa que de ella se ha derivado una muerte, únicamente cuando no constate quienes eran los que habían causado lesiones graves al muerto. Una de dos: o el ocasionamiento de lesiones de cualquier índole en dicha situación se considera en todo caso merecedor de una pena agravada, o no se considera en ningún caso; y no era que, como en su momento pareció interpretar Gimbernat (32), los autores de las violencias quedasen impunes una vez conocidos los autores de las lesiones graves, pues en todo caso aquéllos habrían de responder de lesiones menos graves o de falta de lesiones. Lo verdaderamente absurdo era que su responsabilidad se agravara o no en función de una especie de lotería: si otros cargaban con la agravación, ellos se salvaban; mientras que si no había otros a quienes imponérsela, eran ellos los que la sufrían.

Pero no era ésta la única situación incongruente presente en el artículo 408 del Código penal. Como he señalado anteriormente (33), no todos los autores de lesiones graves veían su responsabilidad agravada por el hecho de haberlas ocasionado en el curso de una riña confusa y tumultuaria de la que se había derivado la muerte del gravemente lesionado a manos de un autor desconocido. Téngase en cuenta, en efecto, que la pena prevista en el artículo 408.1 para tal hipótesis era la misma que la correspondiente a las lesiones graves previstas en el antiguo artículo 420.1 (34). Ello obligaba a concluir que, paradójicamente, el tipo cualificado de lesiones contenido en el primero de los mencionado preceptos ciertamente suponía una agravación de las lesiones —ya de por sí graves— previstas en los restantes apartados del citado artículo 420, pero no de aquéllas consideradas precisamente de mayor entidad. Y, por lo que atañe al artículo 408.2 (en el caso de que fuera aplicable por no constar tampoco quienes habían ocasionado lesiones graves en la persona del muerto), si bien no podía afirmarse lo mismo, dado que la pena superaba en todo caso a la prevista para las lesiones menos graves y para la falta de lesiones, no por ello debía silenciarse el dato, a todas luces contrario al principio de proporcionalidad, de que preveía idéntica pena para hipótesis de diverso desvalor inicial.

En mi opinión, eran precisamente estos aspectos y no otros los que convertían al artículo 408 del Código penal en un precepto aberrante y, como tal, necesitado de una reforma. Mas no de cualquier reforma.

(32) En QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T.I, Vol. 1, 2.^a ed. revisada por GIMBERNAT, Madrid 1972, p. 359.

(33) *Vid. supra*, n. 30.

(34) Ahora recogidas en el artículo 421.2 del Código penal.

En realidad, y como también ya he apuntado, habría bastado con eliminar los señalados defectos por la doble vía de suprimir la responsabilidad escalonada, y de modular de manera proporcionada los marcos penales correspondientes a cada hipótesis en función de su mayor o menor gravedad. De lo primero podría haber constituido un ejemplo el artículo 172 del proyecto de 1980 en el que, manteniéndose la misma estructura básica del delito, se imponía sin embargo la misma pena a «*todos los que hubiesen agredido al ofendido*», sin distinción alguna entre los que le hubiesen ocasionado o intentado ocasionar lesiones graves y los que únicamente hubieran perpetrado violencias en su persona. Pero, al introducirse también en dicho precepto una equiparación en lo relativo a la pena imponible a unos y a otros, era inevitable su enfrentamiento con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

En cualquier caso, de todos es sabido la triste suerte que corrió el proyecto 1980. Lo que no quita para que siga siendo sorprendente que, sin mediar discusión doctrinal alguna al respecto, y sin ni siquiera basarse en el texto contenido en las enmiendas presentadas al mencionar artículo 172, la PANCP de 1983 introdujese un nuevo sistema de tipificación de la participación en una riña confusa y tumultuaria. Que, no obstante, no se consideró digno de recepción a la hora de promulgar la Ley Orgánica 8/1983 de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, de 25 de junio de 1983; y si ahora en cambio, de manera inesperada, y al hilo de una reforma de los delitos de lesiones con la que difícilmente casa. Todo un síntoma de la relatividad de los conceptos de «urgencia» y «actualización», al parecer opuestos a los de «necesidad» y «serena reflexión»... Sobre todo si se piensa que era «labor del legislador observar si persistían las mismas razones político-criminales en orden a la conservación o no de la fórmula legal» utilizada en el artículo 408, y que sólo podía llegar a una conclusión en tal sentido con ayuda de «estudios criminológicos o, si se quiere, de sociología criminal, que serán los encargados de suministrarle los datos suficientes de acuerdo con la actual realidad española» (35).

III. POSIBLES MODELOS DE REFORMA DEL ARTICULO 408 DEL CP

Tras lo acabado de afirmar, parece cuando menos discutible la oportunidad de la reforma operada o la racionalidad de sus motivos. Pero es aún demasiado pronto para llegar a una conclusión definitiva

(35) Cfr.: DEL ROSAL, COBO y RODRÍGUEZ MOURULLO. *Delitos contra las personas*, cit. p. 225.

sobra la conveniencia o inconveniencia desde el punto de vista político-criminal de la solución adoptada. Lo que sí que cabe ya afirmar es que, como se deduce de los antecedentes citados, ni era la única ni tal vez la mejor de las posibles.

En efecto: una vez decidido el legislador penal a prestar oídos a la doctrina dominante, y a proceder en consecuencia a la tantas veces reclamada supresión del llamado homicidio en riña tumultuaria, contaba con varias posibilidades. Podía desde luego haberse limitado a derogar los artículos 408 y 424 del Código penal, negando así toda relevancia al hecho de que las lesiones o las violencias inferidas lo hubiesen sido en el transcurso de una riña de las señaladas características. Ahora bien, sino deseaba llegar a una solución tan drástica y si, por el contrario, quería otorgar algún significado a dicha situación-marco, contaba aún con varios sistemas de los que tomar modelo. En este apartado no voy a limitarme al análisis de las consecuencias que habría tenido la mera derogación del artículo 408 del Código penal sino que también me referiré, sin pretensión alguna de exhaustividad, a esos otros sistemas alternativos. Si bien, por razones sistemáticas, remito a un momento posterior el estudio del finalmente recogido en el nuevo artículo 424 del Código penal.

A) Efectos de la derogación de los artículos 408 y 424 del Código penal sin coetánea introducción de un texto alternativo

La derogación del artículo 408 sin la simultánea incorporación de un texto alternativo habría tenido las siguientes consecuencias: 1) la muerte de una persona, acaecida en el transcurso de una riña confusa y tumultuaria y sin que conste su autor, resultaría del todo punto irrelevante; y 2) los participantes en semejante riña únicamente habrían de responder penalmente en el caso de que hubiesen ocasionado algún tipo de lesiones (36), sin que el hecho de haberlas producido en el marco descrito supusiera una agravación de la pena correspondiente a dichas lesiones. O dicho de otra manera: las lesiones ocasionadas en el marco de una riña confusa y tumultuaria y las causadas en cualquier otra situación habrían quedado equiparadas desde el punto de vista punitivo.

Por lo que se ha visto, al pedir la desaparición del homicidio en riña tumultuaria la doctrina dominante pretendía evitar la imputación de la muerte al autor de las lesiones graves o de las violencias. Y en este sentido puede decirse que la mera derogación de los artículos 408 y 424 del Código penal habría satisfecho tal pretensión. No debe

(36) A menos que su conducta pudiese estimarse subsumible en alguno de los tipos constitutivos de desórdenes públicos.

olvidarse, sin embargo, que según la interpretación del artículo 408 del Código penal aquí defendida, la existencia del citado precepto no implicaba que los autores conocidos de lesiones graves o de violencias hubiesen de responder de la muerte del lesionado o violentado. De haber sido así, no sólo no se comprendía la levedad de la pena (prisión mayor) prevista en el artículo 408.1 para la hipótesis de ocasionamiento de una muerte, sino que lo lógico (máxime en los tiempos en que aún existía en nuestro ordenamiento jurídicopenal la denostada responsabilidad por el resultado) habría sido proceder a la configuración del supuesto de referencia en términos de delito cualificado por el resultado. Lo que obviamente no se hizo ni nadie lo pretende. La desaparición del artículo 408 no habría tenido pues por efecto evitar la imputación objetiva de la muerte de los autores conocidos de lesiones graves o de violencias, sino eliminar un elemento objetivo de agravación de una pena que ya les correspondía en función de dichas lesiones graves o violencias.

En cualquier caso, y por más que haya decidido prescindir ahora del dato de la muerte para medir el peligro que subyace en toda riña confusa y tumultuaria, el legislador penal español no ha estimado, sin embargo, oportuno negar toda relevancia jurídica al hecho de participar en ella. Pero pienso que ello no ha obedecido a la simple consideración de que no es lo mismo producir un determinado resultado de lesión en una riña confusa y tumultuaria que en otras circunstancias distintas. De haber sido éste su razonamiento, no habría tenido más que introducir una agravación en tal sentido en el delito de lesiones; o también podía haber elevado la simple participación en una riña confusa y tumultuaria a la categoría de delito, lo que habría permitido apreciar un concurso entre dicho delito y el correspondiente tipo de lesiones. Pero no sólo no ha procedido así, sino que el nuevo artículo 424 del Código penal supone un cierto desplazamiento del acento anteriormente puesto en el peligro potencial de la situación en sí (manifestado en la aparición de unos determinados resultados: muerte, lesiones graves) hacia la peligrosidad individual del autor (manifestada en el uso de unos determinados medios). Y este criterio para medir la peligrosidad se reitera en el artículo 421.1 del Código penal, así mismo introducido por la Ley orgánica 3/89. Con lo que la situación actual es la siguiente: la utilización en el curso de una riña confusa y tumultuaria de medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas constituye sin lugar a dudas el delito previsto en el artículo 424 del Código penal; pero si, como será lo normal en la mayoría de los casos, dicha utilización ocasiona una lesión cualquiera, estaremos, así mismo, en presencia de la figura delictiva contenida en el artículo 421.1 del Código penal. De manera que el hecho de que el legislador haya introducido el mismo criterio para, de un lado, dotar de relevancia el hecho de participar en una riña confusa y tumultuaria para, de otro, agravar

la pena correspondiente a las lesiones ocasionadas en ese marco o en otro cualquiera, plantea un difícil problema de convivencia entre los artículos 421.1 y 424 del Código penal. A ello me referiré más adelante. Baste ahora con señalar que, a mi juicio, si bien la derogación sin más de los artículos 408 y 424 del Código penal habría conducido en principio a que los participantes en una riña confusa y tumultuaria únicamente hubieran de responder, en su caso, a título de las lesiones efectivamente ocasionadas, sin que el dato de que éstas se hubiesen producido en la situación descrita constituyese factor alguno de agravación, la paralela introducción del nuevo texto del artículo 421.1 permitiría, sin embargo, agravar la responsabilidad del autor de dichas lesiones cuando en la agresión «hubiere utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de cuasar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad de acción». Y ello con independencia de la entidad real de la lesión producida. De manera que cabría imponer la pena de prisión menor en sus grados medio o máximo a quienes, habiendo participado en una riña confusa y tumultuaria y utilizado en ella medios o instrumentos peligrosos, hubiesen ocasionado una lesión de las previstas en el artículo 420 del Código penal.

B) Posibles alternativas al artículo 408 Código penal

De no quererse proceder sin más a la derogación de los artículos 408 y 424 del Código penal, otra opción posible era tipificar la simple participación en riña confusa y tumultuaria, castigando así a todos los intervinientes en la misma sin exigir para ello ulteriores requisitos. O también podía haberse seguido el modelo alemán, sancionando a todos los participantes en una riña confusa y tumultuaria pero sólo cuando de la misma se hubieren derivado una muerte o unas lesiones graves (de autor conocido o desconocido).

1) Punición del mero hecho de participar en una riña confusa y tumultuaria

Como se ve, las dos posibilidades que acabo de mencionar suponen un distinto grado de adelantamiento de las barreras de protección penal. Así, la primera de ellas constituye el máximo exponente de dicho adelantamiento ya que no condiciona la punición a otro requisito que sea el de haber participado en una riña confusa y tumultuaria. Todo el que en ella participe será pues punible, con total independencia de la entidad de su participación. Si además ocasiona un resultado lesivo cualquiera, habrá que apreciar un concurso de delitos entre el delito de participación en riña y el correspondiente delito

o falta de lesiones. La aparición en el curso de la riña de una muerte o de unas lesiones graves cuyo autor no consta, sería irrelevante.

A la vista de ello, lo primero que cabe preguntarse es si está justificado un tamaño adelantamiento de las barreras de protección penal. Hay que tener en cuenta que, al contentarse este modelo a efectos de tipicidad con una presunción de que toda riña confusa y tumultuaria es en sí misma peligrosa (con total independencia del hecho de que en ella se produzcan o no unos determinados resultados) seguirlo supondría acoger una figura constitutiva de un delito de *peligro abstracto* que revelaría «un adelantamiento de las barreras penales de protección de los bienes jurídicos especialmente acentuado» y que, de identificarse con la idea de *peligro presunto* (lo que vale la lesión del bien jurídico), atentaría «contra los principios más elementales del Derecho penal constitucionalmente acogidos» (37). Pero aún cuando se rechazase la anterior equiparación entre *peligro abstracto* y *peligro presunto*, y se negase el carácter indestructible de la presunción al estimarse que la aportación *ex ante* de una prueba en contra de la peligrosidad del comportamiento prohibido excluye la propia existencia del *peligro* y por consiguiente la consideración de la conducta como típica (38), no caba duda de que la exigencia de que sea el autor de la misma quien deba aportar dicha prueba en contrario supone una violación del principio *in dubio pro reo* (39).

Por otra parte, es muy posible que la riña en cuestión fuese efectivamente peligrosa, pero no así en cambio la conducta de todos los que en ella intervienen sino únicamente la de algunos que, por ejemplo, hacen uso de navajas desde un principio; pues bien: aunque los primeros pudieran aportar una prueba en contrario de la peligrosidad *ex ante* de su conducta, no podrían, sin embargo, aportar prueba en contra de la peligrosidad de la riña entre sí. Se igualaría entonces la responsabilidad de los participantes en la riña que hicieren uso de los medios o instrumentos peligrosos y la de quienes no acudieren a ese tipo de medios. Por todo ello, no parece que sea éste un modelo a seguir a la hora de crear un tipo de delito de participación en una riña confusa y tumultuaria.

(37) Cfr.: OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *ob. cit.*, p. 165. Ello, no obstante, la doctrina española dominante considera que en los delitos de *peligro abstracto* la ley establece una presunción *iurius et de iure* de la peligrosidad de la acción (*Vid.*, por ej.: RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, Parte General*, Madrid 1977, p. 379 y ss.).

(38) *Vid.*, en este sentido: SCHRODER, *Die Gefährungsdelikte im Strafrecht*, en ZStW 81, 1969 y ss.; también MIR es de la opinión de que no hay un delito de *peligro abstracto* si se prueba en caso concreto que la peligrosidad inherente a la conducta —y que ha sido motivo de su incriminación— está excluida de antemano (*Derecho penal, cir.* p. 171).

(39) Cfr.: SCHUNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik er Farlässigkeit und Gefährungsdelie*, en JA 75, pg. 797; CRAMER, en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 22 Aufl., München 1985, p. 1787. √

2) Análisis del modelo contenido en el párrafo 227 del StGB

Otro de los sistemas posibles es el seguido por el párrafo 227 del StGB. Este modelo se distingue del analizado en el epígrafe anterior en que únicamente se castiga la participación en una riña cuando la peligrosidad de la situación viene avalada por la aparición de una muerte o de unas lesiones graves (conste o no conste su autor), resultando en otro caso impune.

Según la doctrina alemana dominante, el citado precepto contiene un delito de *peligro abstracto* (inspirado en la idea de que toda riña confusa y tumultuaria implica un serio peligro para los que en ella participan) en cuya estructura la producción de la muerte o de las lesiones graves constituye una condición objetiva de punibilidad (40). en opinión de algunos autores, esta última característica supone un importante avance en comparación con el modelo anteriormente examinado, ya que demuestra que el legislador penal alemán no ha querido partir de una presunción *iuris et de iure* de la peligrosidad de la riña (lo que habría dado lugar a la existencia de un delito de *peligro presunto* que, como tal, resultaría rechazable a partir de las consideraciones anteriormente expuestas) y ni siquiera de una presunción *iuris tantum* destruible mediante la prueba en contrato aportada por el acusado de que, en las concretas circunstancias, la riña en general o su conducta en particular carecían de antemano de la potencialidad necesaria para poner en peligro la vida o la integridad de las personas (delito de *peligro posible* (41), pero no presunto *en el sentido antes indicado*), sino que es la propia ley la que suministra una prueba a favor de la peligrosidad de la riña al exigir la aparición de una muerte o de unas lesiones graves como índice de dicha peligrosidad. De donde se deduce que la técnica utilizada en el parágrafo 227 del StGB al configurar la participación en una riña confusa y tumultuaria no como un delito de peligro presunto sino como un delito de *peligro posible o hipotético*, cuya punición no depende de que el participante no haya podido aportar una prueba en contra de la peligrosidad *ex ante* de la situación para la vida o la integridad de las personas sino de que de dicha situación se hayan derivado unos resultados (muerte, lesiones graves) que demuestran su peligrosidad, es mucho más defendible que la incriminación de la mera participación en una riña de este tipo con total independencia de los resultados producidos.

(40) Cfr.: STREE, *ob. cit.*, p. 1423.

(41) O hipotético en la terminología utilizada por TORIO (*Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, en ADPCP 1986, p. 825 y ss.), quien considera que este grupo está integrado por aquellos delitos cuyo tipo no reclama la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico (v. p. 828).

Si ciertamente es de alabar la técnica consistente en incorporar a un delito de peligro abstracto el aspecto limitador inherente a toda verdadera condición objetiva de punibilidad, no por ello merece alabanza el párrafo 227 del StGB. Pues, si bien se mira, la producción de la muerte o de las lesiones graves desempeña en este precepto el papel de causa encubierta de *fundamentación de la pena*, voluntariamente sustraída a la exigencia de que el dolo o la imprudencia se refieran a ella. Téngase en cuenta, en efecto, que de no concurrir dichas muerte o lesiones graves, el hecho principal de participar en una riña sería impune. Luego, como afirma Jescheck aludiendo expresamente al mencionado párrafo, «formalmente, la punibilidad del hecho no resulta fundada hasta que se produce la condición objetiva de punibilidad» (42). Se trata, pues, de una *condición objetiva de punibilidad impropia* y por ello contraria a las más elementales exigencias del principio de imputación objetiva y subjetiva del hecho a su autor.

Así las cosas, no puede considerarse de recibo la enmienda presentada por el Grupo Comunista al artículo 172 del proyecto de 1980, en la que se proponía sustituir el contenido de dicho artículo por una estructura semejante a la del párrafo 227 del StGB (43). Primero porque, he razonado anteriormente, también en el artículo 172 del Proyecto de 1980 y en los artículos 408 y 424 del Código penal, hoy derogados, se acudía a la técnica de las condiciones objetivas de punibilidad. Con la diferencia a favor de estos últimos preceptos de que, como ha quedado dicho, semejante técnica era utilizada de manera correcta y no *impropiamente*. Dicho de otra manera: mientras que el modelo alemán resulta inadmisibile por cuanto supone de recurso a una *condición objetiva de punibilidad impropia*, el modelo español respetaba en sus distintas variantes la verdadera esencia restrictiva de la condición objetiva de punibilidad. En consecuencia, sólo este último merecía alabanza por haber condicionado la punición de un delito de *peligro abstracto* (en el sentido de posible o hipotético) a la concurrencia de una verdadera *condición objetiva de punibilidad*.

Por lo demás, el párrafo 227 del StGB no hace alusión alguna a la utilización de medios o instrumentos peligrosos para la vida o para la integridad de personas sino que, dada esa situación de riña cuya peligrosidad viene definida por el hecho de que de ella se ha derivado una muerte o unas lesiones graves (44), se castiga por igual a todo interviniente en la misma, tanto si ha causado lesiones o violencias como si no ha causado resultado lesivo alguno. Lo que no

(42) *Tratado*, II, cit., p. 768.

(43) *Vid.* la motivación de la enmienda n.º 166 del Grupo Comunista en: *Enmiendas al Proyecto de 1980*, p. 332.

(44) *Vid.* en este sentido: STREE en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 22 Aufl., München 1985, p. 1423.

quiere decir que se iguale la responsabilidad penal de unos y otros partícipes, pues los que hayan ocasionado las lesiones habrán de responder de las mismas en concurso (ideal) con el delito previsto en el párrafo 227 (45), y si para ello hubiesen empleado medio o instrumentos peligrosos les sería aplicable el párrafo 223 a) en concurso (ideal) con el párrafo 227 StGB (46).

Precisamente estas características del párrafo 227 del StGB vienen a corroborar mi tesis de que el modelo español contenido en el artículo 408 del Código penal era más aceptable que el alemán por la sencilla razón de que era más restrictivo. Porque, además de los aspectos positivos anteriormente enunciados (presencia de una *condición objetiva de punibilidad propia* para restringir la apreciación de un tipo agravado de lesiones; utilización de esta técnica como prueba fehaciente de la peligrosidad de la riña) en aquél se exigía que el participante en la riña hubiese ocasionado lesiones graves o violencias, cosa que no exige el modelo alemán. y, por si ello fuera poco, el artículo 408 del Código penal introducía una *segunda condición objetiva de punibilidad* al requerir que no constase el autor de la muerte; lo que tampoco sucede en el párrafo 227 del StGB, en el que la responsabilidad de los participantes en una riña de la que se han derivado una muerte o unas lesiones graves es independiente del dato de que conste o no el autor de las mismas. Por todo ello pienso que tampoco el sistema alemán constituía un modelo de referencia válido para el legislador español a la hora de acometer la reforma del llamado homicidio en riña tumultuaria.

IV EL MODELO ADOPTADO POR EL NUEVO ARTICULO 424 DEL CODIGO PENAL. ANALISIS DEL MISMO EN CONEXION CON LA NUEVA REGULACION DE LOS DELITOS DE LESIONES

A) Naturaleza del nuevo delito del artículo 424

La fundamental diferencia entre el modelo mencionado en primer lugar y el acogido en el nuevo texto del artículo 424 del Código penal radica en que este último no castiga cualquier clase de participación en una riña confusa y tumultuaria sino únicamente aquella que ha ido acompañada de la utilización de medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas. Se trata pues, de un delito en el que la acción requiere el empleo de medios legalmente determi-

(45) Cfr.: STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 1426.

(46) Cfr.: STREE, *ob. cit.*, en n.º anterior, p. 1411.

gados, lo que indirectamente produce una selección del círculo de posibles sujetos activos.

Pero aún cabe observar otra diferencia entre ambos modelos que no es sino consecuencia directa de la anterior: en el modelo del artículo 424 del Código penal, no es sólo el peligro potencial para la vida o la integridad de las personas latente en la riña en sí lo que fundamenta la prohibición, sino la peligrosidad individual de los participantes, manifestada en el uso de ciertos medios o instrumentos peligrosos (botellas, navajas, cuchillos, estacas, etc...).

Se abre así paso una figura hasta ahora desconocida en el Derecho positivo español y sin duda alguna original, habida cuenta que no se opta ni por el castigo de la mera participación en una riña confusa y tumultuaria, con total independencia de los resultados acaecidos en el curso de la misma, ni por condicionar el castigo de la participación en dicho tipo de riña a la efectiva aparición de unos determinados resultados (muerte, lesiones graves) demostrativos de la peligrosidad de aquélla.

Por lo demás, es obvio el alejamiento de esta nueva formulación respecto de los derogados artículos 408 y 424 del Código penal y del artículo 172 del Proyecto de 1980. Ya que no sólo se ha evitado incluir en la nueva redacción del artículo 424 todo elemento que pudiera hacer recaer sobre dicho precepto la acusación de que contiene un «delito de sospecha» (47), sino que lo que ahora se produce es un doble adelantamiento de las barreras de protección penal: así, de un lado, a efectos de tipicidad ya no se exige que el partícipe haya causado lesiones graves o cualquier tipo de violencias; y, de otro, la producción de una muerte o de unas lesiones graves cuyo autor no consta, tampoco es ya característica que se requiera para probar el peligro potencial para la vida o para la integridad de las personas latente en la riña. De manera que bastará para que sea aplicable el nuevo artículo 424 del Código penal con que, en una situación de riña confusa y tumultuaria (48), se haya hecho uso de medios o de instrumentos peligrosos, aún cuando no se haya producido en el cur-

(47) *Vid.*, en cambio, el comentario al nuevo artículo 424 expresado en el *Código penal* de Colex (5.^a ed., 1989, p. 269), a cuyo tenor, al no poderse precisar quién ha utilizado los medios peligrosos la responsabilidad se extiende «a todos los partícipes en la riña, con lo que de algún modo sigue perviviendo un cierto aire y estilo de delito de sospecha». No creo, sin embargo, que esta conclusión sea correcta, ya que si en efecto no se puede precisar quién ha utilizado medios o instrumentos peligrosos en el curso de la riña, el artículo 424 dejará de ser aplicable por más que conste que alguno de los contendientes, cuya identidad se desconoce, he hecho uso de ellos.

(48) El concepto de riña confusa y tumultuaria sigue siendo el tradicionalmente acuñado por doctrina y jurisprudencia y caracterizado por las siguientes notas: se trata de una pendencia en la que intervienen más de dos personas y que, en un determinado momento, adquiere un carácter caótico, lo que puede suceder tanto si hay dos bandos como si no los hay, y tanto si varios luchan contra varios como si una sólo persona es acometida por una pluralidad de ellas sin que puedan individualizarse las distintas actuaciones.

so de la misma la muerte de una persona a manos de un autor desconocido, e incluso en el caso de que nadie haya resultado lesionado. El desvalor de acción consiste pues, en este nuevo delito, en particular en una riña confusa y tumultuaria de una determinada manera: a saber, haciendo uso de medios o instrumentos peligrosos. Y el desvalor de resultado se identifica con la creación de un peligro potencial para el bien jurídico vida o integridad personal.

Pero antes de proseguir con el análisis de la naturaleza de este delito, creo conveniente hacer algunas precisiones sobre sus posibles sujetos activos, dadas las dudas interpretativas que sugiere a este respecto el texto del artículo 424 del Código penal.

Podría, en efecto, pensarse inicialmente que el ámbito del artículo 424 queda restringido a aquellos supuestos en los que todos los que se acometen confusa y tumultariamente hacen uso de medio o instrumentos peligrosos. De seguirse esta interpretación, habría que verificar que, efectivamente, *todos y cada uno* de los contendientes que se acometen entre sí han utilizado un medio peligroso; y, en caso de que tal comportamiento no constase respecto de alguno de ellos, sería inaplicable el artículo 424 del Código penal, por más que se supiese a ciencia cierta que los demás sí que lo habían utilizado. Cierito es que, de haberse producido a consecuencia de ello algún tipo de lesión, podría aplicarse a estos últimos el artículo 421.1 del Código penal; pero dicha posibilidad desaparecería en el caso de que no se hubiese ocasionado resultado lesivo alguno, ya que este último precepto requiere que los medios o instrumentos peligrosos sean «susceptibles de causar graves daños en la integridad del *lesionado*». El alcance del artículo 424 del Código penal quedaría entonces excesivamente limitado pues sería inaplicable en el caso de que no todos, sino únicamente algunos de los contendientes, hubiesen utilizado los aludidos medios; y, por otra parte, la utilización de los mismos no acompañada de un resultado lesivo no podría encajarse en dicho precepto ni en el artículo 421.1 del Código penal, siendo únicamente punible a título de tentativa de lesiones del artículo 420 del Código penal. En cuyo caso, el hecho de haber o no utilizado medios peligrosos en el curso del acometimiento confuso y tumultuario carecería de toda relevancia.

También podría pensarse que basta con que uno de los contendientes utilice dichos medios para que el citado precepto alcance también a los restantes contendientes, aún cuando no hubiesen utilizado los medios o instrumentos expresados en el tipo. Pero si bien, tal interpretación permite otorgar relevancia jurídico-penal a la conducta de todos aquellos que aportan su grano de arena a la calificación del acometimiento múltiple como confuso y tumultuario (pues no olvidemos que también los que no hacen uso de medios o instrumentos peligrosos contribuyen a que la situación sea definida como caótica), no parece de recibo habida cuenta que no supondría en definitiva

otra cosa que la tipificación de la simple participación en una riña de estas características, desde el mismo momento en que uno o varios participantes hubiesen hecho uso de los medios o instrumentos peligrosos; los demás contendientes asistirían de esta suerte a una transformación de su participación en la riña que, por motivos del todo ajenos a su comportamiento, dejaría de ser impune para convertirse en punible, igualándose así indebidamente las actuaciones de unos y otros desde el punto de vista punitivo. Y lo mismo cabría decir si, sabiéndose que algunos de los contendientes han utilizado medios o instrumentos peligrosos, e ignorándose quienes han sido, se extendiese la responsabilidad de dicha utilización a todos los partícipes en la riña (49).

Finalmente, también podría interpretarse el artículo 424 del Código penal en el sentido de que «la estructura del tipo requiere que ambas partes empleen los referidos medios» (50), lo que volvería a plantear la cuestión de qué sucede si sólo una de las partes hace uso de ellos. De acuerdo con esta interpretación, no cabría aplicar el artículo 424 del Código penal y, por otra parte, nuevamente habría que concluir que el artículo 421.1 únicamente sería aplicable en el caso de que hubiese habido un resultado cualquiera de lesión. De suerte que también esta tesis conduciría a la insatisfactoria conclusión de que, de no ir acompañada de algún resultado lesivo, la utilización de medios o instrumentos peligrosos en el curso de una riña confusa y tumultuaria únicamente sería inculparable a título de tentativa de lesiones del artículo 420 del Código penal.

Por todo ello pienso que, con independencia de cuál haya sido el comportamiento de los restantes contendientes, será sujeto activo del artículo 424 todo aquel y sólo aquel que, además de participar en una riña confusa y tumultuaria, se ayuda para ello de los citados medios o instrumentos peligrosos; y ello con independencia de cuál haya sido el comportamiento de los restantes partícipes. Creo por consiguiente que tiene razón Boix cuando dice que «si como consecuencia del carácter confuso y tumultuario de la riña es imposible determinar si se han utilizado dichos instrumentos y, en su caso, quién, no podrá deducirse responsabilidad penal en este concepto» (51).

Aclarado este punto, la siguiente cuestión que ha de dilucidarse es si el nuevo artículo 424 del Código penal contiene un delito de *peligro concreto de peligro abstracto*. Lo primero supondría que el tipo no se conforma con el mero uso de medios o instrumentos generalmente peligrosos para la vida o para la integridad de las personas,

(49) *Vid. supra.*, n.º 47.

(50) Cfr.: BERDUGO en MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARAN, *La reforma penal de 1989* Madrid 1989, p. 103.

(51) Cfr.: BOIX en BOIX/ORTS/VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia 1989, p. 121.

sino que exige la inminente posibilidad de menoscabo de dichos bienes jurídicos (52) (es decir, que el uso del medio peligroso haya puesto en concreto la vida o integridad personal de otro de los participantes de la riña). En tanto que, de atribuírsele naturaleza de *delito de peligro abstracto*, bastaría a efectos de cumplimiento del tipo con la calificación de los medios o instrumentos utilizados como peligrosos *ex ante* para la vida o para la integridad personal.

La atribución de una u otra naturaleza al delito contenido en el artículo 424 del Código penal depende sustancialmente del significado que se otorgue a la expresión «*medios o instrumentos peligrosos*». ¿Se está aludiendo con ella a aquellos que, según la común experiencia, son peligrosos en general aún cuando su utilización no haya puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas? ¿O, por el contrario, sólo puede hablarse de utilización de medios o instrumentos peligrosos cuando se produce una puesta en concreto peligro de dichos bienes jurídicos?

A efectos de arrojar algo de luz sobre tan importante cuestión, juzgo oportuno tener en cuenta las consideraciones apuntadas por un importante sector de la doctrina alemana (en sus comentarios al párrafo 223 a) del StGB en el que, como en los nuevos artículos 421.1 y 424 de nuestro Código, se habla de utilización de medios o instrumentos peligrosos) a partir del entendimiento de tal expresión como alusiva a todo objeto que, según la forma en que se use y al parte del cuerpo a la vaya dirigido, es idóneo para producir lesiones graves (53).

Según dicho sector doctrinal, de semejante entendimiento del concepto de «*instrumento peligroso*» cabe deducir lo siguiente: 1) no basta a efectos de tipicidad con la utilización de un medio que es peligroso en abstracto pero que no lo es en concreto (ejemplo: una navaja desmochada); y 2) un medio no peligroso en abstracto puede, no obstante, serlo en concreto (ejemplo: una media de nylon, si se utiliza para estrangular a alguien). Con la consecuencia de que la citada expresión se interpreta como manifestación de la exigencia de un *peligro concreto* para la integridad de las personas (54). La doctrina alemana dominante parece inclinarse, sin embargo, a favor de no exigencia de la puesta en concreto peligro del bien jurídico (55).

(52) Cfr.: CRAMER en *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. p. 1787.

(53) Cfr.: ESER/STREE en *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 1408. Bien es cierto que por lo que se refiere al artículo 424 del Código penal, la calificación del medio como peligroso no requiere explícitamente que sea «susceptible de causar graves daños en la integridad». No obstante, lo cual así debe interpretarse. Y ello no sólo por motivos de coherencia valorativa con el artículo 421.1 del Código penal o de respeto del principio de intervención mínima (Cfr.: BERDUGO, *ob. cit.* p. 104), sino porque, según se deduce del precepto últimamente citado, la propia definición de medio o instrumento peligroso para la integridad es inseparable de su aptitud para ocasionar lesiones graves.

(54) Cfr.: ESER/STREE, *ob. cit.*, p. 1408 y 1410.

(55) Cfr.: ESER/STREE, *ob. cit.* p. 1410.

Como se ve, la cuestión dista mucho de ser pacífica. Más si nos atenemos estrictamente a la «interpretación auténtica» que del nuevo delito contenido en el artículo 424 ofrece la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/89 (56), habrá que concluir que los antiguos delitos de homicidio y de lesiones en riña tumultaria, de discutida naturaleza jurídica pero en cualquier caso de resultado, han dejado paso a un delito no sólo de peligro sino también de mera actividad (57). Ergo no se trata de un delito de peligro concreto (58) sino de un delito de peligro abstracto, pues, como es sabido, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado. Y por otra parte, por más que sea cierto que se ha evitado la punición de la simple participación en una riña confusa y tumultaria, y que se requiere para la tipicidad, que los participantes en la misma hagan uso de «medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas», el legislador ha evitado incluir en el artículo 424 del Código penal una expresión como la contenida en el artículo 340 bis a), 2.º del Código penal, con la que habría manifestado inequívocamente su naturaleza de delito de peligro concreto.

Ello no quita para que se estime que para aplicar el artículo 424 no basta con una definición apriorística de lo que ha de entenderse por medios o instrumentos peligrosos sino que es necesario que el juez compruebe en cada caso concreto que tales medios, *ex ante* considerados, eran idóneos para llegar a crear un peligro para la vida o la integridad de las personas. Pues como dice Jescheck «también constituyen delitos de peligro abstracto aquellos tipos en los que la comprobación de la peligrosidad general se confía al criterio del juez mediante la exigencia de “idoneidad” para la producción de un determinado resultado» (59). De suerte que también en relación con el artículo 424 podría decirse que, frente a lo que por regla general en el caso en los delitos de peligro abstracto, no es el autor quien ha

(56) «Por su frontal incompatibilidad con la seguridad jurídica y el principio mismo de culpabilidad, se suprime el llamado homicidio en riña tumultuaria, sustituyéndolo por un sólo tipo de delito (artículo 424), incriminándose la participación en riña como *infracción de mera actividad*» (el subrayado es mío).

(57) Los delitos de peligro abstracto pueden ser de mera actividad o de resultado (Vid. a este respecto, por todos: JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlín-New York 1983. p. 145, n.º 174). No participo, pues, de la opinión que identifica los delitos de peligro abstracto con los de mera actividad, aunque sí creo, en cambio, que todos los delitos de peligro concreto son delitos de resultado.

(58) De distinta opinión son, sin embargo: BOIX, *La reforma*, cit., p. 121: «Estamos pues, ante un delito de peligro concreto, pues el tipo legal requiere que quienes participen en la riña utilicen medios o instrumentos peligrosos para la vida o la integridad de las personas»; y BERDUGO en MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARAN, *La reforma penal de 1989*, Madrid, 1989, p. 103. «La exigencia de utilización del medio o instrumento peligroso proporciona una base para llegar a un contenido de peligro concreto».

(59) *Tratado*, vol. 1, cit., p. 359.

de aportar la prueba en contrario de la peligrosidad *ex ante* de su comportamiento. Interpretación ésta que posibilitaría la inclusión del delito contenido en el precepto últimamente citado en la categoría de *delitos de peligro abstracto-concreto* (60) que, sin embargo, no es sino una modalidad de los delitos de peligro abstracto (61).

B) Las difíciles relaciones entre los nuevos artículos 421.1 y 424 del Código penal

Ahora bien, si esta conclusión por la que se atribuye naturaleza de delito de peligro abstracto al contenido en el nuevo texto del artículo 424 del Código penal resultare correcta, lo que a continuación habría que preguntarse es si, sean cuales fueren las objeciones oponibles a los antiguos delitos de homicidio y de lesiones en riña tumultuaria, estaba justificada su conversión en delitos de peligro abstracto en los que efectiva producción de unos determinados resultados no desempeña función alguna. ¿Acaso era obligado proceder a semejante adelantamiento de la protección penal?

Pero antes de contestar a esta pregunta conviene tener presente que la introducción del actual texto del artículo 424 del Código penal ha venido acompañada de una nueva regulación de los delitos de lesiones. Regulación que por cierto merece varias críticas. Así, por citar las más sobresalientes de entre ellas, no sólo la pena por castración dolosa (o, lo que es lo mismo, por mutilación o inutilización de un órgano o miembro principal) sigue siendo la misma que la correspondiente al homicidio doloso, sino que también merecen ahora esta pena hechos valorativos tan dispares (en cuanto a portadores de un diferente desvalor de resultado) como privar dolorosamente a alguien de la vista o del oído, causarle la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, una grave enfermedad somática o psíquica o una enfermedad mental incurable (62). Realmente no acierto a comprender cómo ha podido llegarse a una solución tan desatinada desde el punto de vista político-criminal y que, por ende, carece de precedentes en los Proyectos de reforma del Código penal (63). Pero las

(60) O *Delitos de peligro hipotético*, según la terminología propuesta por TORIO (*Vid. ob. cit.*, p. 838 y ss.).

(61) *Vid. al respecto: CRAMER, ob. cit.*, p. 1786.

(62) Según el nuevo texto del artículo 418, introducido por la Ley Orgánica 3/89, «El que de propósito mutilare o inutilizare a otro de un órgano o miembro principal, le privare de la vista o del oído, le causare la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, una grave enfermedad somática o psíquica o una enfermedad mental incurable, será castigado con la pena de reclusión menor».

(63) La nueva redacción del artículo 418 del Código penal procede de los artículos 169 del Proyecto de 1980 y 152 de la PANCP, si bien, con algunas variaciones (se habla de anulación o grave limitación de la aptitud laboral en lugar de aludirse, como en el Proyecto de 1980 y en la PANCP, únicamente a la incapacidad laboral absoluta).

notables diferencias de las modificaciones efectivamente operadas por la Ley Orgánica 3/89 respecto de aquellos modelos no paran ahí. Podría decirse que esta «Ley de actualización del Código penal» ha recogido los textos presentes en dichos modelos con bastante rigor, mas a la hora de establecer las penas se ha dejado llevar de una fantasía punitiva exhuberante o, peor aún, se ha mantenido lo más fiel posible a las ya previstas en los artículos que venía a reformar. Y así engendro, es manifiesto al incumplirse de manera flagrante las exigencias derivadas del *principio de proporcionalidad* de los delitos y de las penas.

Ello se observa de manera particularmente clara al analizar en profundidad los nuevos artículos 420 y 421 del Código penal. Desde luego que no hay nada que objetar, sino todo lo contrario, a que el primero de los citados preceptos introduzca por fin un concepto general de lesiones, pretensión ésta acariciada por la doctrina desde hace largo tiempo (64). Pero si a la pena con que este tipo básico se conmina: prisión menor en toda su amplitud y no sólo en su grado mínimo. Ello choca con la naturaleza agravatoria del artículo 421, ya que la pena que en este último caso se prevé es la de prisión menor en sus grados medio a máximo, resultando de esta suerte que una lesión básica del artículo 420 bien pudiera merecer la misma pena que una lesión agravada del artículo 421. Puestas así las cosas, y habiéndose partido de la pena de prisión menor en toda su extensión para el tipo básico de lesiones, es incluso lógica la pena de prisión mayor prevista en el nuevo texto del artículo 419 para quien «de propósito causarle a otro la mutilación o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, la esterilidad o la deformidad»; pero lo que ya no es tan lógico es que dicha pena de prisión mayor esté contemplada en toda su extensión y no, como sería correcto, en sus grados mínimo a medio. Esto último habría permitido sancionar algunos de los supuestos previstos en el artículo 418 —no todos, puesto que como ya he dicho son de gravedad dispar— con la pena de prisión mayor en su grado máximo y no con la a todas luces excesiva de reclusión menor en toda su extensión.

Por lo demás, resulta evidente que el nuevo delito contenido en el artículo 421.1 del Código penal (65) constituye un tipo agravado

Pero ambos textos antecedentes, a diferencia del recién incorporado, tuvieron buen cuidado en distinguir entre la pena por homicidio (prisión de ocho a quince años), y la pena por esta categoría de lesiones ocasionada de propósito (prisión de cinco a ocho años en el Proyecto, y de seis a ocho años en la PANCP).

(64) Cfr.: ANTON, *Notas críticas al del Código penal. Las lesiones*, en Estudios penales en homenaje al P. J. Pereda, Bilbao, 1965, p. 781.

(65) Debe señalarse que el nuevo texto del artículo 421 ha sustituido la mención que se hacía de los artículos 167.1 del Proyecto de 1980 y 150.1 de la PANCP (de contenido por lo demás idéntico al del texto ahora vigente) de la «acusada brutalidad en el agresor» por la de «acusada brutalidad en la acción» Esta modificación parece acertada por cuanto la alusión a la presencia de «acusada brutalidad en el agresor»

de lesiones basado en la consideración de que el empleo de ciertos medios, modelos o formas lesivos conlleva un peligro de producción de lesiones graves. Obsérvese, sin embargo, que su naturaleza no es la de un simple delito de peligro, ya que el primer párrafo del artículo 421 se refiere a «las lesiones del artículo anterior» con lo que está exigiendo para la cualificación que se produzca un resultado efectivo de lesión. Por consiguiente, puede decirse que la estructura típica del artículo 421.1 está integrada por un delito de lesión y por un delito de peligro abstracto o, mejor, *abstracto-concreto*. Y digo que es de peligro abstracto y no de peligro concreto porque aunque el precepto no se limita a una referencia a la utilización de cierto número de medios peligrosos en abstracto (de acuerdo con la experiencia común) sino que pone el énfasis, en el hecho de que sean «susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado», ello no supone sino la introducción expresa en el texto de la ley de un criterio general de idoneidad de los medios para poner en peligro el bien jurídico que, como ya he dicho, no basta a su calificación de delito de peligro abstracto (66). En cualquier caso, para que tenga lugar la agravación contemplada en el artículo 421.1 del Código penal no se requiere la efectiva producción de esos graves daños, aunque sí de los previstos en los artículos 420 o 582.1 del Código penal.

Tras este análisis somero del artículo 321.1 del Código penal, volvamos nuevamente al actual texto del artículo 424 del Código penal. Y observemos que tanto uno como otro precepto aluden a la utilización de *medios o instrumentos peligrosos*. El uno para agravar una pena que ya corresponde por razón de unas lesiones más o menos graves; el otro para elevar a la categoría de delito una conducta que de otra manera resultaría impune: la consistente en participar en una riña confusa y tumultuaria. Vistas así las cosas, basta con plantearse algunas hipótesis para advertir que actúan como verdaderos círculos secantes.

Imaginemos, por ejemplo, los siguientes supuestos: en el curso de una riña confusa y tumultuaria, A hace uso de una navaja con la que acomete a D sin llegar a ocasionarle lesiones. En esa misma riña, B utiliza una botella rota para herir a M, ocasionándole un corte profundo en el brazo. En tanto que C, por su parte, propina a F una fuerte patada en la boca que le hace perder varias piezas dentales.

La calificación del primer supuesto es evidente: la conducta de A se adapta plenamente a la descripción típica ahora contenida en el artículo 424. En consecuencia, A será castigado con una pena que podría ir de un arresto mayor en su grado máximo a una prisión

supondría haber basado la agravación no ya en la gravedad del hecho, sino en la personalidad del autor (Cfr.: BERDUGO, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 110).

(66) Son, en cambio, de la opinión de que se trata de un *peligro concreto*: BERDUGO, *La reforma*, cit., p. 88; y BOIX, *La reforma*, cit., pp. 110-111.

menor en su grado medio. Por lo que se refiere a la posibilidad de considerar la existencia de un concurso con una tentativa de lesiones, entiendo que, dado que el artículo 424 habla de utilización de medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas, y no de mera exhibición o porte de los mismos, el término «utilizar» indica cuando menos un principio de ejecución de un delito de lesiones, quedando de esta suerte embebida la tentativa de lesiones en el supuesto de hecho del artículo 424 del Código penal. Lo que no parece en principio mala solución habida cuenta que, de no existir dicho precepto, tales hipótesis únicamente podrían castigarse a título de tentativa de un delito de lesiones del artículo 340 del Código penal, al no ser posible su subsunción en el artículo 421.1 del Código penal que requiere la presencia de un lesionado real. Pero entonces, no se tendría en cuenta el distinto desvalor de la acción que implica no ya la mera utilización de dichos medios (67), sino el hecho de que se hayan utilizado en el curso de una riña confusa y tumultuaria.

El segundo supuesto es mucho más problemático. Supongamos por un momento que la Ley Orgánica 3/89 se hubiese limitado a introducir el artículo 424 sin proceder a la coetánea remodelación de los tipos de lesiones. La calificación de B sería entonces muy sencilla: tendría que responder del delito previsto en el artículo 424 del Código penal en concurso (ideal) con el correspondiente delito o falta de lesiones. Volvamos ahora a la realidad que nos impone prestar atención al artículo 421.1 del Código penal (68), y tendremos el siguiente panorama: el medio utilizado puede considerarse peligroso y, por consiguiente, es de los descritos en dicho precepto. De manera que, aún cuando la lesión no sea muy grave en principio e incluso si es leve (69), B merece, como autor de lesiones graves, una pena de prisión

(67) El texto del artículo 421.1 Código penal obliga a concluir que, de no producirse un resultado lesivo, el uso de medios peligrosos en el curso de una situación no calificable de riña confusa y tumultuaria no constituye tentativa de lesión grave sino de lesión menos grave.

(68) El artículo 421.1 del Código penal dice así: «Las lesiones del artículo anterior serán castigadas con la pena de prisión menor en sus grados medio a máximo: 1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción».

(69) *Vid.* el nuevo artículo 582 del Código penal: «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que no precisare tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa, será castigado con la pena de arresto menor, salvo que se tratare de alguna de las lesiones del artículo 421». De manera que el uso de armas, etc., tiene por efecto convertir en delito de lesiones graves lo que de otra manera no habría pasado de ser una simple falta de lesiones. Por cierto, que en el artículo 582.1 me parece detectar ciertas incongruencias: obsérvese en efecto que, por una parte, dicho precepto remite a las lesiones del artículo 421, sin advertir que, obviamente las previstas en el artículo 421.2 no podían calificarse a título de falta, ya que siempre requerirán tratamiento médico o quirúrgico; y, por otra, que el párrafo inicial del artículo 421 se refiere a su vez, a las lesiones contempladas en el artículo 420 del Código penal, con lo que difícilmente podrá abarcar las

en sí, habida cuenta de que la lesión se ha producido en el curso de una riña confusa y tumultuaria en la que B ha participado utilizando un instrumento peligroso, debería además apreciarse un concurso (ideal) con el delito previsto en el artículo 424 del Código penal.

Si la cuestión se enfoca a partir del artículo 424 del Código penal, habría que responder afirmativamente, dado que dicho precepto no absorbe los resultados lesivos que pudiere producir la utilización de medios o instrumentos peligrosos en el curso de una riña confusa y tumultuaria. Precisamente, por ello puede llegar a afirmar la doctrina alemana la existencia de un concurso (ideal) entre los parágrafos 227 y 223-223 a) del StGB (70), ya que el primero de ellos no se tiene en cuenta para nada el hecho de que uno de los participantes en la riña haya ocasionado lesiones, o de que haya utilizado o no medios o instrumentos peligrosos. Pero no cabe duda de que este nuevo tipo de lesiones graves tiene ya en cuenta ese plus de peligrosidad individual a que antes que refería como implícito en el uso de tales medios. Y lo tiene tan en cuenta que, como se ha dicho, puede llegar a convertir una simple falta de lesiones en un delito de lesiones graves. En tales circunstancias, la aplicación a B del artículo 424 del Código penal supondría un *bis in idem* inaceptable, ya que se estaría desvalorando dos veces ese plus de peligro.

Verdad es que podría alegarse, para defender en tal caso la existencia de un concurso entre el artículo 421.1 y el artículo 424, que el artículo 421.1 no tiene nada en cuenta la peligrosidad inherente a una situación de riña confusa y tumultuaria. Pero como se ha visto, tampoco el artículo 424 parece haberla tenido muy en cuenta ya que ha optado por poner el acento no en el mero hecho de participar en una riña de esas características, sino en el modo en que en ella se ha participado.

Creo por consiguiente, que cabe afirmar que entre el artículo 421.1 y el artículo 424 se da un *concurso de normas* y no un *concurso de delitos*. De manera que si, como es lógico suponer, el uso de medios o instrumentos peligrosos en un contexto definido como caótico desembocará en la mayoría de los casos en el ocasionamiento, cuando menos de unas lesiones menos graves, el tipo aplicable ya no será el contenido en el artículo 424 sino el del artículo 421.1 ya que, al ser el hecho subsumible a la vez en uno y otro precepto, habrá de aplicarse (de conformidad con el artículo 68 del Código penal) aquel cuyo marco penal sea más severo. Con la consecuencia de que la subsunción en el artículo 424 del Código penal quedaría reservada

lesiones no incluibles en este último precepto. Ciertamente es que se trata de contradicciones a los respectivos textos. Pero no es menos cierto que son expresivas de la escasa atención que se presta a la necesaria coordinación de aquellos tipos que presentan entre sí una conexión de carácter sistemático.

(70) Cfr.: STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 1410 y 1426.

a aquellos supuestos marginales en los que, a pesar de hacerse uso de medios o instrumentos peligrosos, no se ocasiona resultado lesivo alguno, y a los que, como se ha dicho, no resulta aplicable el artículo 421.1.

Y aquí es donde cabe apreciar una primera incongruencia derivada de la coetánea introducción de los artículos 421.1 y 424 del Código penal: de acuerdo con lo afirmado, A habría de responder a título del artículo 424 del Código penal y merecería una pena que puede ir de un arresto mayor en su grado máximo a una prisión menor en su grado medio; mientras que B merecería, como autor de las lesiones graves previstas en el artículo 421.1 una pena comprendida entre una prisión menor en su grado medio y una prisión menor en su grado máximo. Ahora bien: al coincidir el máximo de la pena correspondiente al artículo 424 del Código penal con el mínimo de la pena correspondiente al artículo 421.1 podría suceder que se castigase a B con la misma pena que a A, aún cuando la respectiva gravedad de sus comportamientos fuese diversa (el primero no ocasiona un resultado de lesión, mientras que el segundo sí).

No paran aquí las incongruencias. Volvamos a los supuestos anteriormente planteados y fijémonos en el citado en tercer lugar. Es obvio que, al no haber hecho uso de medios o de instrumentos peligrosos (71) la conducta de C no es subsumible ni en el artículo 421.1 (72) ni en el artículo 424 del Código penal. Y, sin embargo, si ha ocasionado una lesión que requiere tratamiento médico o quirúrgico, será considerado autor de la lesión prevista en el artículo 420 del Código penal y, en consecuencia, habrá de imponérsele la pena de prisión menor en toda su extensión. Ello implica que, pese a la distinta gravedad de los respectivos comportamientos, puede suceder que, llegado el caso, C merezca la misma pena que A y que B; y ello tanto en este caso como en la hipótesis de que esa misma lesión no hubiese sido ocasionada en el curso de una riña confusa y tumultuaria. Lo que abona la tesis de que lo que el legislador ha tenido en cuenta en el artículo 424 del Código penal no ha sido tanto el peligro para la vida o la integridad personal representado por la referida situación-marco cuanto el modo de actuación de los participantes en la misma, pero ni siquiera en este punto ha mantenido en todo momento la deseable coherencia. Pues, dada la exigencia de un «lesionado» en el artículo 421.1 del Código penal, no será aplicable este último precepto sino el artículo 420 del Código penal en el supuesto de que, en un contexto distinto al definido en el artículo 424 del Código penal, se hayan utilizado medios o instrumentos peligrosos sin que se

(71) La utilización de la fuerza física no puede considerarse como tal. Cfr., al respecto: STREE, *ob. cit.*, p. 1408.

(72) A no se que se apreciara propinar una patada en la boca es un método o forma reveladora de «acusada brutalidad en la acción».

haya producido resultado alguno de lesión. Se produce así una nueva incongruencia: a pesar de que el mencionado supuesto coincide con el contenido en el artículo 424 del Código penal en todo excepto en la exigencia de que el comportamiento haya tenido lugar en el marco de una riña confusa y tumultuaria, y no obstante haberse comprobado que no es únicamente este dato lo que constituye la *ratio legis* de dicho precepto, basta con que se dé esta diferencia para que la pena sea en este último caso más grave.

Todo ello indica que el legislador no ha tenido en consideración los extremos apuntados a la hora de establecer los marcos penales contenidos en los artículos 420, 421.1 y 424 del Código penal. No obstante, para solventar provisionalmente (en espera de otra más que probable reforma parcial) las antinomias enunciadas, se me ocurre el siguiente catálogo de penas en función de las distintas gravedades de los respectivos comportamientos: 1) reserva la pena de prisión menor en su grado máximo (límite por arriba del marco penal previsto en el artículo 421.1 del Código penal) para el caso de que se ocasione cualquier tipo de lesión en el curso de una riña confusa y tumultuaria en la que se han utilizado medios o instrumentos peligrosos; 2) imponer la pena de prisión menor en su grado medio (límite por abajo del marco penal previsto en el artículo 421.1 del Código penal) cuando el comportamiento anteriormente descrito no tenga lugar en el marco de una riña confusa y tumultuaria; 3) castigar el ocasionamiento de una lesión como la descrita en el artículo 420 del Código penal con la pena de prisión menor en su grado mínimo (límite por abajo de la pena actualmente prevista en dicho precepto); y 4) sancionar la conducta prohibida en el artículo 424 (tentativa de lesiones acompañada del uso de medios peligrosos en un contexto de riña confusa y tumultuaria) con la pena de arresto mayor en su grado máximo (límite por abajo del marco penal actualmente imponible). Pero insisto en que ésta es una solución de puro compromiso hasta tanto se reflexione seriamente sobre qué es exactamente lo que se pretende con la introducción de un delito de participación en riña con utilización de medios o instrumentos peligrosos.

V. CONCLUSIONES

1.^a) Por más que insista en ello la doctrina dominante, el homicidio en riña tumultuaria no era un delito de sospecha sino un delito de lesiones agravadas por la circunstancia de haber sido ocasionadas en el marco de una riña confusa y tumultuaria. Agravación que únicamente era aplicable cuando concurría una doble condición objetiva de punibilidad: que de tal riña se hubiese derivado una muerte, y que no constase el autor de la misma. En este sentido puede decirse que el modelo antes contenido en el artículo 408 del Código penal

era mucho más razonable que el recogido en el parágrafo 227 StGB. No obstante, justo es reconocer que el artículo 408 del Código penal presenta algunos defecto técnicos entre los que destacaba un inadmisibles sistema de responsabilidad en cascada.

2.^a) Era pues necesario reformar el artículo 408 para eliminar los aludidos defectos. Hay que decir, sin embargo que, de las diversas posibilidades existente al respecto, unas eran más aceptables que otras. Así, no parecía en principio recomendable transformarlo en un delito de peligro presunto, consistente en la mera participación en una riña confusa y tumultuaria. Ni tampoco era aconsejable seguir el sistema patrocinado por el parágrafo 227 del StGB, en el que la muerte o las lesiones graves no desempeñan en realidad otra función que la de condiciones objetivas impropias de punibilidad. Para eso, hubiese sido mejor mantener el artículo 408 del Código penal, eliminando únicamente la rechazable responsabilidad en cascada, y ajustando a la baja las penas en él previstas con la vista puesta en la nueva regulación de los delitos de lesiones, como por lo demás se proponía en el artículo 172 del Proyecto de 1980 que, a mi juicio merecía mejor suerte que la que tuvo. O incluso podía haberse pensado en suprimirlo sin que, a la vista del nuevo artículo 421.1 del Código penal, hubiese por ello que rasgarse las vestiduras.

3.^a) No obstante, el malentendido doctrinal a que antes he aludido pesó gravemente sobre nuestro legislador penal (73). Recuérdese que la crítica opuesta al artículo 408 del Código penal por la mayoría de nuestra doctrina, aconsejaba la desaparición del mal llamado homicidio en riña tumultuaria. Y que ello suponía implícitamente una de estas dos cosas: o bien el hecho de participar en una riña confusa y tumultuaria dejaba de tener relevancia jurídica, o bien seguía teniéndola pero con total independiencia de ese resultado de muerte (o de lesiones graves, en el caso del delito antes contenido en el artículo 424 del Código penal). Lo primero suponía la absoluta equiparación penal de las lesiones ocasionadas en el marco de una situación definida como peligrosa con las inferencias en cualquier otro tipo de contexto, esto es, la igualación de desvalores de acción dispares; lo que no parecía lógico. Lo segundo no implicaba, sin embargo, necesariamente la transformación de un delito de lesión en un delito de peligro, puesto que cabía la posibilidad de introducir un nuevo tipo de lesiones agravadas por la circunstancia de haber sido ocasionadas en una situación de riña confusa y tumultuaria. Pero, de haberse se-

(73) No obstante, haberse precisado en la Providencia del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 1989 que el delito contenido en el artículo 408 del Código penal no vulneraba necesariamente el artículo 24 de la Constitución «siempre que los Tribunales no busquen un homicidio presunto, sino que detengan su convicción, tras la práctica de la prueba, en una certeza de que se ejerció violencia y valoren únicamente la participación en una riña en la que se produjo una muerte» (*Vid. Código penal COLEX*, cit., p. 269).

guido este último camino, la situación no habría mejorado sino empeorado, ya que dicha agravación estaría basada en una presunción de peligro que, por más que fuera destruible mediante prueba en contrario, carecía de las garantías aportadas por el uso de la técnica de las *condiciones objetivas de punibilidad*. Al legislador no le quedaban pues sino dos caminos; o bien optaba por dejar las cosas como estaban, introduciendo únicamente algunas modificaciones correctoras en los artículos 408 y 424 del Código penal, o bien procedía a independizar por complejo el hecho de intervenir en una riña confusa y tumultuaria de los distintos tipos de lesiones.

4.^a) De haber aceptado la interpretación del artículo 408 del Código penal que he propuesto anteriormente, el legislador podía ciertamente haber seguido el primero de estos dos caminos. Pero es más que probable que ello le hubiera valido la enemiga de esa doctrina dominante a la que pretendía complacer. Se comprende pues, hasta cierto punto, que haya optado por el segundo, convirtiendo de esta suerte un delito complejo de lesión y de peligro en un simple delito de peligro abstracto. Pero que ello sea comprensible no quiere decir que sea justificable.

5.^a) La introducción simultánea de los nuevos artículos 421.1 y 424 conduce a la existencia de relaciones de difícil convivencia entre ambos y ocasiona desajustes en materia de graduación de las penas, ya que hechos valorativamente dispares pueden llegar a merecer idéntica sanción. Para evitar esta indeseable consecuencia, y con independencia de la solución provisional de *lege lata* sugerida en el texto, me permito proponer lo siguiente:

1. Que se suprima el artículo 424 del Código penal.

2. Que la pena prevista para el tipo básico de lesiones sea en todo caso inferior a la que corresponde a los tipos agravados (podría, por ejemplo, imponerse la pena de prisión menor en su grado mínimo en el primer caso, y la de prisión menor en sus grados medio a máximo en el segundo).

3. Que se conserve el título 421.1 del Código penal, sustituyéndose el término «lesionado» por el de «agredido». De manera que sea también aplicable a supuestos de tentativa de lesiones acompañada del uso de medios o instrumentos peligrosos.

4. Que, ubicándolo en el lugar sistemático oportuno, se reintroduzca un tipo agravado de lesiones en riña tumultuaria formulado en más o menos los siguientes términos: *Artículo 42.1, último párrafo. «Se impondrá el grado máximo de las penas respectivamente previstas en los artículos 420 y 421 si la agresión hubiese tenido lugar en el marco de una riña confusa y tumultuaria de la que hubiere resultado muerte y no constase su autor».*