

DERECHO PENAL

INTRODUCCIÓN

**TEORÍA JURÍDICA DEL
DELITO**

Margarita Martínez Escamilla

María Martín Lorenzo

Margarita Valle Mariscal de Gante

**Materiales
para
su docencia y
aprendizaje**

DERECHO PENAL

INTRODUCCIÓN TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

Materiales para su docencia y aprendizaje

Margarita Martínez Escamilla

Catedrática de Derecho penal

María Martín Lorenzo

Profesora Titular de Derecho Penal

Margarita Valle Mariscal de Gante

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Madrid, 2012

La presente edición digital es *copyleft*. Puede ser libremente copiada, distribuida y comunicada públicamente, con la única condición de citar a sus autoras. Excepto por sus autoras, no podrá ser utilizada con fines comerciales

© Margarita Martínez Escamilla
María Martín Lorenzo
Margarita Valle Mariscal de Gante

I.S.B.N.: 978-84-695-3959-0

*Al profesor Enrique Gimbernat:
Por mostrarnos la necesidad de la pregunta y del rigor en la respuesta.
Con la pasión contagiosa de quien vive lo que enseña.*

ÍNDICE

Presentación.....	9
Guía docente (modelo).....	11
Programa	23
Pautas para la resolución de casos.....	31
Lecciones	35
➤ Lección 1ª: Concepto y fines del Derecho penal	37
➤ Lección 2ª: Límites al <i>ius puniendi</i>	51
➤ Lección 3ª: La ley penal en el espacio	69
➤ Lección 4ª: La teoría jurídica del delito	79
➤ Lección 5ª: El comportamiento humano.....	87
➤ Lección 6ª: Causalidad e imputación objetiva	97
➤ Lección 7ª: El dolo	111
➤ Lección 8ª: El error de tipo	137
➤ Lección 9ª: La imprudencia.....	155
➤ Lección 10ª: La omisión. La comisión por omisión	173
➤ Lección 11ª: El <i>iter criminis</i>	195
➤ Lección 12ª: Autoría y participación.....	231
➤ Lección 13ª: Ausencia de antijuridicidad. La legítima defensa	261
➤ Lección 14ª: El estado de necesidad.....	287
➤ Lección 15ª: El cumplimiento de un deber, y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento.....	307
➤ Lecciones 16ª a 19ª: La culpabilidad	319
➤ Lección 20ª: La punibilidad	347
➤ Lección 21ª: Circunstancias modificativas	357
➤ Lección 22ª: El concurso de delitos. Unidad y pluralidad de hechos	385
Preguntas objeto de examen	409
Autoevaluación: test	427
Bibliografía y recursos <i>on line</i>	439

PRESENTACIÓN

Este libro nace con la idea de facilitar a los estudiantes de Derecho penal el aprendizaje de la asignatura Derecho penal I, en concreto, de la parte introductoria y de la teoría jurídica del delito.

Para ello hemos seleccionado entre los numerosos materiales elaborados y utilizados a lo largo de ya bastantes años enseñando al tiempo que aprendiendo, esta disciplina diversos casos prácticos—muchos de ellos resueltos—, ejercicios de jurisprudencia, baterías de preguntas tipo test, lecturas comprensivas, recursos *on-line*, etc. Los hemos actualizado, completado, sistematizado y autoeditado. Confiamos en que puedan servir de ayuda a quienes aspiran a hacer del Derecho su profesión y a quienes tenemos por profesión proporcionarles los conocimientos y herramientas para una interpretación y aplicación rigurosa de las normas penales.

Durante todos estos años de docencia hemos huido de la “clase magistral”, que, si bien puede tener interés como complemento, tiende a dogmatizar y concibe al estudiante como mero receptor pasivo de información, adormeciendo la reflexión y el espíritu crítico. Nos gusta abordar las cuestiones a través de los problemas, para así interesar e involucrar al alumno en la reflexión y en la propuesta de soluciones, en las que, cada vez con mayor destreza, deberá emplear los instrumentos propios de la argumentación jurídica. Al tiempo, pretendemos hacerlo consciente de las implicaciones que las decisiones técnico-jurídicas poseen en una disciplina que, como el Derecho penal, aborda conflictos y realidades sociales y humanas palpitantes, controvertidas y casi siempre dolorosas.

El otoño pasado nos enfrentamos por primera vez al imperativo de impartir en un semestre la Parte General del Derecho penal (introducción, teoría jurídica y consecuencias jurídicas del delito); y para ayudarnos y ayudar a nuestros alumnos en tan titánica tarea surgió la idea de acompañar esos diversos materiales prácticos con una suerte de lecciones. En ellas no pretendemos abordar los temas ni con extensión ni en profundidad, algo que hace un número cada vez mayor de obras generales al uso, sino que su objetivo es —sin perder la estela del pensamiento ~~probatorio~~— servir de guía a nuestros estudiantes en el acercamiento a los temas de la disciplina. Se conforman de esta manera unas “lecciones” que aúnan la información sobre contenidos con numerosos ejercicios y propuestas de trabajo de carácter eminentemente práctico.

Así surgieron estos materiales pedagógicos, y serán los que utilicemos con nuestros alumnos en el próximo semestre. Por ello, junto a las lecciones y demás recursos prácticos, hemos incluido elementos propios de un curso de Grado, como un modelo de guía docente, donde se explican las pautas de desarrollo del curso conforme al modelo que hemos escogido, o, por ejemplo, una lista de preguntas de las que el alumno será examinado conforme al sistema de evaluación propuesto.

Se trata de un libro autoeditado y de distribución *on-line*. Es además *copyleft*, es decir, puede ser libremente reproducido, fotocopiado, distribuido, etc., siempre que se haga gratuitamente y se cite a sus autoras. Nuestro único afán es que pueda ser útil para profesores y estudiantes, por ello facilitamos su difusión, y la agradecemos.

Vivimos tiempos inciertos, nosotros y nuestros alumnos y alumnas. La depresión y el fatalismo también invaden la universidad y las aulas. En este contexto, las profesoras y profesores deberíamos ser capaces de transmitir no sólo conocimientos y habilidades, sino también esfuerzo, rigor y buenas dosis de entusiasmo. Ojalá algo de esto haya quedado reflejado en el presente libro.

Madrid, julio de 2012

Las autoras

GUÍA DOCENTE

Derecho penal. Parte General

(Modelo)

Nota: Este documento es sólo un posible modelo de elaboración de una Guía docente para la asignatura Derecho penal I, que se adapta al planteamiento metodológico y el sistema de evaluación elegido. La propuesta obvia, en consecuencia, ofrecer datos identificativos concretos, que deberían ser completados por cada profesor o equipo docente.

ÍNDICE

- I. Datos de identificación
- II. Introducción a la asignatura
- III. Conocimientos previos recomendados
- IV. Competencias
- V. Objetivos
- VI. Bloques temáticos
- VII. Sistemas de enseñanza- aprendizaje
- VIII. Sistema de evaluación
 - 1. Examen final
 - 2. Test de evaluación de conocimientos teóricos- prácticos
 - 3. Trabajo o caso práctico
 - 4. Otros elementos de valoración
 - 5. Convocatoria de septiembre
- IX. Recursos didácticos
 - 1. Introducción
 - 2. Materiales específicos
 - 3. Bibliografía
- X. Campus virtual

1. Datos de identificación

Nombre: Derecho penal I

Curso: **Semestre/Cuatrimestre:** **Grupos:**

Equipo docente/Profesor o profesores responsables:

-
-
-

(Los materiales didácticos e instrumentos metodológicos han sido diseñados por el equipo docente. La asignatura será impartida usualmente por la profesora responsable del grupo, a quien el alumno deberá dirigirse para cualquier cuestión relacionada con la marcha del curso. Cualquier miembro del equipo docente podrá participar en la impartición de las clases de los diversos grupos. También se procurará la intervención puntual durante el curso de otros miembros del Departamento de Derecho penal u otros profesionales del Derecho penal)

Departamento: Derecho penal

Lugar/Horario de clases:

- Grupo
- Grupo
- Grupo

Tutorías:

- Profesor:
 - Horario y lugar:
- Profesor:
 - Horario y lugar:
- Profesor:
 - Horario y lugar:

Se recomienda avisar previamente de la intención de acudir a las tutorías.

En caso necesario, puede establecerse contacto con los profesores a través del correo electrónico del campus virtual.

2. Introducción a la asignatura

En el plan de estudios, la Parte General del Derecho Penal se enmarca en el estudio del Derecho positivo, en concreto de una parte esencial del Derecho Público cual es la de los principios informadores del Derecho Penal y elementos de la teoría del delito y las consecuencias penales. De esta manera el alumno se inicia en el conocimiento y estudio de los elementos conceptuales y aplicativos básicos de esta rama del ordenamiento jurídico.

3. Conocimientos previos recomendados

Haber cursado las asignaturas de Teoría del Derecho, Derecho civil I, Derecho Constitucional I y II e Historia del Derecho, adquiriéndose los conocimientos y competencias propias de las mismas.

4. Competencias

La contribución de esta asignatura al perfil profesional y académico se concretará en su capacidad para:

Interpretar las normas penales presentes y futuras, aprehender su sentido en el marco del sistema normativo y valorarlas en relación con los objetivos político-criminales señalados al ordenamiento penal y el respeto por los principios limitadores propios de un estado social y democrático de Derecho.

Identificar los aspectos jurídico-penales problemáticos y los conflictos de toda índole que subyacen en los supuestos prácticos y resolverlos argumentadamente con base en la normativa y el sistema de imputación jurídico-penal

5. Objetivos

Conocer los principios informadores del sistema penal.

Conocimiento de los elementos de la teoría jurídica del delito y de las consecuencias penales.

Capacidad para aplicar la teoría jurídica del delito y de las consecuencias penales a supuestos de hecho concretos

Aprender a desarrollar una técnica que permita la interrelación de los diversos elementos del delito como fundamento para el estudio ulterior de la Parte especial (Derecho penal II)

Habilidad en el manejo de las fuentes de información jurídico-penales, en especial, las bases de datos jurisprudenciales.

Servirse de las fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales para argumentar y solucionar casos.

Dominar el lenguaje técnico jurídico-penal para argumentar verbalmente en situaciones de contradicción (juicio oral) y por escrito en los escritos penales (fundamentalmente la sentencia).

Percibir la trascendencia social de la justicia penal

6. Bloques temáticos

La asignatura se articula en torno a tres grandes bloques:

- I. Introducción al Derecho penal
- II. Teoría jurídica del delito
- III. Teoría de las consecuencias jurídico-penales.

Para un desarrollo de estos bloques, *vid.* el programa contenido en los presentes Materiales Docentes.

7. Sistemas de enseñanza-aprendizaje

La asignatura obligatoria de Derecho penal I se imparte en el marco del plan de estudios del Grado en Derecho y afines de la Universidad Complutense. Ese plan de estudios se enmarca en las novedades introducidas con ocasión del diseño del Espacio Europeo de Educación Superior. Entre los parámetros de la actividad formativa de las universidades del futuro que defiende ese Espacio se encuentran las siguientes:

Una docencia menos centrada en la actuación magistral del docente y más orientada a posibilitar y reforzar el aprendizaje de los estudiantes.

Una formación basada en el aprendizaje autónomo de los estudiantes, que les devuelve parte de la responsabilidad de su formación y que les proporciona herramientas y recursos para el aprendizaje.

Una enseñanza que combine adecuadamente las virtualidades de la presencialidad y las nuevas posibilidades de apertura y diversificación que ofrecen las Tecnologías de la Información y Comunicación.

Por lo que atañe a los aspectos más relacionados con la concepción de la enseñanza, la tónica que se refleja es el tránsito de un modelo de enseñanza a un modelo de enseñanza-aprendizaje, que reivindica el papel del estudiante como constructor activo de su conocimiento.

Para la consecución de los objetivos propuestos se prescindirá al máximo de las "clases magistrales" entendidas como exposición por el profesor de una serie de conocimientos, donde los alumnos son meros receptores pasivos, limitándose a escuchar o tomar apuntes y, en el mejor de los casos, a solicitar la explicación de lo que no han entendido. La razón de este rechazo a la "clase magistral" se debe, fundamentalmente, a que ésta conlleva en gran medida la "dogmatización" de los contenidos, no promoviendo la reflexión y la crítica.

Se intentará utilizar recursos metodológicos variados para obtener el mejor conocimiento posible de la materia y desarrollar las destrezas que exigen las profesiones jurídicas. Así, habrá sesiones donde se aborde el análisis de las instituciones penales, de sus aspectos teóricos y problemas interpretativos. También habrá sesiones dedicadas a la resolución de casos prácticos, donde todo el grupo, dirigido por el profesor, intervenga en la resolución del caso, o bien donde un grupo o persona en concreto, previamente designados, expongan públicamente el análisis y resolución del supuesto problemático.

Hay que insistir en la absoluta necesidad del trabajo previo del alumno, sin el cual es imposible un desarrollo fluido de las clases y, por ende, avanzar en los contenidos de la asignatura y conseguir los objetivos propuestos. Procuraremos que el alumno sea informado con tiempo suficiente de las lecciones a abordar y de las actividades que se desarrollarán a los efectos de que trabaje previamente con los materiales teóricos y prácticos proporcionados. Con este trabajo previo se pretende conseguir una mayor participación del alumno, una mayor profundización en los contenidos y un mayor aprovechamiento de las horas lectivas. Además, se aconseja especialmente la previa resolución escrita de los casos prácticos y ejercicios que se

entreguen como material de trabajo, no sólo para incrementar la participación y aprovechamiento de las clases, sino también para que el alumno se ejercite en la plasmación escrita, clara, sistemática y rigurosa de sus conocimientos y reflexiones.

A lo largo del curso se procurará que el alumno también asista a algunas charlas impartidas por otros profesionales del sistema de justicia penal (jueces, abogados, policías, etc.), que le proporcionen no sólo una mayor profundización en determinados temas de interés, sino además otras perspectivas distintas de las mostradas en las clases. Se intentará asimismo organizar otras actividades que nos acerquen a la realidad de la justicia penal. Algunas de éstas, por sus características, sólo podrán ser realizadas por un número reducido de alumnos. Para seleccionarlos se seguirá un criterio premial, es decir, podrán realizarlas los alumnos que obtengan las mejores calificaciones en las pruebas que se vayan realizando a lo largo del curso.

8. Sistema de evaluación

La calificación final será el resultado de la consideración de diversos parámetros fruto del empleo de varios elementos de evaluación: examen final, pruebas objetivas tipo test, realización de un trabajo o un caso práctico y otros.

a. Examen final (60%)

El examen final se realizará en la fecha oficial de suspensión de clases tras el cuatrimestre. Podrá realizar este examen cualquier alumno matriculado de la asignatura.

El examen final constará de dos partes.

a. La primera parte consistirá en la resolución de una o varias preguntas, dependiendo de su extensión, de la lista de las preguntas que pueden ser objeto de examen que se facilitará al alumno a lo largo del curso. Estas preguntas pueden presentar una formulación tanto teórica como práctica. Las preguntas teóricas pueden no coincidir con los epígrafes del programa o con los epígrafes de los manuales al uso. Las respuestas deberán, pues, ser elaboradas previamente por el alumno, con lo que se pretende que éste se ejercite en el manejo de los textos doctrinales y de la jurisprudencia. Para la resolución de estas preguntas en el examen no podrá utilizarse el Código Penal.

En la valoración de esta parte se atenderá fundamentalmente a si el alumno ha comprendido los aspectos problemáticos que la pregunta plantea y al rigor jurídico en su exposición y desarrollo.

b. La segunda parte consistirá en la resolución de dos casos prácticos, uno de ellos versará sobre la determinación de la pena. Se podrá utilizar un Código penal no comentado. En la calificación de esta prueba se atenderá, de un lado, a si el estudiante ha sabido localizar en el supuesto de hecho los problemas con relevancia jurídico-penal, a la selección de las normas aplicables y a cómo éstas son interpretadas, es decir, a la argumentación jurídico-penal de las afirmaciones

realizadas por el alumno y de las soluciones propuestas. De otro lado, se atenderá a la comprensión y correcta aplicación de las reglas de determinación de la pena en el supuesto de hecho. Será condición necesaria pero no suficiente para aprobar el examen final superar esta parte.

La nota del examen será el resultado de una valoración conjunta de las dos partes, que no tiene por qué coincidir necesariamente con la media aritmética. El examen se calificará sobre 10 y el resultado obtenido supondrá un 60% de la nota final. Además será condición imprescindible para aprobar la asignatura que el alumno haya sacado al menos un 5 en el examen final para poder aprobar la asignatura

b. Test de evaluación de conocimientos teóricos-prácticos (30%)

A lo largo del curso se realizarán dos pruebas tipo test relativas a los contenidos impartidos.

Se calificarán sobre 10 y las supondrán un 30% de la nota final.

c. Trabajo o caso práctico (10%)

Con suficiente antelación se proporcionará al alumno un tema de trabajo o el planteamiento de un caso práctico cuya elaboración o resolución será objeto de calificación.

Se calificarán sobre 10 y supondrá un 10% de la nota final.

d. Otros elementos de valoración

Fuera de los 10 puntos anteriores, se tendrán en cuenta otros elementos de valoración.

a. Asistencia participativa

Se tendrá en cuenta la participación activa del alumno. Para ello se valorarán las actuaciones del alumno que supongan intervenciones evaluables en el aula: sesiones de resolución de casos prácticos, exposiciones orales, trabajos en grupo, etc. Como es obvio, sólo podrá tenerse en cuenta este elemento de evaluación respecto a los alumnos que asistan regularmente a clase.

b. Trabajo para subir nota

El alumno que, de acuerdo con el sistema explicado, haya aprobado la asignatura, podrá presentar un trabajo para subir nota, de cuyas características se informará a su debido tiempo.

e. Convocatoria de septiembre

Examen (100%)

Consistirá en la realización de un examen, a realizar en las fechas oficiales, que constará de tres partes:

- Primera parte: test de evaluación de conocimientos teórico-prácticos.
- Segunda parte: resolución de una o más preguntas sobre los distintos bloques temáticos, siguiendo las pautas señaladas en el epígrafe “1.a Examen final”. En la valoración de la segunda parte se atenderá fundamentalmente a si el alumno ha comprendido los aspectos problemáticos que la pregunta plantea y al rigor jurídico en su exposición y desarrollo.
- Tercera parte: resolución de dos casos prácticos, siguiendo las pautas señaladas en el epígrafe “1.b Examen final”. En la calificación de la tercera parte se atenderá, de un lado, a si el alumno ha sabido localizar en el supuesto de hecho los problemas con relevancia jurídico-penal, a la selección de las normas aplicables y a cómo éstas son interpretadas, es decir, a la argumentación jurídico-penal de las afirmaciones realizadas por el alumno y de las soluciones propuestas. De otro lado, se atenderá a la comprensión y correcta aplicación de las reglas de determinación de la pena en el supuesto de hecho.

La nota del examen será el resultado de una valoración conjunta de sus tres partes. Se calificará sobre 10 y supondrá un 100% de la nota final.

Excepcionalmente podrán tenerse en cuenta los resultados de los elementos de evaluación distintos del examen final obtenidos por los alumnos a lo largo del desarrollo del semestre.

9. Recursos didácticos

a. Introducción

Hay que insistir en la aberración que supone la preparación de la asignatura exclusivamente mediante los apuntes tomados en clase. Las consecuencias que conlleva el que muchos alumnos terminen sus estudios de Grado sin trabajar los textos doctrinales y jurisprudenciales son evidentemente nefastas. Y no ya sólo porque los conocimientos adquiridos se reducen al mínimo, sino, además, porque, al haber utilizado exclusiva o casi exclusivamente los propios apuntes, es decir, sus propias palabras y expresiones, el recién graduado tiene verdaderos problemas en entender textos jurídicos de cierta complejidad, con los que necesariamente tendrá que enfrentarse en el ejercicio de la profesión. Los apuntes pueden servir de guión de la materia explicada, pero en modo alguno son suficientes para su preparación.

Por ello el alumno deberá preparar la asignatura consultando varias obras generales, para poder apreciar el diferente tratamiento que cada manual puede ofrecer del tema. Para ello se proporciona una lista de obras generales, cuyas características se comentarán al inicio del curso. Con el mismo objetivo se facilitará al alumno el título de monografías y artículos sobre distintas instituciones,

incentivando su lectura, así como el manejo de la jurisprudencia, también fundamental en el aprendizaje de la asignatura.

b. Materiales específicos

Se aportarán unos materiales específicos de carácter teórico-práctico que el alumno deberá trabajar por anticipado y autónomamente. Esos materiales se completarán con referencias e indicaciones de otros elementos de corte teórico y propuestas de tipo práctico con el objetivo de ayudar al alumno a preparar y avanzar en el estudio de la asignatura.

c. Bibliografía (actualizada a junio de 2012)

A continuación se relaciona una amplia bibliografía que incluye obras generales que abarcan todo o parte de los contenidos de la asignatura y también la referencia a revistas de la disciplina donde pueden encontrarse artículos más específicos.

La lista de bibliografía recomendada puede consultarse también en la página web de la biblioteca de la UCM.

Aviso importante: A la hora de adquirir y/o consultar la bibliografía, el alumno debe tener en cuenta que el Código penal sufrió una importante reforma en 2010 y no todas las obras están actualizadas.

Resulta imprescindible disponer desde el primer día de un Código penal actualizado

1. Obras generales

- ÁLVAREZ GARCÍA, Javier/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo I, Introducción al Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2010.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/GARCÍA RIVAS, Nicolás/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, et al, *Curso de Derecho penal: Parte general*, 2ª ed., Experiencia, Barcelona, 2010.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte General, t. I (Introducción)* 6ª ed., 2004; t.II (*Teoría jurídica del delito/1*), 6ª ed., 2004; t. III (*Teoría jurídica del delito/2*), 1ª ed., 2005, Tecnos, Madrid.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel *Instituciones de Derecho penal español, Parte general*, CESEJ, Madrid, 2008.

- COBO DEL ROSAL, Manuel/ QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Selección de casos prácticos de Derecho penal con introducción y consejos para su resolución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, Parte General: Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, Parte General: Teoría del delito II*, Dykinson, Madrid, 2009.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín/MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2011.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo II: Teoría del delito, Iustel, Madrid, 2011.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español, Parte General, en esquemas*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.
- GIL GIL, Alicia/LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel/MELENDO PARDOS, Mariano/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen (dir.)/MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Isabel/NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Esquemas, t. VI: Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GRACIA MARTÍN, Luis (coord.)/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito : el sistema de penas, medidas de seguridad. consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivadas del delito*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General, I*. Madrid, Universitas, Madrid, 1996.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa/LAURENZO COPELLO, Patricia, *El Derecho penal en casos. Parte general. Teoría y práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre, Penal: 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte General*, 9ª ed., a cargo de Víctor Gómez Martín, Reppertor, Barcelona, 2011,

-
- LANDECHO VELASCO, Carlos María/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho penal español. Parte general*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, 2010.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coord.), *Memento Reforma penal: L.O. 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal*, PG, Bosch, Barcelona, t.I: *Fundamentos científicos del DP*, 4ª ed., 2008; t.II: *Teoría jurídica del delito*, Vol.I, 2000.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (con colaboración de F. MORALES PRATS): *Parte General del Derecho Penal*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et al. (dir.), *Esquemas de Teoría jurídica del delito y de la pena*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos/SEGOVIA BERNABÉ, José Luis/PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *Las penas y su aplicación : contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*, 5ª ed., Colex, Madrid, 2011
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Compendio de Derecho penal*, 2ª ed., Dykinson, 2010.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. T.I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.)/PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.)/et al., *Fundamentos de Derecho penal (Parte General)*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

2. Revistas especializadas

- *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*
- *Cuadernos de Política Criminal*
- *Revista de Derecho penal y Criminología*
- *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* (www.criminet.ugr.es)
- *InDret Penal* (www.indret.com/es/derecho_penal/8/)
- *La ley penal*
- *Revista General de Derecho penal*
- *Revista de Derecho penal*

d. Recursos on-line

Se puede acceder a información y documentación de utilidad para el estudio y la profundización de la asignatura a través de diversas páginas Web. Al final de estos materiales, junto a la bibliografía, se incluyen diversas referencias de utilidad.

Entre los enlaces de acceso libre pueden señalarse los siguientes:

— Para el acceso a la legislación:

- Boletín Oficial del Estado: <http://www.boe.es>
- Derecho de la Unión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>
- Noticias Jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/>

— Para el acceso a información sobre instituciones relevantes en el ámbito de la Justicia:

- Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es>
- Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.es>
- Fiscalía General del Estado: <http://www.fiscal.es>
- Ministerio de Justicia: <http://www.mjusticia.es>
- Portal Europeo de e-Justicia:
<https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=es>
- Consejo General de la Abogacía:
<http://www.cgae.es/portalCGAE/home.do>
- Colegio de Abogados de Madrid: <http://www.icam.es/>

— Para el acceso a bibliografía, jurisprudencia y documentación:

- Base de datos del CENDOJ:
<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- Diario La Ley: <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>
- Iustel: <http://www.iustel.com>

Además de los enlaces de acceso libre la UCM está suscrita a diversas bases de datos jurídicas y a otros recursos de indudable utilidad: *Westlaw-Aranzadi*, *Iustel* o *Tirant on line* son algunas de ellas. Puedes acceder a ellos a través de los siguientes enlaces:

- Biblioteca de la UCM: <http://www.ucm.es/BUCM/>
- Bases de datos de la UCM: <http://alfama.sim.ucm.es/bdatos/bdatos.asp>

10. Campus virtual (plataforma moodle)

El Campus virtual pretende ser un ágil instrumento de comunicación entre el profesor y el alumno, donde se dará cuenta de la programación del curso y en el que

estarán a disposición del alumno la mayoría de los materiales de trabajo. En él se pondrán las calificaciones y todos los avisos relacionados con el desarrollo del curso.

Todos los alumnos deberán disponer de su clave de acceso y utilizar asiduamente este recurso. Asimismo los alumnos deberán asegurarse de que su foto aparece en el campus virtual.

PROGRAMA*
Grado en Derecho
Introducción y Teoría jurídica del delito

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y FINES DEL DERECHO PENAL, LÍMITES AL IUS PUNIENDI Y APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

Lección 1ª. CONCEPTO Y FINES DEL DERECHO PENAL

1. Concepto de Derecho penal
2. El Derecho penal en sentido objetivo (conjunto de normas) y el Derecho penal en sentido subjetivo (ejercicio del *ius puniendi*)
3. Relación del Derecho penal con otras ramas del Ordenamiento jurídico. Disciplinas penales
4. Fines del Derecho penal y fines de la pena. Teorías acerca de los fines de la pena:
 - a. Teorías retributivas
 - b. Teorías de la prevención:
 - I. Prevención especial
 - II. Prevención general intimidatoria o negativa y prevención general positiva o de integración
 - c. Teorías de la unión o mixtas
5. Justicia restaurativa y mediación penal

Lección 2ª. LÍMITES AL IUS PUNIENDI.

1. Principios limitadores y legitimadores del *ius puniendi*. Introducción
2. Principio de legalidad
 - a. Regulación positiva del principio de legalidad. Garantías
 - b. Reserva de ley. ¿Ley orgánica o ley ordinaria? Leyes penales en blanco y reserva de ley
 - c. *Lex praevia*. La ley penal en el tiempo. Irretroactividad de las leyes penales y retroactividad de las leyes penales favorables. El momento de comisión del delito. *Vacatio legis*. Leyes penales temporales y leyes intermedias
 - d. Principio de taxatividad. La interpretación de las leyes penales. La interpretación literal o gramatical. La analogía *in malam partem* y la analogía *in bonam partem*. Otros métodos de interpretación: sistemática, teleológica e histórica. Leyes penales en blanco y exigencia de *lex certa*
3. Otros principios o límites del Derecho penal: principio de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de intervención mínima, principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad, principio de humanidad de las penas, principio de reeducación y reinserción social

* El presente programa muestra los contenidos de la asignatura y no coincide exactamente con las cuestiones abordadas en las diferentes lecciones.

4. El principio *non bis in idem*
5. El concurso de normas o de leyes
 - a. Concepto y su relación con el *non bis in idem*
 - b. Principios de solución del concurso de normas:
 - i. Principio de especialidad
 - ii. Principio de subsidiariedad
 - iii. Principio de consunción
 - iv. Principio de alternatividad

Lección 3ª. LA APLICACIÓN LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

1. Principios determinantes de la aplicación de la ley penal española
 - a. Principio de territorialidad. Concepto de territorio
 - b. Principio de personalidad activa
 - c. Principio de interés nacional o de defensa
 - d. Principio de justicia universal
2. La extradición: extradición activa y extradición pasiva. La Orden Europea de Detención y Entrega (*Euroorden*)
3. Derecho Penal Internacional. La Corte Penal Internacional

SEGUNDA PARTE:

LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

Lección 4ª. LA TEORÍA JURIDICA DEL DELITO

1. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad: una primera aproximación a estas categorías
2. Clasificación de los delitos
3. La tipicidad: significado, elementos y estructuras típicas básicas

Lección 5ª. EL COMPORTAMIENTO HUMANO

1. El comportamiento humano. Significado de esta exigencia
2. Causas de exclusión del comportamiento humano: fuerza irresistible, actos reflejos y estados de inconsciencia
3. *Actio libera in causa*

Lección 6ª. RELACIÓN DE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. Introducción: relación de causalidad e imputación objetiva
2. Primer nivel de imputación objetiva: creación de un riesgo típicamente relevante
 - a. La creación de un riesgo penalmente relevante que sobrepase las fronteras del riesgo permitido como requisito del desvalor de la acción
 - b. La adecuación *ex ante* como criterio de determinación del riesgo relevante
 - c. El riesgo permitido
3. Segundo nivel: realización del riesgo en el resultado
 - a. Causalidad y realización la realización del riesgo penalmente relevante, como requisito para la responsabilidad por consumación
 - b. Relación de causalidad: teoría de la equivalencia de las condiciones
 - c. Realización del riesgo en el resultado: criterios. Especial consideración del criterio del fin de protección de la norma

Lección 7ª. EL DOLO

1. Introducción: tipo subjetivo
2. Concepto y contenido del dolo. Importancia de su ubicación sistemática
3. Clases de dolo
 - a. Directo de primer grado
 - b. Directo de segundo grado
 - c. Dolo eventual. Relevancia de la distinción entre dolo eventual y culpa consciente: Teoría del consentimiento, teoría de la probabilidad y otras teorías

Lección 8ª. EL ERROR DE TIPO

1. Ausencia de dolo: error de tipo. Concepto y su diferencia con el error de prohibición
2. La regulación en el art. 14 CP: clases de error (error sobre elementos esenciales y accidentales, vencibilidad e invencibilidad del error) y sus consecuencias
3. Modalidades particulares de error: *error in persona*, error en el golpe y error en el curso causal. Los supuestos de “*dolus generalis*”
4. Otros elementos subjetivos del tipo

Lección 9ª. LA IMPRUDENCIA

1. La imprudencia. Concepto. Clases: consciente e inconsciente, grave y leve. La regulación de la imprudencia en el Código Penal
2. La estructura del tipo imprudente:
 - a. Tipo objetivo: comportamiento humano (remisión). Causalidad e imputación objetiva (remisión y alguna precisión específica respecto a la imprudencia). Preterintencionalidad. La lesión del deber objetivo de cuidado
 - b. Tipo subjetivo: imprudencia consciente e inconsciente

Lección 10ª. LA OMISIÓN. COMISIÓN POR OMISIÓN

1. La omisión con relevancia penal: omisión pura y comisión por omisión
2. La comisión por omisión. Regulación en el Código penal
3. Tipicidad del delito en comisión por omisión. Tipo objetivo
 - a. Posición de garante
 - i. Ley y contrato
 - ii. Injerencia o hacer precedente
 - b. Causalidad e imputación objetiva. Especial consideración de la teoría de la “desestabilización de un foco de peligro”
4. Tipo subjetivo: dolo e imprudencia
5. Distinción entre acción y omisión en casos límites
6. El hacer precedente o injerencia como fuente de la posición de garante. Ámbito de aplicación del art. 11 b) y su difícil delimitación con el art. 195.3 CP

Lección 11ª. ITER CRIMINIS

1. Fases de realización del delito: primera aproximación
2. Fundamento y técnica del castigo de los actos preparatorios y de la tentativa
3. Los actos preparatorios punibles
 - a. Cuestiones generales
 - b. La conspiración, la proposición y la proposición para delinquir
4. La tentativa: principios rectores

5. Elementos del tipo en la tentativa
6. El comienzo de ejecución: la delimitación de la tentativa frente a los actos preparatorios
7. Especial consideración de la denominada “tentativa inidónea”
8. El desistimiento
 - a. Evitación del resultado
 - b. Voluntariedad
 - c. El desistimiento en la participación delictiva

Lección 12ª. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. La autoría:
 - a. Autor en sentido estricto: diferentes teorías
 - b. Coautoría
 - c. Autoría mediata
2. La participación:
 - a. Fundamento del castigo de la participación y principio de accesoriedad
 - b. Inducción
 - c. Cooperación necesaria y complicidad
3. Breve referencia al encubrimiento
4. Autoría y participación en los delitos imprudentes
5. Autoría y participación en los delitos cometidos por medio de imprenta u otros medios de difusión mecánicos
6. Las personas jurídicas como sujetos activos del delito: especialidades de la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas prevista en el art. 31 bis CP:
 - a. Rasgos generales del modelo
 - b. Vías de imputación: delito cometido por el administrador o representante y delito cometido por empleado

Lección 13ª. ANTIJURIDICIDAD. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. LA LEGÍTIMA DEFENSA

1. Consideraciones generales sobre la antijuridicidad y su ausencia
 - a. Concepto de causas de justificación
 - b. Causas de justificación en el ordenamiento penal español
 - c. Fundamento de las causas de justificación
 - d. Efectos y límites de las causas de justificación
 - e. Elementos de las causas de justificación y ausencia de los mismos
 - f. Ausencia de los elementos objetivos de la causa de justificación. La eximente incompleta
 - g. Parte objetiva y parte subjetiva de las causas de justificación. Falta de concordancia
2. La legítima defensa:
 - a. Fundamento. La polémica sobre las restricciones ético-sociales
 - b. Requisitos:
 - i. Agresión ilegítima: La agresión: el objeto de la agresión, la ilegitimidad de la agresión, la actualidad de la agresión, el problema de la riña
 - ii. La necesidad racional
 - iii. La falta de provocación suficiente
 - c. El conocimiento de la situación de defensa. La legítima defensa putativa
 - d. La legítima defensa incompleta

Lección 14ª. EL ESTADO DE NECESIDAD

1. Concepto, fundamento y clases
2. Requisitos:
 - a. El estado de necesidad: Peligro de un mal propio o ajeno. Necesidad de lesionar un bien jurídico de otra persona o de infringir un deber
 - b. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar
 - c. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto
 - d. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse
 - e. El elemento subjetivo

Lección 15ª. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO. EL CONSENTIMIENTO

1. Cumplimiento legítimo de un deber y ejercicio de un derecho, oficio o cargo
 - a. Rasgos generales de la eximente contemplada en el art. 20.7º CP
 - b. Requisitos. Esbozo de los requisitos genéricos
 - i. Fuentes del deber o el derecho
 - ii. Legitimidad
 - iii. Necesidad y proporcionalidad
 - iv. Elemento subjetivo
 - c. Supuestos
 - i. Especial consideración del uso de fuerza y armas de fuego por la autoridad y sus agentes
 - ii. Excurso: la obediencia debida
2. El consentimiento
 - a. La polémica sobre su fundamento excluyente de la antijuridicidad
 - b. Los presuntos límites para bienes indisponibles
 - c. Presupuestos y requisitos para la validez del consentimiento

Lección 16ª. LA CULPABILIDAD

1. Precisiones terminológicas: culpabilidad, atribuibilidad, imputación personal y motivabilidad
2. Evolución histórico-dogmática de la categoría de la culpabilidad
3. El fundamento material de la imputación personal:
 - a. La doctrina de la libertad de voluntad
 - b. La idea de la necesidad de pena
 - c. La posibilidad de motivación normativa como condición de la infracción de una norma de determinación
 - d. La anormalidad motivacional como fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal
4. Elementos de la culpabilidad: inimputabilidad, error de prohibición y no exigibilidad

Lección 17ª. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

1. La inimputabilidad: concepto y régimen general en el CP
2. La anomalía o alteración psíquica no transitoria:
 - a. El presupuesto psiquiátrico
 - b. El efecto de inimputabilidad
 - c. Las medidas de seguridad
3. El trastorno mental transitorio:

- a. El efecto psicológico del trastorno mental transitorio
 - b. El estado de intoxicación penal y su delimitación del síndrome de abstinencia y la grave adicción
 - c. La *actio y omissio libera in causa* y sus consecuencias jurídicas
 - d. Medidas de seguridad
4. Alteraciones en la percepción: supuestos e incidencia sobre la capacidad de motivación
 5. La minoría de edad penal:
 - a. La responsabilidad penal de los menores. Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor
 - b. Ámbito de aplicación: menores de catorce años, mayores de catorce y menores de dieciocho y mayores de dieciocho y menores de veintiún años

Lección 18ª. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

1. Planteamiento
2. Naturaleza y tratamiento dogmático
3. El error de prohibición en nuestro ordenamiento jurídico

Lección 19ª LA "NO EXIGIBILIDAD" Y EL MIEDO INSUPERABLE

1. "No exigibilidad" y causas de exculpación
2. El miedo insuperable:
 - a. Su significado y fundamento
 - b. Requisitos: miedo, insuperabilidad y mal

Lección 20ª. LA PUNIBILIDAD

1. Teoría general. Las funciones de la punibilidad y su significación en la Teoría Jurídica del delito
2. Las condiciones objetivas de punibilidad. Sus diferencias con las condiciones objetivas de procedibilidad
3. Las excusas absolutorias
4. Las inviolabilidades, inmunidades y exenciones

Lección 21ª. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1. Consideraciones generales
 - a. Fundamento modificativo
 - b. Catálogo
 - c. Efectos
 - d. Naturaleza y comunicabilidad
 - e. Circunstancias modificativas y *non bis in idem*
2. Las circunstancias atenuantes
 - a. Eximente incompleta
 - b. Grave adicción al alcohol o a las drogas
 - c. Estados pasionales
 - d. Confesión
 - e. Reparación del daño
 - f. Dilaciones indebidas
 - g. Atenuante analógica
 - h. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas
3. Circunstancias agravantes:
 - a. La alevosía

- b. Circunstancias debilitadoras de la defensa o facilitadoras de la impunidad.
 - c. Precio, recompensa o promesa
 - d. Motivos discriminatorios
 - e. Ensañamiento
 - f. Abuso de confianza
 - g. Prevalimiento de la función pública
 - h. Reincidencia
4. La circunstancia mixta de parentesco

Lección 23ª: EL CONCURSO DE DELITOS. UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHOS Y CONCURSO DE NORMAS

1. Concurso de normas versus concurso de delitos (remisión). Principio de *non bis in idem* y principio de íntegra desvaloración del hecho
2. Concurso de delitos
 - a. Concurso real versus concurso ideal: Determinación de la existencia de uno o varios “hechos”
 - b. Concurso ideal. Consecuencias penológicas
 - c. El concurso real de delitos: acumulación material y acumulación jurídica.
 - d. Delito continuado. Requisitos. Consecuencias penológicas
 - e. Concurso medial. Relación de necesidad entre el delito instrumental y el final. Consecuencias penológicas

PAUTAS PARA LA RESOLUCIÓN DE CASOS Derecho penal. Parte General

A continuación se van a enumerar algunos consejos que, de forma general, pueden servir de ayuda para la resolución de casos prácticos de Derecho penal. No se trata de ofrecer una plantilla que se aplique de manera automática a cualquier supuesto de hecho e instantáneamente éste quede resuelto. Se trata únicamente de criterios que conducen a facilitar la resolución de los supuestos prácticos.

Requisito previo e ineludible:

Para enfrentarnos a la resolución de un caso práctico con éxito, es siempre imprescindible que dispongamos de los CONOCIMIENTOS TEÓRICOS relacionados con la materia.

Recomendaciones:

1.- Lectura atenta del caso práctico.

Es fundamental comprender de manera correcta los hechos que se han de valorar. Es preferible leer detenidamente el caso varias veces antes de enfrentarse a su resolución y no darnos cuenta, una vez iniciada la redacción, de que no hemos entendido algo que creíamos haber comprendido correctamente.

2.- Identificación de los problemas penalmente relevantes.

Partiendo de que el alumno tiene la base teórica adecuada, a continuación habrá que identificar y determinar qué elementos pueden ser relevantes desde el punto de vista jurídico penal, puesto que no todos los detalles de la descripción de hechos probados tienen por qué ser útiles para el análisis penal.

Suele ser habitual que en los primeros casos que se proporcionen al alumno se plantee sólo una cuestión problemática y, a medida que se avance en el estudio de la asignatura, los supuestos de hecho sean cada vez más complejos, siendo necesario analizar varios aspectos. Por ello, es conveniente realizar una prelación dentro de los problemas que plantee el supuesto, determinando el grado de importancia que cada una posee. Esto será importante de cara a la plasmación escrita de la resolución.

3.- Elaboración de un breve gui3n.

Antes de lanzarse a escribir, conviene elaborar un breve esquema o gui3n en el que se ordenen las ideas que se van a desarrollar, tanto en relaci3n con los problemas identificados, como con su posible soluci3n.

4.- Criterios formales.

Una vez que tenemos claro el caso, los problemas que plantea y la soluci3n te3rica que queremos aplicar, hemos de pasar a la redacci3n de nuestra resoluci3n. Para ello es imprescindible atender las siguientes normas:

- No ha de repetirse el texto del supuesto de hecho. La soluci3n de un caso pr3ctico no depende de cu3nto papel y espacio invirtamos en ella, as3 pues, copiar el supuesto de hecho no hace sino entorpecer la lectura y ocupar un espacio que debe dedicarse a la resoluci3n. Tampoco es necesario transcribir literalmente el texto de las normas legales a las que se haga referencia, si bien s3 es necesaria la cita de los preceptos en los que se sustenta la soluci3n propuesta.
- Es conveniente que en la resoluci3n del supuesto se vaya siempre de m3s a menos. Es decir, tratar siempre en primer lugar el tema nuclear del supuesto, dejando para el final las cuestiones que puedan resultar problem3ticas pero que tengan car3cter secundario. Es una muestra de conocimiento de la asignatura el “buen reparto” del espacio y la atenci3n que se dedica a cada uno de los problemas
- Es necesario utilizar terminolog3a jur3dica. Los conceptos jur3dicos que se utilizar3n en la resoluci3n de los supuestos pr3cticos rara vez disponen de sin3nimos en el lenguaje com3n.
- No deben usarse abreviaturas, excepto aqu3llas com3nmente admitidas (CP, art., L.O., etc.)
- Redactar de forma clara y sencilla. La buena presentaci3n del escrito contribuye a la valoraci3n positiva del mismo.

5.- Uso de los conocimientos te3ricos.

Aunque no se trata de convertir el caso pr3ctico en una pregunta te3rica, en su resoluci3n han de utilizarse los conocimientos te3ricos sobre los problemas suscitados. No est3 de m3s introducir definiciones, l3neas jurisprudenciales, posiciones doctrinales, etc. para contextualizar el problema y acompa1ar la justificaci3n de la soluci3n propuesta. De esta manera, se podr3 valorar en la calificaci3n del caso no s3lo la correcci3n de la soluci3n final, sino tambi3n los conocimientos te3ricos plasmados al hilo de la argumentaci3n y la capacidad de aplicarlos al supuesto de hecho. En ning3n caso el alumno debe limitarse a enunciar la soluci3n a su juicio correcta, sin que baste una argumentaci3n “visceral” ayuna de razonamientos jur3dicos.

6.- Posicionamiento.

Muchas veces los supuestos de hecho no presentan una solución unívoca, sino que es posible defender dos o más opciones, derivadas de la posible aplicación de dos o más argumentos teóricos distintos. Ello exigirá que el alumno, tras exponer esta “confrontación teórica”, deba optar por una solución, justificando siempre su respuesta.

LECCIONES

Lección 1ª

CONCEPTO Y FINES DEL DERECHO PENAL

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Aproximación al concepto de Derecho penal de legalidad
 - 2. El derecho penal en sentido objetivo y subjetivo
 - 3. Algunas precisiones:
 - a. Relaciones entre el Derecho penal y otras ramas del ordenamiento jurídico
 - b. Disciplinas penales
 - 4. Fines del Derecho penal y fines de la pena
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Disciplinas penales: identificación de diferentes formas de abordar el fenómeno criminal.
 - 2. Fines del Derecho penal y fines de la pena.
 - a. Supuesto para el debate
 - b. lectura comprensiva
- IV. PROFUNDIZANDO EN ALGUNAS CUESTIONES
 - 1. Justicia restaurativa y mediación. Un tema para la reflexión

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Los presentes materiales docentes no son unos apuntes, sino una guía para aproximarse al tema inaugural de la asignatura, donde se aborda la cuestión del concepto y los fines del Derecho penal. El alumno deberá preparar el tema y realizar los ejercicios propuestos en estas páginas con la ayuda del material bibliográfico al uso.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

1. Aproximación al concepto de derecho penal

- 1. Dado que el Derecho penal es un instrumento del que dispone el Estado en principio fácil de identificar por los ciudadanos, realiza una primera

aproximación a su concepto proponiendo una definición del mismo. ¿Qué elementos caracterizan, a tu juicio, esta rama del Derecho?

La realidad social en la que se desenvuelve el ser humano está sometida a una serie de normas. Dichas normas vienen determinadas por diversos medios de control social que establecen qué comportamientos deben o no admitirse en la sociedad. Las siguientes instituciones son medios de control social que influyen en la escala de valores que tiene un individuo.

2. Intenta completar la lista añadiendo algún otro medio.
 - a. Familia
 - b. Medios de comunicación
 - c. Escuela
 - d. Derecho penal
 - e. Redes sociales
 - f. Derecho administrativo
 - g. Diferentes Iglesias o confesiones religiosas

De todos los incluidos en esta lista, algunos de los medios se encuentran formalizados, mientras que otros no están sometidos a dicha formalización.

3. Determina cuáles pueden calificarse como medios de control social formal y cuáles no.
4. Entre todos los medios expuestos, ¿qué diferencias encuentras a la hora de influir en el ciudadano?, ¿cuáles consideras más determinantes a la hora de influirán al ciudadano?

La relación entre estos medios de control social evoluciona al igual que lo hace la propia sociedad, por lo que medios, y con ellos los valores que propugnan, en los que en ciertos momentos históricos se basó el Derecho penal para fijar los comportamientos socialmente indeseables no son determinantes en la actualidad. Las conductas que se prohíben y los intereses que se protegen evolucionan en función de cómo lo hace el modelo de sociedad.

5. Determina entre las siguientes conductas cuáles consideras que se encuentran reguladas actualmente en el Código penal y debido a qué motivos:
 - a. "El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causase cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro.
Si les produjere lesiones de otra clase, quedará exento de pena.
Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna."
 - b. "Para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y raptó, bastará denuncia de la persona agraviada, o del cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho, por este orden. (...)
En los delitos mencionados en el párrafo primero de este artículo, el perdón expreso o presunto del ofendido, capaz legalmente, extingue la

acción penal o la pena impuesta en ejecución. El perdón no se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor”.

- c. “El que para uso propio posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años”.
- d. “Serán castigados con la pena de arresto menor (...)
 - 4º: Los cónyuges que escandalizasen en sus disensiones domésticas, después de haber sido amonestados por la Autoridad, si el hecho no estuviera comprendido en el Libro II de este Código.
 - 5º: Los hijos de familia que faltaren al respeto y sumisión debida a los padres”.
- e. “El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años”.

2. El Derecho penal en sentido objetivo y en sentido subjetivo

Hemos visto ya que el Derecho penal es uno de los medios de control social que determinan y establecen los comportamientos sociales indeseables. Puesto que es un medio de control formalizado, está constituido por **normas** que establecen unas conductas que se encuentran prohibidas y a cuya causación le corresponde una sanción. Así, definido desde un punto de vista objetivo, el Derecho penal es un conjunto de normas que regulan el poder punitivo del Estado y definen delitos para los cuales se establecen penas y medidas de seguridad con el fin de proteger bienes jurídicos. A este concepto estático y formal se alude también con la expresión latina *lus poenale*.

- 6. Repasa los elementos de la definición de Derecho penal en sentido objetivo (norma jurídica, delito, pena, medida de seguridad) e intenta definirlos a su vez.

Por otro lado, el Derecho penal es la **potestad** que detenta el Estado de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores de las normas penales que las establecen. Esta definición se correspondería con el Derecho penal en sentido subjetivo. A este concepto dinámico y material se alude también con la expresión latina *lus puniendi*.

- 7. Intenta contestar a las siguientes preguntas relacionadas con el concepto de Derecho penal en un sentido subjetivo:
 - a. ¿Quién puede crear Derecho penal? ¿Quién puede aplicar Derecho penal?
 - b. ¿Cuándo debe recurrirse al Derecho penal?
 - c. ¿Qué se persigue con la imposición de una sanción penal?
 - d. ¿Dónde están los límites al ejercicio de la potestad penal?

3. Algunas precisiones

a. Relación entre el Derecho penal y otras ramas del ordenamiento jurídico

8. Los hechos que se describen a continuación tienen elementos en común, pero consecuencias jurídicas distintas. Describe cuales son las semejanzas y diferencias de estas dos conductas y de la respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico para ellas.
 - a. El sujeto A conduce por la autovía N-6 a una velocidad de 175 km por hora. Cuando es detenido por la Guardia Civil de tráfico, se le realiza la prueba de alcoholemia de la que se deduce un resultado positivo de 0.3 mg/l de aire espirado. Consultar el art. 379.2 CP.
 - b. El sujeto A conduce por la autovía N-6 a una velocidad de 192 km por hora. Cuando es detenido por la Guardia Civil de tráfico, se le realiza la prueba de alcoholemia de la que se deduce un resultado positivo de 0.75mg/l. Consultar el art. 379.2 CP.

El Derecho penal no es el único instrumento normativo de protección de la sociedad que utiliza el mecanismo de vincular a determinadas conductas (infracciones) consecuencias nocivas o indeseables (sanciones). Esa posibilidad está presente, por ejemplo, en Derecho civil, laboral, mercantil y, sobre todo, administrativo. Debido a que los contenidos (e incluso las denominaciones) son muy similares, en muchas ocasiones, se confunde el Derecho penal con otras ramas del ordenamiento jurídico, singularmente con el Derecho administrativo sancionador. La definición de las diferencias no es una cuestión pacífica en la doctrina, apelándose a consideraciones cuantitativas y formales (gravedad de las conductas y de las consecuencias jurídicas, naturaleza del órgano sancionado) o cualitativas (cualidad de las conductas penales de afectar a la subsistencia de la vida social y no la simple idoneidad para conseguir objetivos de política sectorial –administrativa, financiera, etc.-)

9. Intenta definir las siguientes parejas de conceptos, señalando sus afinidades y diferencias:
 - a. Derecho penal-Derecho (administrativo) sancionador
 - b. Pena-sanción administrativa

b. Disciplinas penales

Asimismo conviene distinguir desde el principio las distintas disciplinas penales, que suponen, a su vez, formas diversas de atender al fenómeno criminal. No se trata aquí de diferenciar entre sectores o ramas del ordenamiento jurídico, sino de comprender que el estudio relacionado con el Derecho penal en sentido amplio trasciende al estudio de las normas penales positivas y abarca cuestiones de sociología, estadística, política, economía, etc.

10. ¿De qué se ocupan y cómo se aproximan al fenómeno criminal las siguientes disciplinas?
 - a. Dogmática penal
 - b. Criminología
 - c. Política criminal

4. Fines del Derecho penal y fines de la pena

El fin del Derecho penal es la protección de la sociedad frente a las conductas que más gravemente atenten contra los intereses sociales. Ese fin de protección justifica el recurso a la pena, que puede definirse como un mal previsto legalmente que el juez impone al culpable de cometer un delito en un procedimiento público. En la medida en que las penas sirvan para lograr el fin de tutela, o lo que es lo mismo, sean necesarias, estarán justificadas.

Ese presupuesto debe guiar el debate sobre los fines de la pena, eso es, la discusión sobre por qué y para qué se pena. El debate se polariza habitualmente entre dos extremos. De un lado, las llamadas teorías absolutas, que entienden que la pena es un fin en sí mismo, se sanciona porque se ha delinquido (*punitur, quia peccatum est*). De otro lado, las llamadas teorías relativas, que entiende que la pena se justifica por satisfacer determinados fines, se sanciona para que no se delinca (*punitur, ne peccetur*). Por supuesto, se han formulado también teorías mixtas o de la unión, que integran los distintos fines de la pena. Sobre este debate, en el que debes profundizar, puedes encontrar abundante información en las obras bibliográficas generales.

11. A continuación se describen diversas reacciones ante el Derecho penal y el delito (1, 2...). Intenta asociar cada una de ellas con una de las teorías de la pena expuestas a continuación (I, II...) y con su denominación (a, b...):

1. El sujeto A, cuando tenía 19 años y en una época en la que gastaba mucho más de lo que ganaba en su trabajo de reponedor en un centro comercial, fue condenado por tráfico de sustancias estupefacientes, puesto que le detuvieron con la cantidad de 50 pastillas de éxtasis. Cumplió una condena de 3 años y desde entonces y a causa de la experiencia de privación de libertad no tiene ninguna intención de reincidir.
2. El sujeto B, consciente de que su trabajo como vigilante nocturno no le reporta todos los beneficios económicos que necesita para pagar la hipoteca de su piso, investiga formas alternativas de conseguir un sobresueldo. Un vecino, consciente de su desesperada situación, le comenta la posibilidad de transportar ciertas cantidades de droga desde su ciudad hasta los pueblos cercanos, donde la recogerían las personas encargadas de venderla. Tras pensárselo mucho, el sujeto B no acepta el trabajo, puesto que tiene miedo de hacer algo ilegal y acabar en la cárcel.
3. El sujeto C considera que para reprimir la criminalidad lo más efectivo sería aplicar la Ley del Talión y por tanto del "Ojo por ojo". De esta manera "quien la hace la paga".
4. El sujeto D tiene problemas económicos en sus empresas y su asesor fiscal le deja entrever la posibilidad de defraudar a la Hacienda pública a través de declaraciones fraudulentas del impuesto de sociedades y de fraudes a la Seguridad social. D ni siquiera toma en consideración la posibilidad, porque varios años antes unos socios suyos fueron condenados por esos mismos delitos y pudo constatar la situación tan horrible de desamparo que provocaron en todos los trabajadores de sus empresas.

- I. La pena es retribución del delito cometido y así la imposición de una pena al que ha cometido un delito debe ser entendida como una exigencia de Justicia.
- II. Debido a la amenaza de pena y a la intimidación que produce el cumplimiento de la misma, los miembros de la sociedad se abstienen de delinquir.
- III. La aplicación del Derecho penal sirve para que los ciudadanos interioricen la importancia de los bienes jurídicos que esas normas defienden.
- IV. Una vez que un sujeto ha delinquido, el cumplimiento de la pena evita que vuelva a hacerlo.
 - a. Prevención general negativa
 - b. Prevención especial
 - c. Retribución
 - d. Prevención general positiva

Sobre los fines de la pena no existe una definición expresa en la legislación vigente, pero sí diversos preceptos que dibujan un marco de definición de esos fines. En concreto, pueden mencionarse como bases constitucionales de ese marco lo previsto en los art. 25.2 (orientación a la reeducación y reinserción social), 15 (prohibición de las penas inhumanas o degradantes) y la propia definición del Estado como social y democrático de Derecho en el art. 1.1. Resulta también esencial lo dispuesto en el art. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

- **Art. 25.2 CE:** *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”*
- **Art. 1 L.O. General Penitenciaria:** *“Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penal y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados”.*

III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Disciplinas penales: identificación de diferentes formas de abordar el fenómeno criminal

1. Comenta los textos transcritos a continuación teniendo en cuenta los siguientes extremos:

- a. Perspectiva desde la que cada autor/texto se enfrenta al delito y a la criminalidad. Derecho penal, Política criminal y Criminología.
- b. Diferencias apreciables derivadas de ese distinto enfoque.
- c. Posibilidad o necesidad de complementación entre las distintas disciplinas.

TEXTO 1: GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo a la quinta edición”, *Código penal*, 17ª ed., Madrid, 2011, p. 46.

“Termino como empecé: Un Derecho penal progresista sólo puede –pero en estos casos: debe- intervenir para proteger de la imposición de comportamientos sexuales contra o sin el consentimiento de la víctima, o cuando se ejecutan sobre niñas o niños. Por ello, y en la medida en que se han cubierto lagunas legales en relación con la protección sexual de la infancia, la reciente reforma supone un avance frente a la regulación del Código penal de 1995”.

TEXTO 2: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Valencia, 2010, p.443.

“La inducción. Citada expresamente en el art. 28,a) es, en realidad, una típica forma de participación, aunque por su entidad cualitativa el legislador, a efectos de pena, la equipara a la autoría.

La inducción se caracteriza porque el inductor hace surgir en otra persona (inducido) la idea de cometer un delito; pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque, de lo contrario, el inductor sería verdadero autor mediato (algunas veces se plantean verdaderos casos límite con respecto a la inducción de menores, enfermos mentales, etc.

TEXTO 3: QUILES PARDO, “La prostitución de mujeres inmigrantes en Marbella”, en *Boletín Criminológico*, nº 95, Marzo 2007.

“La edad de estas mujeres se mueve mayoritariamente entre los 21 a los 29 años, como se puede observar en el gráfico 1. En relación al nivel de estudios cursados, la gran mayoría tiene un nivel básico (67.5%), un 21.7 % manifiesta haber cursado estudios secundarios o equivalentes y en torno al 9.6% aseguran haber cursado estudios universitarios. (...) El 33% de estas mujeres tienen hijos en edades comprendidas entre 2 y 8 años, conviviendo con ella o con su familia en su país de origen”.

2. Fines del Derecho penal y fines de la pena

a. Supuesto para el debate:

A lleva casada quince años con Z. Desde el inicio de su matrimonio la relación entre ambos comenzó a ser muy distinta a la que habían mantenido durante su noviazgo. Z no permitía que A saliera sola a la calle, le insistió en que dejara su trabajo y se ponía de muy mal humor cuando hablaba con algún otro sujeto. Estas circunstancias se habían agravado desde el nacimiento de su quinto y último hijo. Z mantenía una actitud muy violenta con respecto a su mujer, puesto que no solo la

hacía objeto de constantes burlas sobre su aspecto y situación (“Mira como te has quedado: pareces una vaca lechera que no para de tener hijos”), sino que se entretenía propinándole golpes en el abdomen y en las piernas, insistiéndole en que “era la única manera en que una vaca como ella pudiera tonificar su carne”. Dichas agresiones se producían prácticamente todos los días y a consecuencia de las mismas A había tenido que recibir asistencia médica varias veces. Sintiendo totalmente acorralada y desesperada y entendiendo que intentar un divorcio no serviría de nada puesto que su marido ya le había amenazado varias veces (“como intentes divorciarte te mato” o, “como se te ocurra irte de casa cojo a los niños y los paso a cuchillo”), aprovechó una cantidad de estricnina que tenía para usar como matarratas y se la puso en la comida, a resultas de lo cual, Z murió envenenado. A fue condenada por un delito de asesinato y condenada a 15 de años de prisión.

1. Analiza este supuesto desde las diversas teorías de los fines de la pena y argumenta sobre la imposición o no de pena en este caso conforme a cada una de ellas.
2. Tras ese repaso por cada una de las teorías sobre los fines de la pena, ¿consideras que A debe cumplir la pena? Contesta razonadamente.

b. Lectura comprensiva:

c.

Realiza una lectura atenta del siguiente texto en el que se detallan las funciones de la pena en el marco de un Estado social y democrático. A continuación, contesta a las siguientes cuestiones:

- a. Funciones de la pena relacionadas con el Estado social
- b. Funciones de la pena relacionadas con el Estado democrático
- c. Límites a las funciones de la pena derivados del carácter democrático del Estado

MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del Delito en el estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 29 y ss.

“El Derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos. Ello podría concretarse del modo siguiente:

1º El Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos- “bienes” no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático). Un tal Derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.

Se sigue de lo anterior que la Constitución conduce a un Derecho penal llamado a desempeñar, bajo ciertos límites de garantía para el ciudadano, una función de prevención general. Quiero subrayar que un Estado democrático ha de apoyar su Derecho penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención general no puede perseguirse a

través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad. La fuerza de convicción de un Derecho penal democrático se basa en el hecho de que sólo usa la intimidación de la pena en la medida en que con ella afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las minorías. Un Derecho penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo. Dos son, pues, los aspectos que debe adoptar la prevención general en el Derecho penal de un estado social y democrático de Derecho: junto al aspecto de prevención intimidatoria (también llamada prevención general especial o negativa), debe concurrir el aspecto de una prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general o positiva)

(...)

3º El planteamiento democrático no sólo debe servir a la mayoría, sino también respetar y atender a toda minoría y todo ciudadano, en la medida en que ellos sea compatible con la paz social. Desde esta perspectiva el Derecho penal no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal. Lo primero impide la imposición de penas incompatibles con la sensibilidad de nuestro momento histórico: torturas, muerte... Lo segundo obliga a ofrecer al condenado posibilidades para su resocialización y reinserción social. Ello debe reflejarse, en primer lugar, en el momento judicial de la determinación de la pena: ha de impedir así la imposición de ésta o de su cumplimiento cuando, no resultando absolutamente necesaria para la protección de la sociedad, aparezca como innecesaria o contraindicada en orden a la resocialización. En segundo lugar, es precisa una concepción democrática de la ejecución de las penas que se base en la participación del sujeto en ellas y no persiga la imposición de un determinado sistema de valores, sino solo ampliar las posibilidades de elección del condenado”.

IV. PROFUNDIZANDO EN ALGUNAS CUESTIONES

1. Justicia restaurativa y mediación. Un tema para la reflexión

Tras una lectura de los textos transcritos a continuación y de la información que puedas encontrar al respecto, contesta razonadamente a las siguientes cuestiones (30’):

- a. ¿En qué consiste la mediación penal?
- b. Señala cuatro ventajas y cuatro desventajas de la mediación penal.
- c. ¿Qué valoración te merece este modelo?
- d. ¿Crees que la mediación penal puede utilizarse en todo tipo de delitos o sólo en algunos?
- e. ¿Crees que la eficacia preventivo general de las normas penales puede verse mermada por la posibilidad de que el acuerdo entre víctima y autor sea tenido en cuenta en la determinación de la responsabilidad penal?

“La mediación penal es una manifestación de lo que se conoce como **justicia restaurativa**, un movimiento social, una filosofía que recoge inquietudes muy diversas y que tiene que ver con la forma en que las sociedades reaccionan frente al delito, con cómo

abordan la resolución de los conflictos, en concreto, por lo que aquí interesa, los conflictos de naturaleza penal; se trataría, pues, de una especie de programa político-criminal. Es un movimiento amplio y extendido y quizá por ello carente de una definición que señale con certeza las notas pertenecientes a su esencia. Se habla reparación del daño, de “empoderamiento” de las partes, de evitación de los devastadores efectos de la prisión, de la integración del autor y de la atención a la víctima, aunque a mi juicio si una hubiera que destacar una nota, destacaría el promover el **diálogo** como herramienta para la resolución de conflictos.

Se habla de mediación penal para referirse al **encuentro entre víctima y autor del delito**, que tiene lugar con el fin de que ambas partes, a través del diálogo, lleguen a un **acuerdo sobre cómo reparar el daño inferido y resolver el conflicto**. Dicho encuentro es conducido por una persona imparcial: el mediador. Concretando más el modelo, ese encuentro se insertaría en alguna de las fases del proceso penal –bien sea en fase de instrucción, de enjuiciamiento o ya en fase de ejecución de la sentencia condenatoria-, pudiendo ser tenido en cuenta el acuerdo entre las partes en la determinación de la responsabilidad penal.

Respecto a este modelo devienen infundadas las críticas que desde perspectivas fundamentalmente teóricas se dirigen a la mediación penal por promover una “privatización de la justicia”, pues, como puede apreciarse, la mediación sobre la que especialmente versa este artículo y que es la que en nuestro país se está practicando mayoritariamente, no se plantea como un sistema alternativo, sino que **se inserta en sistema penal**, en los diferentes momentos del proceso, como una positiva herramienta para una respuesta más adecuada al delito, en cuya práctica han de ser respetados una serie de principios propios –voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, etc.- y también principios del sistema penal –presunción de inocencia, legalidad, etc.-, de los cuales el mediador y el juez se convierten en garantes. Ha de tenerse presente también que el acuerdo de las partes no necesariamente sustituye a la sanción penal. Habrá supuestos en que la forma de resolución propuesta por las partes pueda considerarse suficiente sin que ello suponga una merma de la eficacia preventiva de las normas, como por ejemplo en las faltas, y otros supuestos en los que la reparación deberá convivir con la sanción penal clásica.

El aceptar que en muchos casos la pena es una “amarga necesidad” no puede traducirse en resignación con el dolor frecuentemente innecesario y excesivo. Sabemos que ni todas las víctimas son iguales, ni todos los infractores, ni, por supuesto, son iguales todos los delitos y que no en todos los casos será posible la aplicación de instrumentos restaurativos. Pero mientras el delito sea un problema que concierne a seres humanos no puede negarse a priori un espacio para la reparación, para la integración, para conocer, para el diálogo... Su articulación no es fácil, pero frente a la irracionalidad del discurso punitivo, frente a la huida hacia el Derecho penal, queremos transitar caminos más esperanzadores y constructivos.”

“Acerca de la mediación penal” (Margarita Martínez Escamilla)

“Estaba de guardia de procedimiento abreviado un sábado en la zona noroeste de Madrid, cuando recibí una llamada del Colegio de Abogados. Me indicaban que tenía que acudir a la comandancia de la Guardia Civil de Collado Villalba para asistir a un detenido por un presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar. Cuando llegué me pasaron directamente a la oficina donde estaba el Instructor del Atestado preparado para tomar declaración al detenido. Mandó a un compañero que le subieran de los calabozos. Miré al

pasillo para ver el aspecto del que iba a ser “mi defendido” y vi un chaval muy joven y asustado. Tenía 18 años recién cumplidos. Le leyerón sus derechos y optó por declarar. Se había peleado con su hermano de 16 años y en el transcurso de la discusión le había hecho una brecha que precisó para su curación varios puntos. Su hermano y sus padres no le habían denunciado, pero los servicios de salud, dada su obligación legal, sí. De ahí que se buscara al autor de los hechos y se le detuviese.

El muchacho narró lo ocurrido con espontaneidad y pormenorizadamente, sin saber que con cada detalle empeoraba su situación. Cuando por fin nos dejaron solos le expliqué lo que iba a suceder según se fuesen desarrollando los acontecimientos. Traté de convencerle de que había que aclarar al Juez varios aspectos de su declaración, pero él no quería disfrazar la verdad ni modificar nada. No entendía que hubiese cometido un delito ni alcanzaba a aventurar sus consecuencias. Confiaba en que los jueces entenderían todo y finalmente todo quedaría cómo una anécdota divertida en su vida. Al fin y al cabo, decía: “pero si en este país, no te pasa nada por matar, ni robar, mira como todos los días sale en las noticias que han dejado libre a no sé quién, así que lo que me dices que va a pasar, es imposible”.

De momento, y para su sorpresa, le volvieron a llevar al calabozo hasta el día siguiente en que pasaba a disposición judicial ante el Juzgado de Guardia. Cuando llegué allí estaban en la puerta un señor, una señora y chico de unos 15 años. La señora lloraba y el señor parecía estar desesperado. Se dirigieron a mí y me preguntaron si era la abogada de su hijo. Les dije que sí. La madre, amargamente, me contó que su hijo no estudiaba ni trabajaba, que estaba muy perdido, que fumaba muchos porros y que siempre estaba triste. Que no sabían qué hacer con él. Que su marido tenía una enfermedad que no le permitía trabajar y que ella, tenía que “echar muchas horas” limpiando en casas para poder salir adelante, porque la pensión de incapacidad de su marido era muy baja. Me contó que su hijo, a veces, era muy impulsivo y violento pero que nunca les había pegado, y que aunque con su hermano discutía a menudo, era un buen chico. En el Juzgado nadie les informaba de nada y cuando lo hicieron no entendieron lo que les decían. “Nos han ofrecido unas acciones” me decía. La oficial que tramitaba el asunto estaba muy nerviosa, llevaba varias cosas a la vez y nos pedía de malas maneras la documentación. No había sitio para estar sentado, ni para dejar los abrigos, ni el paraguas, ni para sentarse a tomar notas. Yo necesitaba ver el expediente y, sin embargo, no había manera. Primero lo tenía el fiscal, luego la Juez, y finalmente cuando me lo dieron, me dijeron: “Venga, míralo rápido que ya entramos; ya lo fotocopiarás luego, o cuando te lo dé el procurador, ahora para qué lo quieres”. Y así entré, primero con el hermano lesionado, el cual lucía una llamativa brecha, llena de puntos cerca de la frente, al despacho de la Juez. El menor, acompañado de su madre y la abogada de oficio que le había correspondido como víctima de malos tratos en el ámbito familiar, contó lo sucedido y a las preguntas del Ministerio Fiscal respondió que cuando se peleaba con su hermano le tenía mucho miedo. Cuando tuve el turno y pregunté cuál había sido el origen de la discusión, me dijo la Juez, que para qué preguntaba eso, que eso no tenía importancia, aunque le permitió contestar: “Había cogido a mi hermano unas botas de fútbol de cuando él jugaba hacía menos de un año, para ir yo a jugar con unos amigos, y cuando me vio volver con ellas, se enfadó, y me dijo que me las quitase, le dije que no, e intentó quitármelas y ...”. “Ya está bien”, dijo la Juez, “no siga, no hace falta que nos cuente todo eso, escriba (le dijo a la funcionaria que levantaba el acta) que el motivo de la discusión fue por unas botas de fútbol que el denunciante llevaba puestas”. Dijo “el denunciante”, y sin embargo, éste nunca había denunciado a su hermano, no fue él quien activó el funcionamiento del sistema penal, pero la Juez lo daba por hecho sin caer en la cuenta de lo que implicaba esa terminología de “el denunciante” para su hermano. Luego entró el detenido. Volvió a declarar lo mismo que ante la Guardia Civil, aunque añadió que

se peleaban muchas veces y que otras veces él había tenido moratones y heridas, pero que eran peleas de hermanos. A mis preguntas contestó que no tenía intención de herir a su hermano, y que se arrepentía de lo que había sucedido y que le gustaría haberlo resuelto de otra manera. Sobre el motivo, cuando iba a revelar el porqué no quería dejarle a su hermano unas botas que ya no usaba, la Juez rechazó la pregunta, a pesar de mi protesta. Decía que estaba fuera de lugar. Tras la vista se resolvió sobre la eventual orden de alejamiento –que el hermano de mi defendido no había solicitado- decretando que mi defendido, al que dejaban en libertad provisional con la obligación de comparecer los días 1 y 15 de cada mes, tenía prohibido acercarse a su hermano a una distancia inferior a 500 metros y comunicarse con él por cualquier medio. Así pues, tuvo que abandonar, con 18 años, sin trabajo, ni dinero, su casa. No podía creer que esto le estuviese sucediendo y empezó a pensar que hasta su propia familia le estaba dando la espalda. No podía acercarse a su hermano, ni a su domicilio a menos de 500 metros. Pero ¿dónde podía ir? Su familia no tenía dinero para pagar un hotel o un alquiler, y tampoco tenían familia extensa cerca. Y así, el joven, tuvo que “buscarse la vida”, y el odio a sus padres y hermano empezó a crecer. Le parecía increíble que si su hermano no le había denunciado, el Juez le impidiese acercarse a él o telefonarle. Ni siquiera podía ir a su casa, salvo para recoger sus cosas acompañado de la Guardia Civil.

La abogada de la acusación particular estaba satisfecha. Calificaba a mi defendido de violento. Quería a toda costa llegar hasta el final del asunto, es decir, hasta la celebración del juicio oral, pues si se archivaba entonces no cobraría más que el día de guardia. La tramitación del asunto, pues, le suponía más dinero.

La instrucción de la causa siguió su acostumbrado ritmo lento y un año y medio más tarde se señaló la celebración del juicio. El fiscal interesó para el acusado 2 años de prisión más las accesorias legales y la prohibición de acercamiento y comunicación con su hermano durante dos años. Yo solicité la libre absolución. Durante ese tiempo mi defendido había estado viviendo en algunas casas de amigos, había hecho nuevas y nada recomendables amistades y, sobre todo, había perdido la confianza en su familia y en sí mismo. Mostraba un gesto airado, estaba muy delgado, y en su mirada había odio. Al principio sí mantuvo la relación con su madre, que le daba algo de dinero y comida, pero con el tiempo, se fue alejando incluso de ella.

El día del juicio, los hermanos se encontraron de frente en los pasillos del edificio que alberga los juzgados de lo penal. La abogada de la acusación todavía no había llegado y el hermano agredido estaba solo. Yo estaba con el acusado. Se miraron e inmediatamente el hermano pequeño se acercó a nosotros. Me retiré para que pudiesen hablar. No lo hicieron; sólo se abrazaron. El pequeño le reiteraba y juraba que él no quería nada de esto; que había tratado de retirar la orden, que todo esto “era una mierda”; que no se había puesto en contacto con él porque le dijeron que le podía perjudicar todavía más, pues le acusarían esta vez de quebrantar la orden de alejamiento y a él mismo de cooperar en el quebrantamiento. Me preguntaron qué podían hacer. Les aconsejé a los dos que no declarasen: que el hermano pequeño le dijese al Juez que se acogía a la dispensa que establece el art. 416 de la Lecrim, y que el acusado se acogiese a su derecho constitucional a no declarar contra sí mismo. Les indiqué que de tal modo no se habrían probado judicialmente los hechos y el Juez debería absolver. Ambos se mostraban perplejos: no entendían porqué tenían que callar y ocultar la verdad para arreglar el problema. Nos llamaron para entrar a la Sala. Ninguno de los dos dijo palabra. A la hora de elevar las conclusiones provisionales a definitivas tanto el Fiscal como la Acusación particular reiteraron sus peticiones de condena. Y en sus informes argumentaron que el silencio no podía más que probar el miedo que sentía la víctima y la vergüenza que sentía el acusado,

añadiendo que con el informe del médico forense y las declaraciones iniciales de ambos había suficiente prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia y dictar una sentencia condenatoria.

Transcurridos 20 días, el Juez dictó sentencia absolutoria. El hermano pequeño quería que su hermano regresase cuanto antes a casa. Pero todavía no podía; había que esperar a que la sentencia fuese firme, y eso ocurriría si las partes no la recurrían o, si lo hacían, la sentencia absolutoria fuese confirmada en la segunda instancia. Pasado el plazo para interponer recurso sin recurrirse la sentencia, se decretó su firmeza de la misma. El proceso judicial había terminado. Mi defendido podía, al fin, volver a casa. Pero la familia quedó rota. Los silencios de aquel año y medio habían resquebrajado los lazos afectivos, y habían encendido otros sentimientos. Les sugerí acudir a un Centro de apoyo a las familias -que son lugares públicos y gratuitos- para someterse a una terapia familiar. Nadie les había informado de que existían este tipo de recursos ni tampoco la familia conocía previamente su existencia. Finalmente, el hermano pequeño, entusiasmado con la idea, logró convencer al resto de la familia para acudir todos juntos”.

(...)

Nos llegó al equipo de mediación un caso de robo en casa habitada en grado de tentativa. Nos lo derivó el Juzgado de lo Penal en la fase de enjuiciamiento, sin estar todavía señalado el juicio oral. Los hechos descritos por el Ministerio Fiscal decían que el acusado se introdujo en la vivienda unifamiliar de Doña X, y una vez allí dentro, se apropió de un bolso propiedad de la dueña de la vivienda que contenía dinero en metálico, y cuando estaba huyendo del lugar, en el jardín de la casa, fue abordado por el jardinero de la misma, quien logró recuperar el bolso y avisar a la policía, quien se personó en el lugar de los hechos y procedió a su detención.

La dueña de la casa nunca vio al acusado, ni sabía cómo era. Lo iba a ver por primera vez el día del juicio. Antes de coincidir en el encuentro dialogado que se produce en el proceso de mediación (fase conjunta del mediador con las dos partes) esta mujer, en la entrevista individual nos contó cómo se imaginaba ella al acusado. Pensaba que pertenecía a una banda de “esas del este” que son muy peligrosas y violentas, que era muy alto, fuerte, agresivo y vengativo. La idea de ir a juicio y tener que encontrarse cara a cara con él, le producía pavor, y la idea de declarar en su contra, sabiendo él dónde vivía ella junto con su familia más aún.

Cuando le llegó la carta del Juzgado ofreciéndole la oportunidad de participar en un proceso de mediación no lo dudó ni un instante, la respuesta fue afirmativa, y aunque estaba aterrada, quiso encontrarse con el acusado en el espacio propiciado por la mediación.

El encuentro dialogado, que es la fase que se lleva a cabo tras las entrevistas individuales con cada una de las partes intervinientes en el proceso, se desarrolló con éxito.

El acusado escuchó de la boca de la víctima todo lo que había supuesto en su vida sufrir una tentativa de robo en su casa. Ella le explicó quién pensaba que era él (se quedó sorprendidísima cuando vio que era un chico muy joven, de 19 años de edad, bajito y delgadísimo, y del mismo pueblo en el que ella vivía), que había puesto la casa en venta sin éxito, que se había gastado un dineral en cámaras de seguridad, que había despedido a la señora que trabajaba en el servicio de limpieza por desconfianza, que había animado a sus hijas a buscar un colegio mayor en Madrid donde alojarse, en lugar de ir al domicilio todos los días, que todas las noches sentía un miedo tremendo, que dormía mal, que no quería acudir al juicio, que estaba buscando una excusa para no tener que comparecer, y que su relación de pareja se estaba deteriorando.

Cuando el acusado escuchó todo esto se quedó perplejo. No podía entender que alguien le tuviese miedo a él. No podía entender que la víctima pensase que se iba a vengar si declaraba en su contra. Nunca se había imaginado todo este dolor en la familia de la víctima durante dos largos años. El acusado estaba realmente avergonzado. Le explicó que entró por la puerta del garaje que estaba abierta, tras saltar la valla. Que a ella la vio salir, y pensaba que no habría nadie en casa. Que necesitaba urgentemente dinero y que por eso entró. Que cuando el jardinero le detuvo, sintió mucho miedo, y más aún cuando vino la policía. Que todo este tiempo había estado alejado del lugar porque no quería que sus padres se enterasen y por eso llevaba dos años sin pisar el pueblo. Que sus padres no entendían su conducta y estaban muy preocupados. Que al irse del pueblo, abandonó el trabajo que tenía, a su novia y a sus amigos...”

La mediación en el sistema penal. Propuestas para un modelo reparador, humano y garantista, Esther Pascual Rodríguez

Lección 2ª

LÍMITES AL IUS PUNIENDI

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Principio de legalidad
 - a. *Lex scripta*: reserva de ley
 - b. *Lex praevia*: irretroactividad/retroactividad de las leyes penales
 - c. *Lex certa*: principio de taxatividad
 - d. Aplicación analógica de las normas penales
 - e. Leyes penales en blanco
 - 2. Principio de *non bis in idem*. Concurso de normas
- III. APLICANDO LO APRENDIDO:
 - 1. Caso práctico con pautas para su resolución (analogía *in bonam partem*)
 - 2. Lectura comprensiva: irretroactividad/Retroactividad de las leyes penales. Proporcionalidad de la norma penal. Lectura comprensiva.
 - 3. Lectura comprensiva: límites materiales a la intervención penal.

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Los presentes materiales docentes deben ser preparados previamente por el alumno consultando las referencias bibliográficas. Hemos hecho hincapié en las múltiples consecuencias del principio de legalidad y en el principio de “non bis in idem”. Los límites materiales al *ius puniendi* (principio de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de intervención mínima o *ultima ratio*, principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad, principio de humanidad de las penas, principio de reeducación y reinserción social, etc.) serán preparados por el alumno de forma autónoma.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

Cuando hablamos de Derecho penal hablamos de una de las posibilidades, la más drástica, que tiene el Estado para restringir derechos básicos de los ciudadanos: ej. impedirle el ejercicio de tu profesión (inhabilitación), privarle de su dinero o bienes (sanción de multa), privarle de la patria potestad, etc.

1. Pon algún otro ejemplo de cómo del Derecho penal puede restringir los derechos de los ciudadanos.

Poderes de esta intensidad tienen que estar sometidos a unos límites para que el Estado no pueda incidir a su antojo en los derechos de los ciudadanos, estando sometido el uso del *ius puniendi* a unas reglas básicas.

2. ¿Qué cuerpo normativo crees que debería recoger esas reglas básicas o principios limitadores?

Entre los límites al *ius puniendi* suelen mencionarse, entre otros y bajo distintas clasificaciones e, incluso, denominaciones, el principio de legalidad, el principio de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de intervención mínima, el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad y el principio de humanidad de las penas y de reinserción social.

1. Principio de legalidad

Este principio abarca muy numerosas cuestiones y variadas (vid. programa).

Suele calificarse de “principio formal” porque no limita qué conductas pueden castigarse ni qué sanciones pueden imponerse. Tan sólo establece **cómo** han de proceder el legislador y el juez en el uso del Derecho penal.

Fórmula básica de este principio: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”

3. ¿Qué significa esta frase en latín?

Del principio de legalidad se derivan una serie de **garantías**. Su significado básico es el siguientes: para poder castigar penalmente un hecho es necesario que ese hecho esté establecido por una ley como delito en el momento de producirse y que esa ley establezca, además, la sanción que corresponde. Es lo que se conoce como garantía criminal y garantía penal.

Estas garantías llevan aparejadas una serie de requisitos que especifican los rasgos de las leyes en las que se contienen las infracciones y las sanciones de naturaleza penal. Esos requisitos se engloban en torno a una triple exigencia:

Lex scripta

Lex praevia

Lex certa

Puede completarse la fórmula básica del siguiente modo: *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa*.

Pero además, el principio de legalidad no sólo exige que el delito y la pena estén establecidos en la ley, sino que extiende esa exigencia al enjuiciamiento de los hechos y, en su caso, al cumplimiento de la sanción. Estos dos aspectos se denominan garantía jurisdiccional y garantía de ejecución.

4. ¿Qué quiere decir que el principio de legalidad protege frente a la arbitrariedad del poder?

Al principio de legalidad hacen alusión una serie de preceptos tanto de la Constitución española como del Código penal

5. Busca y transcribe el contenido de los siguientes artículos:
 - a. Art. 25.1. CE
 - b. Art. 9. 1 y 9.3 CE
 - c. Art. 1.1 CP (hay más preceptos del CP que aluden al principio de legalidad. De momento, sólo es necesario transcribir éste)

a. **Lex scripta: reserva de ley**

Esta expresión hace alusión al hecho de que no cualquier norma puede establecer delitos y penas. Dicha norma ha de ser una ley en sentido estricto emanada de las Cortes generales y, cuando la norma penal en cuestión afecte a derechos fundamentales, ha de tratarse de una Ley orgánica.

6. En principio, ¿qué tipo de normas se requieren para tipificar delitos y establecer penas? ¿Pueden crear delitos los parlamentos autonómicos (vid. art. 149 CE)?
7. Repasa el art. 81 CE. ¿Qué materias han de legislarse mediante Ley Orgánica? Conforme a ese artículo, ¿todas las normas penales afectan a derechos fundamentales? ¿es precisa siempre una Ley orgánica para crear delitos y asignarles penas?
8. Una norma penal que tipifica un comportamiento y establece una sanción de multa ¿ha de ser creada mediante Ley orgánica? Argumenta tu respuesta

1. **Leyes penales en blanco. (Remisión)**

La figura de las leyes penales en blanco alude a los supuestos en los que la descripción de la conducta penalmente relevante no se encuentra contenida o no completamente en la norma penal y ha de recurrirse a normas de otros sectores del ordenamiento jurídico para completarla. Plantea varios problemas desde la perspectiva del principio de legalidad. Uno de ellos es su compatibilidad con la reserva de ley, pues esas normas extrapenales pueden no ser leyes en sentido estricto. No obstante, el carácter complejo de esta institución desde la perspectiva del principio de legalidad aconseja que se trate de manera global una vez examinadas las distintas exigencias del mismo. Por eso nos remitimos al apartado III.1.e).

b. **Lex praevia: irretroactividad/retroactividad de las leyes penales**

9. Intenta responder razonadamente al siguiente supuesto hipotético:
Un sujeto, X, logra hacerse con el dinero de cientos de ciudadanos a través de un método informático en el que nadie había pensado antes, que no está previsto como delito y que, por sus características, tampoco puede ser subsumido en ninguno de los delitos contra el patrimonio existentes. ¿Puede el juez castigar dicho hecho? ¿Qué es lo que tendría que hacer según el art. 4 CP?

La LO 5/2010 de reforma del CP, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, introdujo *ex novo* el delito de tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis CP), tipificando conductas que con anterioridad eran atípicas. Lee atentamente el art. 156 bis y trata de contestar el siguiente supuesto:

El día 30 de mayo de 2010 se llevó a cabo un trasplante de riñón conseguido a través de una contraprestación económica al donante, es decir, fuera de los cauces legalmente establecidos. El 29 de diciembre de 2010 se descubren los hechos, ¿puede castigarse a quienes participaron en los hechos de acuerdo con lo establecido en el art. 156 bis CP? Razona la respuesta.

Para castigar no basta que la conducta esté prevista y sancionada en una ley, esa ley ha de ser una **ley previa (*lex praevia*)**, es decir, **vigente en el momento de la ejecución del hecho**.

El principio de legalidad sirve al **principio de seguridad jurídica**, que quiere decir que los ciudadanos han de poder saber a qué atenerse cuando actúan, no se les puede castigar sin que éstos puedan haber sabido antes que sus conductas están penadas.

10. Recuerda la **función preventivo general negativa de las normas penales** ¿Cómo se explicaría la exigencia de ley previa derivada del principio de legalidad desde el punto de vista de dicha función?

Consecuencia de esta exigencia: **irretroactividad de las leyes penales**.

11. Transcribe el art 2 del CP.
12. ¿Cuál es la regla general que consagra este precepto?

El **principio general** es la **irretroactividad** de las leyes penales que tipifican comportamientos hasta entonces no prohibidos o que agravan las sanciones. Las mismas razones que fundamentan el principio de legalidad fundamentan el principio de irretroactividad. Es decir, la regla general es la aplicación de la norma penal vigente en el momento de los hechos.

Pero ¿qué sucede cuando la ley posterior al momento de la ejecución del hecho es favorable? → **retroactividad de las leyes penales favorables**

13. A comete un delito castigado con pena de prisión en el momento de los hechos. Cuando A es juzgado esa norma ha sido derogada, considerándose que el comportamiento de A es atípico, esto es, ya no es un comportamiento que las normas penales prevean como delito y al que asignen una pena. ¿Qué norma se aplica a A en el momento de ser juzgado? ¿Qué pasaría si A estuviera en prisión cumpliendo condena en el momento en que se deroga la norma que le fue aplicada y entra en vigor otra más favorable? ¿Crees que debería revisarse su condena? (Vid. art. 2 CP).
¿Cuál es el **fundamento** del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, es una exigencia que se deriva del principio de seguridad jurídica?

A continuación se examinan **dos cuestiones problemáticas** relacionadas con la aplicación de la Ley penal en el tiempo:

1. Determinación de la ley penal más favorable:

A veces no es fácil decidir cuál es la ley penal más favorable. Por varias razones:

- En primer lugar, porque para determinar la pena aplicable no se atiende sólo a la pena establecida para el delito en cuestión, sino que ha de aplicarse el Código íntegramente, lo que significa que se tendrán en cuenta también la presencia de circunstancias que pueden afectar a la responsabilidad penal concreta del sujeto o las normas para determinar la pena. Así ocurrirá con la presencia de las llamadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que puede ser atenuantes o agravantes. En tal medida, aunque la pena en una ley sea más favorable, puede que el juego conjunto de todas las normas sobre determinación de la responsabilidad penal arroje un resultado menos favorable
- En segundo lugar, porque las penas con las que el comportamiento se castigaba antes y después de la reforma pueden ser de diferente naturaleza y, por lo tanto, difíciles de comparar.

14. ¿Qué pena crees que es más grave: una pena de multa, de inhabilitación absoluta o de privación del permiso de conducir?

2. Concepto de entrada en vigor y su repercusión en los efectos retroactivos de las leyes penales:

Las normas penales se aplican no desde el momento de su aprobación sino desde el momento de su entrada en vigor (a no ser que se establezca su inmediata entrada en vigor). El tiempo que ha de transcurrir desde que se aprueba una norma hasta que entra en vigor es lo que se conoce como *vacatio legis*. El periodo de *vacatio legis* tiene sentido para las normas penales desfavorables. Sin embargo, cuando la norma penal es favorable y, por lo tanto, posee efectos retroactivos, la existencia de un periodo de *vacatio* pierde su lógica y puede dar lugar a disfunciones como la de tener que aplicar una norma cuya derogación ha sido aprobada pero que aún no ha entrado en vigor.

Sobre estas posibles disfunciones versa la lectura comprensiva incluida al final de esta lección.

La regla general es, pues, que se aplica la ley vigente en el **momento de los hechos**, por ello es importante determinar el momento de la comisión de los hechos a los efectos de determinar la ley penal aplicable.

15. Con independencia de cuál sea la ley más favorable, ¿qué norma es en principio aplicable en el siguiente supuesto?

A dispara a B bajo la vigencia de la norma 1. B muere cuatro meses después cuando ya estaba vigente la norma 2. A es juzgado bajo la vigencia de la norma 2.

ADVERTENCIA: Las denominadas leyes penales temporales y leyes penales intermedias presentan problemas muy específicos desde la perspectiva de la aplicación retroactiva y, en general, desde la aplicación temporal de la Ley penal. Vid. en la bibliografía recomendada.

c. **Lex certa. Principio de taxatividad**

Para que el principio de legalidad y los principios que lo fundamentan (interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica y función motivadora de las normas penales) se vean satisfechos, es necesario que **la norma describa con la mayor claridad posible la conducta prohibida**. Aquí el legislador se mueve entre dos polos: concreción versus generalidad de las normas penales.

Pero una concreción absoluta de las conductas prohibidas no es posible. Las normas penales están formuladas de una manera general, aunque esa generalidad no puede llegar hasta el extremo de vulnerar el principio de legalidad porque resulte *a priori* difícil saber qué conductas pueden ser subsumidas en dichas normas.

16. Lee los siguientes ejemplos y piensa si en alguno de ellos se podría estar lesionando el principio de legalidad en su exigencia de taxatividad:
 - a. Art. 138: “el que matare a otro...”
 - b. Art. 369 en relación con el art. 368: “se impondrá la pena superior en grado cuando la cantidad droga con la que se posee o con la que se trafica fuera de “notoria importancia”
 - c. Art. 370: establece una agravación para el tráfico de drogas cuando “las conductas descritas en el art. 368 fueran de extrema gravedad”.

La aplicación de las normas penales a los hechos no es una operación automática, en muchos casos es necesaria **la interpretación** de dicha norma, es decir, hallar el sentido de dicha norma.

En función del **método** utilizado, existen diversas formas de interpretación de las leyes penales.

17. Intenta definir en qué consisten los siguientes tipos de interpretación:
 - a. Interpretación literal o gramatical
 - b. Interpretación sistemática
 - c. Interpretación teleológica.
 - d. Interpretación histórica
18. Trata de identificar cada una de las siguientes respuestas razonadas que se ofrecen a los respectivos supuestos de hecho con un tipo de interpretación y explica por qué (no todas las respuestas son concluyentes).
 - a. A, para apropiarse de una estatua instalada en un parque público, necesita desprenderla del pedestal, lo que consigue tras golpear reiteradamente el pedestal con un cincel y un martillo. ¿Se trataría de un robo con fuerza en las cosas castigado en los art. 237 y ss. del CP?

Razonamiento: Aunque podría pensarse a primera vista que nos encontramos ante un delito de robo con fuerza en las cosas, puesto que el autor emplea sin duda la fuerza física sobre la estatua y su pedestal con el fin de apoderarse de ésta, esta calificación no sería correcta. El legislador a veces, aunque no de forma frecuente, hace uso de las palabras no en el sentido con el que son utilizadas en el lenguaje corriente, sino en un sentido específico que la propia ley penal le atribuye. Esto ocurre en el caso del robo con fuerza en las cosas, definiendo el legislador en los art. 238 y 239 qué ha de entenderse por fuerza en las cosas a la hora de calificar penalmente una conducta. Así, a estos efectos “fuerza en las cosas” no es lo que comúnmente se entiende por fuerza, no incluye todos los casos de uso de fuerza para apoderarse de un objeto, sino tan sólo alguna de las modalidades expresadas en los art. 238 y 239 y, además, cuando se emplee la fuerza, como describe el legislador, para acceder al lugar donde se encuentre la cosa, no a la cosa misma. No pudiéndose subsumir en este concepto normativo de fuerza el método de apropiación empleado, pues es un uso directo de fuerza sobre la cosa y no sobre el lugar donde se encuentra, ha de concluirse en virtud del principio de legalidad que el atentado contra el patrimonio descrito no puede ser calificado de robo con fuerza en las cosas. Sería un hurto.

- b. A, para evitar que B acuda al notario a otorgar testamento en su contra, le conmina con prender fuego a la casa si así lo hace. ¿Podemos calificar este hecho de delito de coacciones? Según el tenor literal del art. 172.1 CP comete un delito de coacciones “El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro hacer con violencia lo que la ley no prohíbe...”

El problema que plantea la calificación de este supuesto consiste en determinar qué entendemos por el elemento típico “violencia”. ¿Podemos entender que quien intimida a otro con causarle un mal, como ocurre en el caso, utiliza “violencia”? Creo que no por lo siguiente: el legislador, a lo largo del CP utiliza en varias ocasiones los términos violencia e intimidación y los utiliza con un sentido diverso. Así, comete un delito de agresiones sexuales, según establece el CP en los art. 178 y ss., quien lesiona la libertad sexual de otro empleando “violencia o intimidación”; o un delito de robo, según el art. 237 y ss CP, puede cometerse también con “violencia o intimidación”. Es decir, partiendo de que el Código penal debería constituir un sistema coherente, se aprecia que cuando el legislador ha querido equiparar el medio comisivo “intimidación” a la “violencia” lo ha hecho expresamente como ocurre en los ejemplos ofrecidos, de lo que puede deducirse que para el legislador violencia no es intimidación, pues de ser términos equivalentes no habría sido necesario yuxtaponerlos. De este razonamiento cabe inferir que cuando el legislador utiliza exclusivamente el término “violencia” en él no cabe incluir la intimidación, por lo que habría que concluir que el supuesto narrado no es constitutivo de coacciones.

- c. A, para evitar que B acuda al notario a otorgar testamento en su contra, le conmina con prender fuego a la casa si así lo hace. ¿Podemos calificar este hecho de delito de coacciones? Según el tenor literal del art. 172.1 CP, comete un delito de coacciones “El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro hacer con violencia lo que la ley no prohíbe...”.

A mi juicio, la respuesta ha de ser positiva, es decir, podemos calificar el supuesto de hecho como un delito de coacciones. El bien jurídico protegido por el delito de coacciones es la libertad de actuación, es decir, que los sujetos no vean restringida sin causa legítima su capacidad de

hacer o no hacer. Dado que el resultado lesivo de la libertad de actuación puede producirse tanto si se utiliza violencia como si se utiliza intimidación, ha de concluirse, en pro de la mayor protección posible de los bienes jurídicos, que comete coacciones quien, mediante la conminación con un mal, es decir, mediante intimidación, impide a otro hacer lo que la ley no prohíbe.

- d. ¿Cuál es el ámbito de aplicación de la eximente de responsabilidad penal prevista en el art. 20.3 CP?

“De una lectura y análisis del párrafo 3º del artículo 20 del CP no se colige el contenido de la eximente que introduce el legislador en el C. P. de 1995. La referencia a alteraciones en la percepción que alteran gravemente la conciencia de la realidad, absoluta y desconcertantemente novedosa, cobra sentido cuando el intérprete relaciona la no tan imaginativa causa de exclusión de la responsabilidad con la sordomudez que conocieron todos nuestros Códigos históricos, antecedente inequívoco de la misma. Dado que, además, el párrafo 3º del hoy artículo 20 C.P. contiene una mención expresa a la percepción es obvio que el legislador quiso constreñir el ámbito de aplicación de la eximente, como en los Códigos anteriores, a las alteraciones de la conciencia de la realidad que traen causa de anomalías en la percepción sensorial (sordomudez), y no de otras situaciones de carácter sociocultural (vg. problemas de integración social, subculturas, etc.)”. Texto extraído de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., ed. Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 834.

19. Si existiera contradicción entre la conclusión de la interpretación literal y el resultado de la interpretación teleológica, ¿cuál debe prevalecer? ¿Y entre la interpretación literal y la histórica? ¿Y entre la interpretación literal y la sistemática? ¿Por qué?

d. Aplicación analógica de las normas penales

La temática relativa a la analogía de las normas penales es una derivación del principio de taxatividad (como garantía derivada del principio de legalidad), pero también afecta a la exigencia de *lex scripta*, esto es, a la reserva de ley.

Hablamos de aplicación analógica cuando la norma penal se aplica a un supuesto que no está previsto expresamente en ella, pero entre este supuesto y el supuesto que la norma prevé existe **identidad de razón**.

20. Supuesto hipotético: existe una norma (norma A) que establece: “Quien venda hachís será castigado con la pena X”. La norma no castiga la venta de ningún otro tipo de drogas. Un sujeto vende heroína y es llevado por la policía ante el juez. El juez constata que, probablemente por un olvido del legislador, sólo se castiga la venta de hachís y no la venta de heroína, lo que realmente carece de sentido. ¿Podría el juez aplicar la norma A a la venta de heroína a través del siguiente razonamiento? “Ambas sustancias son drogas. No existe razón alguna para castigar la venta de hachís y dejar impune la venta de heroína”. ¿Qué principio limitador del *ius puniendi* se opondría a esta aplicación? ¿Qué debe hacer el juez en estos casos (art. 4.2 CP)?
21. Transcribe el art. 4.1 CP.

En la discusión sobre la analogía y su papel en el ámbito del Derecho penal se acostumbra a distinguir entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*, atendiendo al carácter perjudicial o beneficioso para el reo de la aplicación analógica de la ley.

1. Analogía *in malam partem*

Está siempre prohibida, a no ser que la norma penal expresamente permita esta analogía.

Por ejemplo, el art. 153.1 del CP establece: “el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causar lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aún sin convivencia...”. Podría castigarse a un sujeto por realizar la conducta contemplada en el referido artículo sobre la mujer con la que convive sin estar casado, aunque no sea formalmente su esposa, porque así lo permite expresamente el art. 153.1 CP).

22. Cuatro jóvenes de ideología neonazi golpean despiadadamente a un mendigo causándole graves lesiones que estuvieron a punto de producir su muerte. Interrogados por el móvil, los autores confesaron que el único motivo del ataque fue su desprecio hacia los indigentes. El fiscal del caso pidió al Tribunal que castigara por un delito de lesiones con la agravante quinta del art. 22 CP, en atención a la aporofobia (odio al pobre) como motivo discriminatorio de la conducta delictiva. Lee atentamente la mencionada circunstancia agravante y razona si, a tu juicio, resultaría aplicable al supuesto de hecho.

Hay que **diferenciar la analogía de la interpretación extensiva**. Mientras que la aplicación analógica de la norma rebasa el tenor literal de las palabras, la interpretación extensiva se mantiene dentro del tenor literal posible aunque atribuye a las palabras un “contenido amplio”.

23. Una norma establece: “serán castigados con la pena X los padres que abandonen a sus hijos”. Comenta la posibilidad de aplicación de esa norma a los siguientes supuestos. ¿En qué casos se trataría de una interpretación extensiva y cuándo de una aplicación analógica?
- A, padre biológico, abandona a su hijo
 - B, padre adoptivo, abandona a su hijo
 - C, tutor de un niño al que cuida desde hace años como si fuera su hijo, le abandona.

2. Analogía *in bonam partem*

Desde la perspectiva de la necesidad de seguridad jurídica a la que responde el principio de legalidad, nada se opondría, en principio, a admitir la analogía *in bonam partem*. Hay quien se opone a esta posibilidad alegando que la admisión de la analogía *in bonam partem* supondría una especie de creación libre del Derecho por parte de los jueces, al aplicar la ley a supuestos no previstos en ella, función de

creación del Derecho que no corresponde a los jueces, sino al poder legislativo. Sin embargo, nosotras pensamos que una cosa es la creación libre de las normas por parte de los jueces y otra es la aplicación de una técnica, la analogía, que obliga a argumentar la identidad de razón entre el hecho contemplado en la norma y el que queda perjudicadamente fuera y que permitiría satisfacer las exigencias de aplicación justa de la norma sin caer en la discrecionalidad absoluta.

Sin embargo, por más que el significado garantista del principio de legalidad no se oponga a la analogía a favor de reo, esta posibilidad choca con el tenor literal del artículo 4 CP, que no distingue en cuanto a la prohibición de aplicar la norma a supuestos diferentes a los contemplados en ella entre aplicación a favor o en contra del reo. En conclusión, entendemos que, aunque el fundamento garantista de la prohibición de analogía no se extienda a la analogía a favor de reo, la previsión legislativa del art. 4 CP unida al respeto al principio de legalidad vedan ese recurso en el ordenamiento jurídico-penal español.

24. Amalia sustrae a Antonio, con el que convive desde hace 5 años y tiene un hijo, 500 euros para pagar una deuda, de la que no quiere que Antonio se entere. ¿Crees que sería aplicable a Amalia la causa de exención de la responsabilidad penal prevista en el art 268 CP? Argumenta la respuesta.
25. Preparación del caso: “Analogía *in bonam partem*. Caso práctico con pautas para su resolución” (vid. más abajo).

e. **Leyes penales en blanco**

26. ¿Qué te sugiere la expresión “en blanco” aplicada al término leyes?

Las leyes penales en blanco son aquellas que no describen íntegramente la conducta prohibida, sino que ha de acudir a otras normas para conocer el objeto de la prohibición.

27. Explica por qué se suele calificar el art. 325 CP como una norma o ley penal en blanco.

Las normas penales en blanco plantean dos grandes tipos de problemas:

- Relacionados con el principio de taxatividad.
28. ¿Por qué piensas que pueden plantear problemas desde este punto de vista?
- Relacionados con el principio de reserva de ley.
29. ¿Por qué piensas que pueden plantear problemas desde este punto de vista?

2. El principio de “non bis in idem”. Concurso de normas

30. Traduce la expresión latina “*non bis in idem*”

Este principio significa que no se puede castigar varias veces lo mismo, el mismo desvalor.

Este principio suele considerarse una consecuencia o derivación del principio de legalidad pero también del principio de proporcionalidad, pues si se castiga doblemente un mismo desvalor, se produciría un exceso punitivo.

Para que concurra una vulneración de este principio han de concurrir tres requisitos:

- a. Tiene realmente que tratarse de los **mismos hechos**
- b. Realizados por el **mismo sujeto**
- c. La doble punición ha de tener el **mismo fundamento**. La doble sanción no tendrá el mismo fundamento cuando se protegen diferentes bienes jurídicos o se castigan distintos aspectos del hecho (Este es el requisito que suscita los problemas más frecuentes).

La “doble punición” que supone una vulneración del *non bis in idem* puede producirse porque a un mismo hecho se apliquen dos normas sancionadoras de distinta naturaleza (norma penal y norma administrativa) o bien porque a un mismo hecho se le apliquen dos normas penales (dos delitos o un delito y un agravante o dos agravantes), dándose la triple identidad de hechos, sujeto y fundamento.

31. Intenta dilucidar si en los siguientes casos la doble punición supondría o no un *bis in idem*.

- a. A conduce a 220 km/h en una vía interurbana. Le imponen a A una sanción penal por cometer el delito previsto en el art. 379 CP. Al mismo tiempo le aplican la Ley de Seguridad Vial y le imponen una sanción administrativa por exceso de velocidad.
- b. A golpea a un policía causándole lesiones. A es condenado por un delito de lesiones (art. 147 CP) y por un delito de atentado (art. 550, 551 CP).
- c. Un interno, A, en un Centro Penitenciario golpea a otro interno causándole lesiones. A es condenado por un delito de lesiones (art. 147 CP). Al mismo tiempo se le aplica la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento, imponiéndosele una sanción de aislamiento en celda por la alteración del orden que ha supuesto su conducta y las lesiones causadas.
- d. Un juez dicta una sentencia absolutoria a sabiendas de que procede en aplicación de la ley condenar al procesado. El juez es condenado por un delito de prevaricación del art 446 CP. Se le aplica además la circunstancia agravante séptima del art. 22 CP (vid. art. 67 CP).

a. Concurso de normas y concurso de delitos

El tema del concurso de normas (también llamado concurso de leyes) está íntimamente relacionado con el “non bis in idem”. Para poderse manejar con soltura en la asignatura, tanto en Parte Especial como en la Parte General, conviene diferenciar entre concurso de delitos y concurso de normas. En este campo siempre nos movemos entre dos principios: el principio *non bis in idem* (no se puede

sancionar dos veces lo mismo por la misma razón) y el principio de íntegra desvaloración del hecho (en la calificación de los hechos han de tenerse en cuenta todos los elementos desvalorados jurídicamente).

Estamos ante un concurso de delitos cuando, para calificar correctamente un hecho, para englobar todo su desvalor, necesito aplicar más de una norma.

Ej. A, para impedir que B acuda al notario y otorgue testamento, le propina un golpe en la cabeza causándole una herida que requiere diez puntos de sutura. A responde por un delito de coacciones (art. 172) en concurso con un delito de lesiones (art. 147). Si se castigara sólo por un delito de coacciones, no valoraríamos la lesión de la integridad física. Si castigáramos sólo por un delito de lesiones, no estaríamos valorando la lesión de la libertad de actuación, que es el bien jurídico protegido en el delito de coacciones. Por eso hay que aplicar ambos delitos (en concurso).

Por el contrario, nos encontramos ante un **concurso de normas** cuando para calificar un hecho existe más de una norma aparentemente aplicable. Sólo puedo aplicar una porque si aplico más de una incurriría en un “bis in idem”.

Ej. A, mediante violencia, consigue doblegar la voluntad de B y tener relaciones sexuales con B. La conducta de A es subsumible en el art. 172 (delito de coacciones). También es subsumible en el delito de agresión sexual violenta (art. 178 CP).

¿Castigamos por un delito de coacciones?

¿Castigamos por un delito de agresión sexual?

¿Castigamos por ambos delitos?

Tanto el delito de coacciones como el delito de agresiones sexuales son delitos contra la libertad de actuación. El delito de violación castiga un atentado contra una manifestación específica de esa libertad de actuación: la libertad de autodeterminarse en el terreno sexual. Además, el delito de violación ya contempla como medio comisivo típico, al igual que las coacciones, el uso de la violencia. Castigar por un delito de coacciones en concurso (es decir, que se aplican ambas normas) con un delito de violación supondría valorar doblemente la lesión de la libertad de actuación mediante el uso de la violencia. La calificación por un delito de agresión sexual permite englobar todo el desvalor del hecho.

Al concurso de normas se le denomina también concurso aparente de normas, porque en realidad, a pesar de que aparentemente son aplicables varias normas, finalmente sólo voy a aplicar una norma, la que mejor engloba el desvalor del hecho.

El problema es determinar cuál es la norma aplicable. Para ello se utilizan una serie de criterios establecidos –aunque con no demasiada claridad- en el **art. 8 CP**.

32. Transcribe las reglas contenidas en el art. 8 CP

- a. Principio de especialidad
- b. Principio de subsidiariedad
- c. Principio de consunción
- d. Principio de alternatividad

33. Analiza los siguientes casos para determinar si nos hallamos ante un concurso de delitos o ante un concurso de normas y, en este caso, cuál es la norma aplicable.
- A mata a B colocando una bomba bajo su coche. En principio, es aplicable un delito de homicidio (art. 138 CP) y un delito de asesinato (art. 139 CP). ¿Se aplican ambas normas o sólo una? ¿Por qué?
 - A, para vencer la oposición de B y tener acceso carnal en contra de su voluntad (art. 178/179 CP), la agarra con fuerza y la ata a un árbol. Como consecuencia de la fuerza aplicada B sufre lesiones leves, calificables de falta de lesiones (art. 617.1 CP) ¿Se aplican a A ambos tipos penales (concurso de delitos) o sólo el art. 179 y no el art 617.1 (concurso de normas)? Argumenta tu respuesta.
 - A, para vencer la oposición de B y tener acceso carnal en contra de su voluntad (art. 178/179 CP), aplica sobre la víctima tal violencia que le causa graves lesiones (art. 147 CP). En principio las calificaciones posibles son un delito de lesiones y un delito de agresión sexual. ¿Se trata de un concurso de normas o de un concurso de delitos?
 - A colabora con ETA proporcionando información sobre las costumbres de X. ETA, utilizando dicha información, mata a X. La conducta de A sería, en principio, subsumible en un delito de colaboración con banda armada (art. 576.2 CP) y también punible en calidad de cooperador necesario en un delito de asesinato terrorista (art. 572.1.1ª). ¿Se aplican ambos preceptos o sólo uno de ellos? Presta especial atención a lo dispuesto en el art. 576.2 último inciso CP.

III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso práctico con pautas para su resolución (analogía *in bonam partem*)

a. Supuesto de hecho

Antonio M., de sesenta años de edad, padecía una enfermedad degenerativa e incurable, que le tenía totalmente paralizado y le producía intensos padecimientos físicos. En pleno uso de sus facultades solicitó reiteradamente a Luis que le ayudara a morir, a lo cual éste inicialmente se negó. Tal fue la insistencia de Antonio, que al final Luis accedió a inyectarle una sustancia que le produjo la muerte sin dolor a los pocos minutos. Luis no era hijo natural ni adoptivo de Antonio, pero había sido criado por éste desde pequeño, existiendo entre ellos una relación afectiva paterno-filial.

Luis fue condenado en primera instancia como autor penalmente responsable del delito tipificado en el art. 143.4 CP. Recurrió la sentencia condenatoria arguyendo que debía haberle sido aplicada la circunstancia modificativa de parentesco (art. 23 CP), en atención a la relación existente con el fallecido, que en este caso jugaría como atenuante. El Tribunal de primera instancia había considerado inaplicable la atenuante argumentando que no cabe la aplicación analógica de la norma penal incluso cuando se trata de una aplicación *in bonam partem*.

- ¿En qué tipo penal es subsumible la conducta de Luis?

2. ¿Qué circunstancia modificativa de la responsabilidad penal pide Luis que le sea aplicada? ¿Por qué dicha circunstancia se denomina “circunstancias mixta”?
3. ¿Qué es lo que convierte la petición de Luis en problemática? ¿Es su situación directamente subsumible en el tenor literal del art. 23 CP? ¿Existe una relación analógica entre la situación de Luis y la prevista en el art. 23 CP?
4. ¿Cuáles son las razones que sustentan la prohibición de la analogía *in malam partem*? ¿Son válidas estas mismas razones para negar la posibilidad de analogía *in bonam partem*? Argumentos a favor y argumentos en contra de la analogía *in bonam partem*.
5. ¿Hay alguna previsión general en el CP sobre el tema de la analogía *in bonam partem*?
6. ¿Hay alguna previsión específica sobre la analogía en las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (consulta los art. 21, 22 y 23 CP)?
7. Aplicar las consideraciones anteriores al caso práctico y mantener una postura sobre el mismo.

2. Lectura comprensiva: irretroactividad/retroactividad de las leyes penales. Proporcionalidad de la norma penal.

1. Lee atentamente el siguiente texto. Es un texto jurídico que utiliza terminología técnica. Intenta entender su contenido aunque no comprendas todas las palabras. Anota las palabras o las partes que no comprendas para preguntar en clase.
2. Contesta las preguntas formuladas al final del texto.

“1. La reforma del Código penal operada por la LO 5/2010, de reforma del Código penal (BOE de 23 de julio de 2010) ha afectado a los arts. 270 y 274, relativos a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial respectivamente, modificando significativamente el tratamiento penal de una de las numerosas conductas tipificadas: **la distribución al por menor de obras literarias, artísticas o reproducidas sin la debida autorización o de productos con signos distintivos utilizados sin consentimiento del titular**. Dicha reforma ha estado motivada, tal y como se reconoce en la Exposición de motivos, por la **quiebra del principio de proporcionalidad** que conllevaban los preceptos reformados, en cuanto castigaban con penas de seis meses a dos años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses (lo que en la práctica venía significando en estos casos seis meses más de prisión) el fenómeno popularmente conocido como “top manta”, es decir, la exposición y venta callejera de reproducciones ilícitas de obras musicales, películas u otros productos pirateados o con marcas falsificadas. La gravedad de las penas previstas, impuestas y en muchos casos ejecutadas cuestionaba que se estuvieran respetando principios básicos del derecho penal, como el principio de lesividad, de proporcionalidad y de mínima intervención.

La excesiva gravedad de las penas dio lugar a un movimiento, iniciado aproximadamente en octubre de 2008, contra la criminalización e ingreso en prisión de los denominados *manteros*, secundado por numerosos colectivos sociales, artistas, juristas y ciudadanos en general y que en buena medida fue motor de la reforma de la que damos cuenta.

II. De la desproporción de la respuesta penal descrita eran conscientes en primer lugar los órganos judiciales viéndose en la encrucijada de imponer castigos excesivos o buscar argumentos, muchas veces no evidentes, en los que sustentar la absolución. De esta manera, convivían en la realidad de nuestra justicia penal dos **tendencias jurisprudenciales** opuestas: la que sistemáticamente condenaba al entender que es lo obligado por imperativo legal y la corriente jurisprudencial que busca la absolución y la fundamenta en razones de muy diversa índole. Así, se dictaban Sentencias que fundamentaban la absolución en la **insuficiencia de la actividad probatoria** sobre los elementos del tipo. En este sentido encontramos resoluciones que absolvían por no haberse practicado pericial alguna que demostrara el carácter de copia ilegítima del contenido de los CDs y DVDs incautados (AP Madrid, Sección 7ª, 19-6-06, Rec 172/06; AP Madrid, Sección 17ª, 29-04-04, Rec 316/04), o por no haber quedado acreditado que las copias se hubieran realizado sin la autorización de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual o sus cesionarios, debiendo además acreditar de forma documental las entidades gestoras los respectivos contratos de gestión en vigor (AP Madrid, Sección 17ª, 21-4-08, Rec 126/08).

Otras Sentencias, por el contrario, fundamentaban el fallo absolutorio en una **interpretación restrictiva de los elementos del tipo** basada en consideraciones dogmáticas de diversa índole. Por ejemplo, respecto a los delitos contra la propiedad intelectual algunas resoluciones mantienen que no basta la exhibición del material, sino que es necesaria la efectiva transmisión (AP Pontevedra, Sección 2ª, 26-10-07, Rec 476/07), que el concepto de “distribución” empleado por el art. 270 CP puede ser interpretado como no inclusivo de la venta callejera, ausencia del elemento “en perjuicio de tercero”, argumentando que el “ánimo de lucro” ha de entenderse no sólo como persecución de un beneficio patrimonial, sino como “finalidad comercial”, que exigiría, al menos, un mínimo de infraestructura comercial. Asimismo encontramos resoluciones que entendían que la necesidad de una mínima organización es un elemento del tipo del 270 CP, o que éste sólo sanciona la reproducción en masa o su distribución en grandes cantidades (AP Barcelona, Sección 7ª, 8-2-2006, Rec 102/2005), en la medida en que el perjuicio que exige el tipo es inapreciable en los casos habituales de “top manta” (AP Burgos, Sección 1ª, 26-11-04, Rec 176/2004; 6-10-06, Rec 122/2006).

Por último, buena parte de la jurisprudencia intentaba la absolución de los *manteros*, apelando directamente a los **principios constitucionales limitadores del *ius puniendi***, tales como el principio de mínima intervención, el de subsidiariedad o el de proporcionalidad de la reacción penal. Se argumenta con el principio de mínima intervención para afirmar que en el ámbito del art. 270 CP sólo deberían subsumirse las conductas más graves y con el principio de subsidiariedad, debiendo ser abordadas tales lesiones de la propiedad intelectual desde el Derecho civil y el Derecho administrativo (AP Barcelona, Sección 7ª, 8-2-2006, Rec 102/2005). Y por supuesto se argumenta la absolución sobre la base del principio de proporcionalidad (JP nº. 20 Madrid, 25-04-08).

A veces estos principios limitadores del *ius puniendi* eran utilizados por el órgano judicial para apoyar interpretaciones pro atipicidad de los elementos del tipo, lo cual, no sólo es posible sino que resulta debido, pues ante dos interpretaciones de un mismo precepto compatibles ambas con el tenor literal, lógicamente ha de optarse por la más acorde con los principios legitimadores de la intervención penal. En otras ocasiones, por el contrario, la absolución se derivaba de la aplicación directa de estos principios, a pesar de que del tenor literal de precepto parece deducirse la resolución condenatoria y en estos supuestos surge la duda de la corrección de las bienintencionadas sentencias. Efectivamente hoy nadie cree que sea posible la aplicación del Derecho mediante un aséptico proceso de subsunción llevado a cabo utilizando silogismos formales y neutros, sino que más bien la interpretación y aplicación de la norma es al tiempo una labor creadora

del derecho, a lo que nada cabe oponer excepto la necesidad de unos límites que impidan que la letra de la ley se convierta, sin más, en la voluntad del intérprete.

No obstante, la descrita corriente jurisprudencial proclive a la absolción no podía considerarse mayoritaria, siéndolo por el contrario la que venía considerando típica la conducta de los *manteros* y aplicando las penas previstas

III. La reforma introduce una mayor proporcionalidad en el tratamiento de determinadas conductas lesivas de los derechos derivados de la propiedad intelectual e industrial, en concreto en las conductas relativas a la distribución. Así, se convierten en **falta** (infracción penal leve) los supuestos de distribución al por menor en los que el beneficio ilícito no supere los 400 euros, sancionándolos con la pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses (CP art. 623.5) y se establece una **modalidad atenuada de delito**, pudiendo el Juez imponer las penas de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días en los supuestos de distribución al por menor de escasa trascendencia, en atención a las características del culpable y a la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste (CP arts. 270.1 párrafo segundo, 274.2, párrafo segundo y 623.5). La diferencia entre la modalidad atenuada de delito y la falta será la cuantía del beneficio obtenido. Las sanciones previstas son obviamente más proporcionadas al desvalor cometido en la actual regulación.

IV. Por lo que respecta al régimen transitorio, la Disposición final séptima de la LO 5/2010 de Reforma del Código penal establece su entrada en vigor a los **seis meses** de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, **sin prever la inmediata entrada en vigor de las normas favorables**, como son los preceptos analizados. Ello puede provocar importantes **disfunciones** porque significa que seguirán vigentes durante seis meses más unas normas cuya reforma ha sido ya aprobada por el legislador en consideración a la desproporción de las mismas. Si bien un periodo de *vacatio legis* es imprescindible para las normas penales desfavorables con el fin de que los ciudadanos tomen conocimiento de las mismas, carece de sentido cuando esos ciudadanos resultan directa y explícitamente beneficiados con el cambio normativo aprobado, constituyendo una sinrazón jurídica y una injusticia material que puedan seguir cumpliendo penas de prisión e incluso que puedan seguir siendo condenados a esta pena privativa de libertad por conductas que el legislador ya no considera merecedoras de tal respuesta.

No es la primera vez que se suscita este problema y en relación con la LO 15/2003 fueron planteadas sendas cuestiones de inconstitucionalidad por parte de las Audiencias Provinciales de Tarragona (Sección 2ª) y de Barcelona (Sección 7ª), alegando que la no previsión de la inmediata aplicación de los efectos favorables de la nueva norma supone una vulneración de los principios de legalidad en materia penal (CE, arts. 9 y 25), de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (CE art. 9.3) y del derecho de la persona a no verse sometida de manera injusta o carente de causa a un proceso limitativo de su libertad (CE art. 24).

Estas cuestiones fueron finalmente inadmitidas por desaparición sobrevenida del objeto, ya que, al dictarse sentencia varios años después, una vez transcurrido el periodo de *vacatio legis*, la norma cuestionada ya no era relevante para la resolución del caso concreto (TC 6 y 11 a 19/2010). El Tribunal Constitucional perdió entonces una buena ocasión para pronunciarse sobre una cuestión que, como se puede comprobar, transcendía el caso concreto. En este sentido es previsible que la reforma de la conducta de los *manteros* pueda dar lugar al planteamiento de nuevas **cuestiones de inconstitucionalidad** en relación a las Disposiciones Transitorias primera y segunda y a la Disposición Final séptima, habida cuenta, además del interés de la cuestión de fondo suscitada, de que el planteamiento de

una cuestión de inconstitucionalidad exonera al órgano judicial de dictar sentencia aplicando las normas reformadas hasta que dicha cuestión sea resuelta.

En cualquier caso, nótese la dificultad que se planteaba para los órganos judiciales, los cuales difícilmente podían aplicar una norma que todavía no había entrado en vigor. Los órganos judiciales tienen que aplicar la normativa vigente y la regulación anterior a la reforma mantenía su vigencia durante los seis meses posteriores a su publicación en el BOE. Sin embargo, ello suponía seguir aplicando una norma que se consideraba totalmente desproporcionada y así lo había entendido el Parlamento, aprobando su reforma. Algunos jueces buscaron diversas vías para no tener que condenar. La Administración penitenciaria utilizó instrumentos a su alcance tales como tercer grado, adelantamiento de la libertad condicional, indultos parciales, etc. para evitar que los *manteros* encarcelados siguieran cumpliendo penas privativas de libertad en su día impuestas, sin esperar a que se produjera la revisión de las condenas que habría de practicarse tras la entrada en vigor de la reforma”.

(Este texto es un resumen de “*La distribución al por menor (“top manta”) en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*”, escrito por Margarita Martínez Escamilla y publicado en *Memento Experto. Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid 2010).

1. ¿Por qué se dice que la regulación anterior a la reforma vulneraba principios materiales limitadores del *ius puniendi*, como por ejemplo el principio de proporcionalidad?
2. Redacta una norma penal a tu juicio cuestionable desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.
3. ¿Qué tipo de argumentos eran utilizados por la corriente jurisprudencial que absolvía en estos casos?
4. ¿Qué significa una interpretación restrictiva de los elementos del tipo?
5. Comenta el siguiente párrafo: Efectivamente hoy nadie cree que sea posible la aplicación del Derecho mediante un aséptico proceso de subsunción llevado a cabo utilizando silogismos formales y neutros, sino que más bien la interpretación y aplicación de la norma es al tiempo una labor creadora del Derecho, a lo que nada cabe oponer excepto la necesidad de unos límites que impidan que la letra de la ley se convierta, sin más, en la voluntad del intérprete.
6. El apartado IV aborda un problema específico relacionado con la retroactividad/irretroactividad de las leyes penales. Explica el problema planteado.
7. ¿Qué significan las expresiones “régimen transitorio” y “*vacatio legis*”?
8. Comentario personal del texto y de las cuestiones abordadas.

3. Lectura comprensiva: límites materiales a la intervención penal.

Lee el siguiente texto y contesta a las preguntas.

Se suele hacer mención a los principios de estricta protección de bienes jurídicos, de última ratio, de lesividad u ofensividad o al de proporcionalidad de las penas como principios limitadores del *ius puniendi* y, por ello, claves para testar la legitimidad de la intervención penal: el Derecho penal sólo podría intervenir para garantizar los presupuestos

básicos de nuestra convivencia social, sólo cuando no exista un instrumento menos dañino e igualmente eficaz, sólo castigando aquellos comportamientos que supongan una clara lesión o puesta en peligro del bien jurídico y sólo conminándoles con una pena proporcionada a su grado de desvalor.

Mucho se ha discutido sobre dónde estarían consagrados en nuestra Constitución los mencionados principios limitadores del *ius puniendi*. Sea donde fuere, lo que importa ahora destacar es que han hallado un instrumento de aplicación a través del juicio de proporcionalidad, que opera como canon de constitucionalidad no sólo en el momento de aplicación de las normas, sino también en el momento de su creación, es decir, permite enjuiciar la constitucionalidad tanto de una norma como de la decisión que la aplica. Como bien es sabido, el principio de proporcionalidad serviría para decidir si la restricción de un derecho fundamental está justificada, y, tal como viene articulándolo nuestro Tribunal Constitucional desde mediados de la década de los noventa, se desglosa en tres criterios: la idoneidad o adecuación de la limitación o medida restrictiva para la consecución del fin perseguido; la necesidad de la misma, es decir, la inexistencia de medidas menos drásticas e igualmente eficaces; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, que exige que el fin perseguido justifique por su valor la concreta restricción del derecho fundamental en cuestión, de tal manera que no se produzca un desequilibrio patente y excesivo. La negación de alguno de estos requisitos supondría la inconstitucionalidad de una norma o una resolución por vulneración del derecho fundamental que ha sido limitado innecesaria o excesivamente; en el caso de normas que establezcan una pena privativa de libertad, por vulneración del derecho a la libertad personal consagrado en el art. 17.1 de la Constitución.

Antes de continuar y para no crear falsas expectativas, ha de advertirse de la limitada eficacia del principio de proporcionalidad, tal y como ha sido configurado por la jurisprudencia constitucional, de cara a expulsar, por lesiva de la Constitución, una norma penal del ordenamiento jurídico. Es cierto que la inclusión del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional y la clarificación de su contenido ha supuesto un gran avance en la doctrina de los derechos fundamentales. Sin embargo, como inmediatamente tendremos ocasión de comprobar, los criterios de proporcionalidad requerirían de una mayor concreción, necesaria para su mayor practicidad, pero, a la vez, la ampliación de sus posibilidades de aplicación pugna con las limitaciones derivadas de la división de poderes y del peligro de que el Tribunal Constitucional pueda ejercer el papel encomendado al legislador penal.

1. ¿Qué significa el principio de ultima ratio? Nombra otro principio limitador del Derecho penal.
2. ¿Qué significa que esos límites “han hallado un instrumento de aplicación a través del juicio de proporcionalidad, que opera como canon de constitucionalidad no sólo en el momento de aplicación de las normas, sino también en el momento de su creación”? ¿Cuáles son los baremos utilizados para testar la proporcionalidad de una norma?
3. ¿A qué órgano judicial tendría que pedirse que declarara inconstitucional una norma lesiva del principio de proporcionalidad?

Lección 3ª

LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

ÍNDICE

- I. Indicaciones para el uso de los materiales
- II. Acercándonos al tema y al problema
 - 1. Los principios que determinan la aplicación espacial de la ley penal
 - 2. Los instrumentos: la extradición y la Orden Europea de Detención y Entrega.
 - 3. La posibilidad de un Derecho penal internacional
- III. Aplicando lo aprendido
 - 1. Caso resuelto
 - 2. Casos para resolver

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Esta lección deberá prepararse por el alumno de forma autónoma. Los presentes materiales contienen sólo las indicaciones para su estudio, un guión de los contenidos de la lección. Se completan con unos casos que el alumno deberá realizar para asegurarse de que ha adquirido los conocimientos necesarios.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

En este tema se encuadran tres grandes cuestiones: los principios determinantes de la aplicación del Derecho penal español, los instrumentos procesales para poder a disposición de la jurisdicción penal española a las personas reclamadas para ser juzgadas y, por último, la existencia de un Derecho penal supranacional cuyo principal exponente es el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional.

1. Los principios que determinan la aplicación espacial de la ley penal

En este epígrafe se trata de determinar a qué casos puede aplicarse la ley penal española, cuestión que viene regulada en el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 23 Ley Orgánica del Poder Judicial:

1. En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte.

2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a. Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.
- b. Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.
- c. Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b. Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c. Rebelión y sedición.
- d. Falsificación de la Firma o Estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e. Falsificación de moneda española y su expedición.
- f. Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g. Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h. Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
- i. Los relativos al control de cambios.

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. Genocidio y lesa humanidad.
- b. Terrorismo.
- c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d. Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e. Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f. Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g. Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h. Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

5. Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c del apartado 2 del presente artículo.

La regla general es que la ley penal se aplica, lógicamente, a los casos cometidos en territorio nacional, dado que el *ius puniendi* constituye un ejercicio de soberanía. Esta regla se conoce como **principio de territorialidad** e implica la necesidad de fijar dos conceptos:

- a. El concepto de territorio. ¿Qué puede ser considerado territorio español?
- b. El lugar de comisión del delito. ¿Qué entendemos por comisión del delito a los efectos de aplicación del principio de territorialidad?

1. Ambas cuestiones se van planteadas en los siguientes casos. Analízalos.

- a. A, de nacionalidad peruana, mata a B, ciudadano también peruano, en la embajada española en Lima. ¿Es correcto considerar territorio español a la embajada española en Perú? ¿Sería entonces competente la jurisdicción penal española para conocer estos casos en aplicación del principio de territorialidad?
- b. Se comete un delito a bordo de un buque con bandera nepalí mientras navegaba a una distancia de 10 millas náuticas de la costa española, es decir, dentro del mar territorial. ¿Se produjo la comisión del hecho delictivo en territorio español a los efectos de aplicar el principio de territorialidad?
- c. A, de nacionalidad francesa, apuñala a B, también francés, en Biarritz, pero dado el colapso del hospital francés, B es trasladado a San Sebastián donde muere a la hora de ingresar. ¿Pueden los órganos judiciales españoles enjuiciar dicho supuesto y aplicar la ley pena española? ¿Se trata de un delito cometido en territorio español?
- d. ¿Sería España competente para enjuiciar los denominados “vuelos de la C.I.A”. por el hecho de que algunos de los aviones que llevaban personas supuestamente detenidas ilegalmente atravesaron el espacio aéreo español e hicieron escala en aeropuertos españoles? A este supuesto deberíamos aproximarnos tanto desde el concepto de territorio como desde la perspectiva del lugar de comisión del delito.

Ahora bien, hay supuestos en los que la ley penal española puede ser aplicada aunque el hecho se haya cometido en otro país. Esta aplicación extraterritorial de la ley penal española es posible por aplicación de los siguientes principios: **principio de personalidad activa, de interés nacional**, también conocido como principio real o de defensa y **principio de justicia universal**.

2. Lee el art. 23 LOPJ y señala en torno a qué tres principios y con qué condiciones se articula la aplicación ultraterritorial de la norma penal española. Trata también de determinar las razones que fundamentan esa aplicación fuera de nuestro país. Puedes usar la siguiente tabla para ello:

PRECEPTO	PRINCIPIO	REQUISITOS	FUNDAMENTO

De los principios que permiten una aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio español, el más discutido en España en los últimos tiempos es el **principio de justicia universal**, que ha sido sustancialmente reformado mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

3. Compara la actual redacción del principio de justicia universal con la redacción anterior a la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2009. La antigua redacción es la siguiente:

23. 4. Ley Orgánica del Poder Judicial en su anterior versión

Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a. Genocidio.
- b. Terrorismo.
- c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d. Falsificación de moneda extranjera.
- e. Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f. Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g. Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- h. Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- i. Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

5. Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c del apartado 2 del presente artículo.

El principio de justicia universal responde a la necesidad de que no queden impunes determinados delitos que afectarían, más allá de las víctimas concretas, a bienes jurídicos de la humanidad. En buena parte de los casos se trata de delitos que son perpetrados a través de aparatos de poder, de ahí la dificultad de su persecución en los países donde son cometidos, al menos mientras sus autores permanecen en el poder.

El principio de justicia universal en su configuración anterior a la última reforma no contemplaba como requisito para su aplicación más que se tratara de uno de los delitos mencionados y que no se incurriera en un bis in ídem (que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena). Esta amplitud del principio hizo que la jurisdicción española se declarara competente, a veces incluso llegando a celebrar proceso penal y dictar sentencia, en casos que tuvieron gran repercusión mediática y jurídica (caso Pinochet (Chile), caso Scilingo (Argentina), caso genocidio Guatemala, caso Falung Gong (China), etc.)

A partir del caso Pinochet comenzaron a presentarse ante la jurisdicción española denuncias y querellas para la persecución de los responsables de delitos de genocidio, torturas, etc., lo que dio lugar a la polémica entre el Tribunal Supremo, que intentó marcar una línea restrictiva exigiendo que el hecho denunciado tuviera algún punto de conexión con España (SSTS 327/2003, de 25 de febrero y 645/2006, de 20 de junio), y el Tribunal Constitucional (STC 237/2005, de 26 de septiembre), que estimó que dicha interpretación restrictiva vulneraba la Constitución al exigir para el acceso a la jurisdicción unos requisitos (la conexión) que no estaban previstos en la ley.

Esta recepción de denuncias y querellas invocando el principio de justicia universal también preocupaba al Gobierno por las consecuencias negativas que las actuaciones penales podrían tener en las relaciones diplomáticas, comerciales, etc. con los países implicados, lo que dio lugar a la reforma de la LOPJ, operada mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, reforma ampliamente contestada desde ámbitos jurídicos y de defensa de los derechos humanos. Mediante esta reforma se limita el principio de justicia universal exigiendo —además de que se trate de los delitos especificados y de la no vulneración del bis in ídem— que exista una conexión con nuestro país, entendida en los términos que establece el art. 23 LOPJ

Puede obtenerse información sobre este principio en: <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/justiciauniversal.htm>

2. Los instrumentos: la extradición y la Orden Europea de Detención y Entrega.

Una vez afirmada la aplicabilidad de la ley penal española puede ocurrir que la persona a quien juzgar no esté en territorio español, por lo que los órganos judiciales necesitan de la cooperación de terceros países para que el presunto delincuente sea puesto a su disposición para poder juzgarle. Esta cooperación no sólo es necesaria para procesar a alguien, sino también para poder ejecutar una pena que ha sido ya impuesta, pero que no se puede aplicar porque la persona condenada se encuentra en el extranjero.

La forma tradicional de lograr enjuiciar o a sujetos que se están fuera del país es **la extradición**, mediante la cual un Estado (Estado requirente) pide a otro (Estado requerido) la entrega de una persona que se encuentra en el territorio del Estado requerido. Cómo, qué órganos, por qué principios se rige, en qué condiciones se pide o se accede a la extradición viene regulado en las siguientes

normas. Cuando España es el Estado requirente, se sigue lo establecido en los artículos 824 a 833 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cuando España es el Estado requerido, se estará a lo dispuesto en la Ley de Extradición pasiva.

En el ámbito de la Unión Europea, en el intento de ir gestando un espacio común también en la justicia se elaboró la Orden Europea de Detención y Entrega (Euroorden) con la finalidad de agilizar la entrega de personas imputadas o condenadas entre los Estados miembros. La Euroorden (Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002) fue traspuesta a nuestro derecho interno por la L 3/2003, de 14 de marzo.

Sobre la Euroorden resulta útil consultar la información ofrecida en la página Web del Ministerio de Justicia y de la Unión Europea:

[*\(http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197995954/Tematica_C/1215198003700/Detalle.html?paraml=1\)](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197995954/Tematica_C/1215198003700/Detalle.html?paraml=1) y de la Unión Europea
[*\(http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/133167_es.htm#amendingact\)](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/133167_es.htm#amendingact).

3. La posibilidad de un Derecho penal internacional

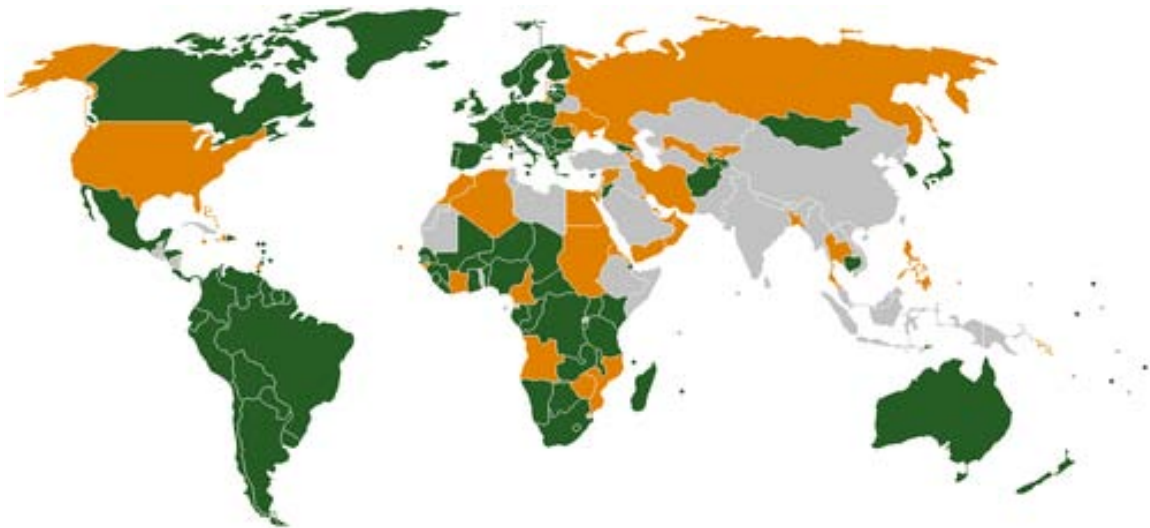
El Derecho penal internacional abarca el conjunto de normas emanadas de la comunidad internacional dirigidas a la persecución de actos delictivos. Comprendería las normas jurídicas emanadas de organismos internacionales o productos de acuerdos y tratados entre los Estados referentes a delitos, sus consecuencias, enjuiciamiento, creación de los órganos judiciales encargados de ello y procedimientos de enjuiciamiento. Sus fuentes son los acuerdos interestatales o normas emanadas de los organismos internacionales. Pero su naturaleza híbrida (penal e internacional) ha planteado en ocasiones la posibilidad de admitir la costumbre y los principios generales del Derecho como fuentes, opción más defendida por los internacionalistas que por los penalistas.

Entre estas normas destaca el **Estatuto de Roma del Tribunal penal internacional (TPI) de 1998** (ratificado 2000, entrada en vigor en 2002), que viene a establecer por primera vez una jurisdicción penal internacional permanente, creando la **Corte Penal Internacional**. Hasta ese momento sólo se habían creado Tribunales internacionales *ad hoc* para enjuiciar hechos concretos, como fue el caso pionero de los Tribunales de Núremberg o de Tokio, nacidos para enjuiciar los crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad perpetrados durante la Segunda Guerra Mundial.

Frente a esos antecedentes, el Tribunal o Corte Penal Internacional es permanente, actuando respecto a los delitos contemplados en el Estatuto de Roma y con vinculación a las Naciones Unidas. La Corte Penal, que se ha considerado un avance para la justicia universal, tiene competencias para investigar y juzgar crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Su cometido choca con algunas limitaciones, temporales, territoriales y personales, y sólo opera cuando los Estados parte no pueden o no tienen intención de cumplir con sus obligaciones.

4. Tras consultar el Estatuto de Roma y revisar los materiales teóricos explica los siguientes puntos:
 - a. Competencia material del Tribunal (¿Qué infracciones penales puede enjuiciar?)
 - b. Competencia espacial del Tribunal
 - c. ¿Quién puede impulsar la actuación del TPI?
 - d. El siguiente mapa muestra los Estados que son parte del TPI (en naranja figuran los Estados parte que han firmado pero no han ratificado el Estatuto). Conforme a ello, y atendiendo a los principios que rigen su actuación, ¿podría enjuiciar el TPI crímenes de guerra cometidos por ciudadanos de Libia en Libia? ¿Y por un ciudadano español en Libia?
 - e. Esta pregunta tiene cierta complejidad: un estadounidense comete un crimen de guerra en Chile y es descubierto en territorio español. La Corte le pide al Estado español que lo entregue para juzgarle. ¿Estaría obligado el Estado español a entregarle?

5. ¿Con qué se corresponden los diferentes colores de este mapa?



III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto

a. Supuesto de hecho

A, de nacionalidad saudí y de gran influencia en su país por sus vínculos con la monarquía reinante, presuntamente violó a la joven B, de nacionalidad española, durante su estancia de un mes en Arabia Saudí. La violación se habría cometido en el transcurso de una fiesta ofrecida por A, a la que asistió B.

B intenta denunciar los hechos ante las autoridades saudís para que A sea enjuiciado y castigado, pero a la vista de las dificultades de todo tipo, una vez en España presenta una denuncia ante el Juzgado de Guardia de la ciudad donde reside. Se daba la circunstancia

que al tiempo de presentar la denuncia ante la jurisdicción penal española, A se encontraba de viaje en nuestro país.

Determina razonadamente si resulta aplicable el Derecho penal español a los hechos narrados.

b. Resolución del supuesto

El presente supuesto plantea un problema de aplicación extraterritorial de la ley penal, es decir, si es sería posible enjuiciar y castigar a los autores de hechos delictivos punibles según el ordenamiento penal español pero que han sido cometidos fuera del territorio de nuestro país, que es lo que sucede en el caso sometido a analizar.

Para hallar la respuesta hemos de acudir al art. 23 LOPJ, que establece los criterios determinantes de la aplicabilidad del Derecho penal español.

El primer criterio que consagra es el de territorialidad, que no entraría en consideración en el presente caso, puesto que el hecho se cometió en Arabia Saudí. Junto al de territorialidad, el art. 23 LOPJ consagra tres criterios según los cuales sería posible la aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera de España: principio de personalidad activa, principio de interés real y principio de justicia universal. Sin embargo, si leemos atentamente los requisitos a los que se subordinan, ninguno de estos principios sería de aplicación al supuesto a resolver.

El principio de personalidad activa (art. 23.2 LOPJ) exigiría que el autor de los hechos delictivos fuera español o extranjero nacionalizado español, requisito que no concurre, puesto que el supuesto autor posee nacionalidad saudí. El principio de interés nacional (art. 23.3 LOPJ) permite aplicar el Derecho penal español a hechos cometidos fuera de nuestro territorio, aunque el autor no se español, pero para ello es necesario que se trate de uno de los delitos especificados, en los que se entienden afectados intereses básicos del Estado. Sin embargo, la violación no está entre los delitos que permitirían la aplicación de la ley española en atención a la salvaguarda del interés estatal. Tampoco sería aplicable el principio de justicia universal que pretende favorecer el castigo de delitos que afectan a la comunidad internacional, delitos entre el que no se encuentra el sufrido por B.

Del anterior análisis podemos concluir que los órganos penales españoles no pueden enjuiciar la conducta denunciada por B, ni siquiera aunque su autor se encontrara en territorio español. Eso es así porque el artículo 23 LOPJ no consagra el “principio de personalidad pasiva” (o de protección de los nacionales), que permitiría conocer hechos como el recogido en el supuesto de hecho cuando el nacional fuera español, con independencia de la nacionalidad del autor. Esta posibilidad se contemplaba en la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial, pero se suprimió por entender que respondía a un concepto de nacionalismo que debía ser superado. Sin embargo, supuestos como el analizado podrían servir para plantear de “lege ferenda” la introducción de dicho principio, aunque fuera limitado a delitos graves y a los efectos de evitar impunidades difícilmente comprensibles, como la que se produciría en el caso analizado .

2. Casos para resolver

a. “Women on waves”

Conforme a la información obtenida en Internet:



WOMEN ON WAVES. Ofrece una opción segura y legal

Cada 8 minutos en algún lugar del planeta muere una mujer innecesariamente a causa de un aborto ilegal y poco seguro. En respuesta a esta violación a los derechos humanos y necesidad médica, Mujeres sobre las Olas navega a los países donde el aborto es ilegal. Esto se hace por invitación de organizaciones locales de mujeres. Con el uso del barco, es posible proveer abortos médicos a tiempo de manera segura, profesional y legal. Mujeres sobre las Olas busca prevenir los abortos poco seguros y empoderar a las mujeres para que tengan pleno ejercicio de sus derechos humanos a la autonomía física y mental al combinar servicios del cuidado de la salud y educación sexual con asesoramiento jurídico.

¿Cómo opera “Women on Waves” para que practicar abortos legales a mujeres de países donde el aborto no es legal?

b. Caso Couso

En la Audiencia Nacional se juzga el “caso Couso”, reportero gráfico español presuntamente asesinado en la guerra de Irak por militares estadounidenses que habrían disparado su tanque a pesar de saber que se trataba de un periodista. ¿Dónde está recogida la competencia de la jurisdicción española para conocer de estos casos? ¿Qué es lo que se establece al respecto? (más información sobre el caso Couso: <http://www.20minutos.es/noticia/228473>)

(Caso incorporado a la lista de preguntas de examen)

c. Operación Plomo Fundido

“Entre el 27 de diciembre de 2008 y el 18 de enero de 2009, el ataque del ejército israelí a la Franja de Gaza conocido como Operación Plomo Fundido se saldó con cientos de muertos y miles de heridos entre la población civil palestina. Las fuerzas armadas israelíes lanzaron ataques aéreos y terrestres contra Gaza, destruyendo centros médicos, bienes de carácter civil, infraestructuras e instalaciones de la ONU. Los grupos armados palestinos, incluido Hamás, lanzaron indiscriminadamente cientos de cohetes desde Gaza contra el sur de Israel, matando a tres civiles israelíes, hiriendo a decenas más y causando importantes daños materiales.

Durante los 22 días de conflicto murieron unos 1.400 palestinos y 13 israelíes. Tres de los israelíes y la mayoría de los palestinos eran civiles. En estos 22 días murieron más palestinos que en ninguna otra ofensiva israelí anterior”. Texto extraído de <http://www.es.amnesty.org/paises/israel-y-territorios-ocupados/justicia-internacional-para-las-victimas-de-gaza-y-el-sur-de-israel/>

¿Crees que la Corte Penal Internacional es competente para juzgar los hechos referidos? ¿Por qué crees que todavía no se han llevado a cabo actuaciones en este sentido?

Lección 4ª

LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad: una primera aproximación a estas categorías
 - 2. Tipicidad: significado, elementos y estructuras típicas básicas
 - 3. La clasificación de los delitos. El concepto legal de delito

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Con esta lección nos adentramos en el segundo de los tres grandes bloques en los que se divide esta asignatura. En este bloque estudiaremos los **requisitos que tienen que concurrir para poder afirmar que un sujeto ha cometido un delito**. Todos estos elementos serán aquí enunciados, puesto que será en los temas sucesivos, en los que cada concepto se verá definido y descrito con detalle, por lo que la presente lección servirá como tema introductorio que nos sitúe dentro del esquema de la teoría del delito.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

1. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad: una primera aproximación a estas categorías

Cada delito (aborto, asesinato, homicidio, robo, cohecho, delito urbanístico, etc) tiene unos requisitos específicos, que se estudian en la Parte Especial del Derecho penal (asignatura de Derecho penal II). Pero también y con carácter general han de concurrir una serie de principios y requisitos para poder afirmar que estamos ante un delito y su gravedad. En la Parte General estudiamos estos requisitos, figuras, presupuestos, etc., que han de analizarse para poder calificar un comportamiento como delictivo y poderle imponer al sujeto una sanción penal. Estos elementos son de muy diferente tipo: necesidad de dolo o imprudencia, la condición de autor o partícipe, la consumación o la tentativa, actos preparatorios, legítima

defensa, cumplimiento de un deber, trastorno mental, error de prohibición y un largo etcétera de figuras. Para una aplicación más racional del Derecho, para un mejor análisis, estos requisitos se agrupan en categorías, se sistematizan, se organizan configurando un sistema que es lo que denominamos TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO. En conclusión, la teoría jurídica del delito no sólo se ocupa de analizar las exigencias que han de concurrir para poder calificar un hecho como delito y poder imponer responsabilidad penal a un sujeto.

Existen diferentes formas de organizar los requisitos o aspectos relevantes del delito (finalismo, causalismo, etc.) y diferentes formas de explicar su sistematización. En el esquema aquí propuesto se ha partido como idea rectora de la **función motivadora de las normas penales**.

Suele decirse que el delito es un comportamiento **típico, antijurídico y culpable**.

Los requisitos para hablar de delito pueden, a nuestro juicio, agruparse en **dos grandes bloques** (consultar esquema página 3). Estos dos grandes bloques son el **injusto y la culpabilidad**. Las tres características que tiene que cumplir un comportamiento para poder ser definido como delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), se distribuyen dentro de los dos bloques como sigue: la tipicidad y la antijuridicidad compondrían el bloque del injusto penal, mientras que la culpabilidad conformaría, como único elemento, su propio bloque.

También suele manejarse una cuarta categoría polémica: punibilidad. En ella se analizarían aquellos casos en los que a pesar de estar ante un comportamiento típico, antijurídico y culpable, el Derecho penal renuncia a la sanción por razones fundamentalmente de oportunidad.

1. ¿Qué categorías (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad) crees que se ven afectadas en los siguientes supuestos? Trata de argumentar la respuesta.
 - a. A ha conseguido reducir a B e intenta violarle. B consigue hacerse con un cuchillo y apuñala a A, causándole lesiones de consideración.
 - b. A va conduciendo su automóvil por una pendiente. De pronto nota que los frenos no funcionan y en una curva no puede impedir colisionar con un vehículo, muriendo el ocupante de éste. El coche de A había pasado la ITV hacía una semana y hacía un mes una revisión general en un taller mecánico. El fallo se debió a un defecto de fabricación que A no podía haber previsto.
 - c. A sustrae a su esposa 50.000 euros (de dinero privativo) para pagar unas deudas de juego. A no responde penalmente por el hurto, porque el art. 268 CP exime de responsabilidad penal a los cónyuges por los delitos patrimoniales que se causen entre sí.
 - d. A sufre una psicosis que le hace oír voces que le ordenan matar a X. A, a consecuencia de ese trastorno que le limita su capacidad volitiva, mata a X.

ESQUEMA DE LAS CATEGORÍAS QUE INTEGRAN EL DELITO

DELITO

INJUSTO PENAL **ANTI JURIDICIDAD,**

ILÍCITO PENAL (diversas denominaciones)

Aquellos elementos que determinan el carácter prohibido del hecho y su gravedad. Cuando concurren estos requisitos, el hecho está valorado negativamente por el D.P. Estos requisitos hacen alusión a la:

CULPABILIDAD, **REPROCHABILIDAD...**

Elementos que indican si un hecho prohibido es reprochable a su autor.

Los requisitos de esta categoría suelen agruparse en:

- Imputabilidad
- Exigibilidad
- Conciencia de antijuridicidad

Tipicidad

Aquellos elementos que han de concurrir para que un hecho tenga relevancia penal, sea subsumible en la descripción de algún tipo delictivo.

A su vez se diferencia en función de la naturaleza de los elementos que describen el tipo entre:

- Tipo objetivo: conducta, relación de causalidad e imputación objetiva
- Tipo subjetivo: dolo, imprudencia y otros

Antijuridicidad **en sentido estricto**

(Ausencia de causas de justificación)

En determinados casos el DP permite lesionar bienes jurídicos, realizar conductas subsumibles en un tipo penal. Esto sucede cuando concurren causas de justificación

2. La tipicidad: significado, elementos y estructuras típicas básicas

Dentro de la teoría jurídica del delito, la tipicidad alude al conjunto de elementos que han de concurrir para que un hecho tenga relevancia penal. Selecciona, por tanto, dentro de la realidad, los sucesos que son relevantes para el Derecho penal: aquéllos que puedan subsumirse en la descripción de algún tipo delictivo.

2. Con tus conocimientos actuales, apunta cuáles de los siguientes hechos son, en principio, relevantes penalmente:

A aparca su coche en doble fila mientras hace unas gestiones en Hacienda.

A pega a B un puñetazo, B se lo devuelve para evitar que A continúe golpeándolo.

A fuma un porro en un parque público.

A, haciéndose pasar por un agente de seguros, convence a B para que contrate un seguro, en realidad inexistente, y le abone en tal concepto 600 euros. B le paga los 600 euros.

A va conduciendo y hablando por el móvil al mismo tiempo, por lo que no se percata de que un peatón está cruzando un paso de cebra y lo atropella, causándole la fractura del fémur derecho.

A pesar de las múltiples diferencias que existen entre las distintas figuras delictivas contempladas por la ley, su estructura presenta una serie de elementos comunes. Se repiten elementos como la conducta, el sujeto activo, el bien jurídico, el objeto material, etc. En función de la naturaleza de los elementos que describen el tipo se distingue entre tipo objetivo y tipo subjetivo. En el primer caso se atiende, entre otras cuestiones, a la conducta que realizó el sujeto –si tiene carácter activo u omisivo–, y, en su caso, a la necesidad de que se genere un resultado y su nexo con la conducta (relación de causalidad e imputación objetiva). El tipo subjetivo puede ser doloso o imprudente, en función de que se requiera dolo o baste con que el sujeto actúe con falta de cuidado.

Como estructuras típicas básicas en torno a las cuales se articula el estudio de los elementos precisos para que pueda afirmarse que hay una conducta típica se contemplan cuatro, fruto de la combinación de dos criterios: el carácter activo u omisivo del comportamiento y el carácter doloso o imprudente del mismo:

1. Tipo doloso de acción
2. Tipo imprudente de acción
3. Tipo doloso de omisión
4. Tipo imprudente de omisión

Además de los elementos anteriores, existen otros a los que se alude muy a menudo y que aparecen en las figuras delictivas por muy dispar que sea su contenido. Por eso es conveniente que tengas claras las siguientes definiciones:

5. Sujeto activo: aquel sujeto que lleva a cabo el comportamiento típico. Puede ser tanto una persona física como jurídica.

6. Sujeto pasivo: titular del bien jurídico afectado. Puede ser una persona física o jurídica o la propia comunidad.
7. Objeto material: objeto sobre el que recae físicamente el comportamiento típico. Puede ser una persona o una cosa.
8. Bien jurídico protegido: interés o valor efectivamente protegido por la norma penal vulnerada. Este concepto es clave de cara a interpretar los distintos delitos, a clasificarlos en función de la mayor o menor importancia del bien jurídico que protegen y a establecer la pena que cada delito debe recibir.
9. Víctima: persona sobre la que recae físicamente la acción típica.
10. Perjudicado: todos aquellos sujetos que sufren consecuencias lesivas derivadas de la comisión del delito. Este concepto tiene relevancia en el ámbito de las responsabilidades civiles derivadas de delito, pues el perjudicado es quien tiene derecho a la reparación.

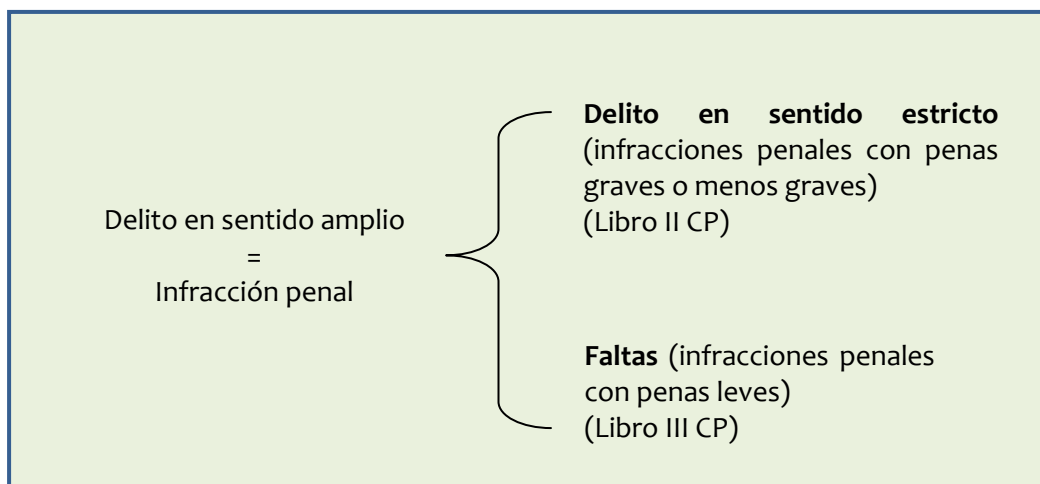
3. Determina en los siguientes ejemplos cada uno de los elementos anteriormente definidos. Se ofrece un primer supuesto resuelto:

- a. A presta a su compañera de piso B su bolso para salir por la noche. Mientras está tomando unas cañas en un bar y aprovechando el descuido de B, C se lleva el bolso. EL sujeto activo es C, pues realiza la acción típica de un hurto (tomar una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño: art. 234 CP). El sujeto pasivo es A (titular del bien jurídico patrimonio protegido en el tipo de hurto), que es también el perjudicado (tiene derecho a que se reparen los perjuicios que le han sido causados). La víctima será A (a quien le hurtan el bolso). El objeto material es el propio bolso (es el objeto que físicamente toma el sujeto activo) y el bien jurídico o interés protegido en el delito de hurto es el patrimonio.
- b. A mata a B, casado y con dos hijos, de un navajazo. Art. 138 CP.
- c. Un sujeto A se dedica a vender grandes cantidades de cocaína que adquiere a un traficante colombiano a pequeños distribuidores para que cada uno haga negocio en su barrio. Art. 368 CP.
- d. A viola a B. Art. 179 CP.
- e. La empresa papelera Z decide no realizar obras de acondicionamiento de sus canalizaciones, puesto que le supone un incremento del 15% en el presupuesto total de gasto del año. Como consecuencia, se producen diariamente una tonelada de vertidos contaminantes a un río afluente del Tajo. Art. 325 y 327 CP.
- f. El sujeto G, tras circular a una velocidad de 185 km/h en la AP-6, es detenido por la Guardia Civil, que procede a realizar un control de alcoholemia, en la que G da un resultado de 0,8 mg/l. G no había producido ningún resultado lesivo. Art. 379 CP.

3. La clasificación de los delitos. El concepto legal de delito

Existen múltiples posibilidades de clasificar los delitos, en atención a diferentes perspectivas. Aquí haremos mención tan sólo a las clasificaciones más comunes.

1. En primer lugar, ha de quedar claro que el término “delito” puede emplearse en sentido amplio o en sentido estricto. Cuando utilizamos delito en sentido amplio lo hacemos como sinónimo de infracción penal e incluye tanto las infracciones penales castigadas con penas graves o menos graves (delito en sentido estricto) y las infracciones penales leves (faltas)



La mayor parte de los delitos son susceptibles de ser clasificados desde varias perspectivas: por ejemplo, del delito de homicidio puede decirse (entre otras cosas) que es un delito grave de resultado que puede ser doloso o imprudente y admite la modalidad activa y la comisión por omisión. A pesar de que la mejor manera de estudiar las posibles calificaciones es plantearlas en el momento que se aborden las cuestiones de fondo a las que responden, no está de más adelantar, sin ánimo de exhaustividad, las clasificaciones más frecuentes.

2. En primer lugar, puede hablarse de “**concepto legal**” de delito, que sería la definición que ofrece el art. 10 CP.

4. [Lee ese precepto y compara la definición legal con los elementos de la definición dogmática referidos en el cuadro de más arriba](#)

3. También el Código diferencia entre los **delitos graves** y los **menos graves** y **faltas**, dependiendo de la pena que tenga en abstracto prevista la infracción penal en cuestión. A pesar de ser una diferencia meramente cuantitativa, puede tener ciertas consecuencias materiales, como sería el caso de la tentativa (excepcionalmente punible en el caso de las faltas), la prescripción (los tiempos

están en función de la gravedad) o las reglas de determinación de la pena (muchas de ellas sólo aplicables a los delitos). Asimismo, existen consecuencias procesales relativas a la competencia de los órganos jurisdiccionales y el procedimiento en función de la gravedad de la pena prevista.

5. Busca en el Código penal los artículos que consagran esta clasificación y que establecen las penas que determinan dicha clasificación

4. Los delitos pueden llevarse a cabo tanto por acción como por omisión. Los **delitos de acción** son aquellos en los que el comportamiento típico consiste en un hacer (clavar un cuchillo, imponer una relación sexual forzada, coger un monedero del bolso sin consentimiento del dueño, etc) y son **delitos de omisión** aquellos en que el comportamiento típico consiste en la no realización de la conducta debida. Hay delitos que sólo pueden llevarse a cabo mediante una acción (ej. bigamia (art. 217 CP), hay otros delitos que pueden llevarse a cabo únicamente mediante una omisión (ej. omisión de los deberes de impedir determinados delitos o de promover su persecución (art. 450)) y hay delitos que pueden cometerse de ambas formas (ej. comete un homicidio tanto los padres que dejan morir a su hijo de inanición como los padres que matan a su hijo golpeándole (art. 138). Estas cuestiones serán analizadas con mayor profundidad en la lección 10.

6. Determina en relación a los siguientes delitos, de qué manera, si por acción, omisión o ambas, puede cometerse:

- a. Falso testimonio
- b. Agresión sexual
- c. Omisión del deber de socorro

5. Dependiendo de si el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona o, si por el contrario, ha de ser un sujeto que reúna determinadas cualidades exigidas por la ley, nos encontraremos ante **delitos comunes** o **delitos especiales**.

7. Consulta el Código penal e indica si son comunes o especiales los siguientes delitos

- a. Homicidio
- b. Prevaricación
- c. Lesiones
- d. Malversación

6. **Delitos de mera actividad (o inactividad) y delitos de resultado.** Otra forma de calificar los delitos reside en cómo afectan al bien jurídico. Hay delitos que consuman, es decir, lesionan el bien jurídico con la simple realización de la actividad descrita en el tipo (ej. para castigar por delito de cohecho del art. 419 basta con que la autoridad o funcionario reciba o solicite dádiva o recompensa para realizar en el ejercicio de su cargo una actuación indebida, sin que sea necesario que dicha actuación se llegue a verificar o que se cause un daño concreto; la simple realización de la conducta descrita lesionaría el bien jurídico del buen funcionamiento de la Administración pública) y hay delitos que para considerarse consumados no basta la realización de la conducta típica sino que ha de producirse además un resultado que materialice la lesión del bien jurídico (ej. el art. 138 exige no sólo una acción de

disparar, apuñalar, etc., sino además la producción del resultado muerte). En el primer caso estamos ante un delito de actividad y en el segundo ante un delito de resultado.

8. Califica los siguientes delitos como delitos de mera actividad o de resultado:
 - a. Asesinato
 - b. Allanamiento de morada
 - c. Agresión sexual
 - d. Robo con violencia o intimidación

7. La última clasificación a la que nos referiremos es aquella que distingue entre **delitos de lesión y delitos de peligro**. Los delitos de lesión son los que exigen el menoscabo del bien jurídico protegido, mientras que los delitos de peligro exigen para su apreciación únicamente la creación de un riesgo para el bien jurídico protegido. Dentro de los delitos de peligro, podemos encontrarnos con **delitos de peligro concreto o abstracto**, en función de la efectiva y particular o genérica y abstracta puesta en peligro del bien jurídico.

9. Dentro de los delitos contra la seguridad vial nos encontramos con las tres posibilidades: delito de lesión, de peligro abstracto y de peligro concreto. Lee atentamente los arts. 379 y ss e identifica un delito de peligro concreto y un delito de peligro abstracto.
10. Para comprobar que has comprendido las categorías que se acaban de describir, define los siguientes delitos desde todos los posibles puntos de vista (graves-menos graves, de acción u omisión, comunes o especiales, mera actividad o resultado, de lesión o de peligro)
 - a. Homicidio
 - b. Detención ilegal
 - c. Estafa
 - d. Amenazas
 - e. Prevaricación

Lección 5ª

EL COMPORTAMIENTO HUMANO

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Concepto de conducta o comportamiento humano
 - 2. Causas de exclusión del comportamiento humano
 - a. Fuerza irresistible
 - b. Actos reflejos
 - c. Estados de inconsciencia
 - 3. *Actio libera in causa*
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto
 - 2. Casos para resolver

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Resulta imprescindible preparar por anticipado estos materiales, así como realizar una lectura detenida de material bibliográfico específico o del tema correspondiente en el manual de Derecho penal (Parte general) que se esté usando.

En el apartado de caso resuelto, hemos incluido el texto de una Sentencia. Creemos muy importante que te acostumbres desde el primer momento a la lectura y análisis de textos jurisprudenciales.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

1. Concepto de conducta o comportamiento humano

El comportamiento (o conducta) en sentido jurídico penal es el primero de los requisitos exigibles respecto a cualquier hecho que se quiera (des)valorar desde el punto de vista penal. Este elemento común a todo delito puede consistir en una actuación positiva (acción) o en una omisión. Como tal requisito se encuentra recogido en el art. 10 CP.

1. Transcribe dicho artículo

El comportamiento sería el primero de los requisitos en el esquema de ordenación de los elementos del delito que constituye la teoría jurídica del delito, de

forma que si no puede afirmarse su presencia, no habrá delito. Ahora bien, **afirmar la existencia del elemento conducta o comportamiento no supone confirmar ya la existencia de un ilícito penal** del que responda el sujeto, pues es preciso que, además, se den el resto de elementos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

El papel que actualmente se atribuye al comportamiento como elemento del delito está muy lejos de la importancia que tuvo en épocas pasadas, cuando era la base sobre la que se construía la dogmática penal y el elemento capital en el que se pretendía que estuvieran ya presentes los rasgos definitorios de todo delito. Hoy en día se estima que, si bien en toda figura delictiva ha de existir una conducta, la relevancia penal de la misma viene determinada por factores distintos, esencialmente los que definen como típica esa conducta. La exigencia de un comportamiento humano es sólo **una exigencia de mínimos**, que permite excluir de antemano sucesos reales absolutamente irrelevantes para el Derecho penal. En este sentido es frecuente encontrar hoy en la doctrina un concepto de conducta en sentido penal que se limita a exigir como requisitos mínimos que se trate de un comportamiento humano exterior y voluntario. Desde el principio se eliminan de la consideración penal los sucesos no provenientes de un ser humano, los pensamientos de las personas y aquellas acciones y omisiones que no puedan considerarse físicamente libres.

Una propuesta solvente de dar un concepto de conducta es la propuesta elaborada por el profesor Gimbernat Ordeig. Conforme a su tesis, existe comportamiento cuando:

“El Yo está **consciente** y **no está físicamente condicionado**
de manera necesaria”

Si prefieres otra definición:

Comportamiento es todo movimiento o inactividad **consciente y físicamente libre**

2. ¿Se te ocurre algún ejemplo de cuando el Yo puede no estar consciente? Y el condicionamiento físico, ¿podrías poner un ejemplo?

2. Causas de exclusión del comportamiento humano

De las definiciones anteriormente propuestas, podemos deducir que cuando se trata de un comportamiento no voluntario o, en términos de Gimbernat, el Yo no está consciente o existe algún condicionamiento físico, no existe conducta en el sentido jurídico-penal. Así, las circunstancias que se enumeran a continuación se

caracterizan por la ausencia de voluntad, porque en ellas el Yo no está consciente o existe un condicionamiento físico necesario.

1. Fuerza irresistible
2. Estados de inconsciencia
3. Movimientos reflejos

Son las llamadas causas de exclusión del comportamiento humano, que no están previstas expresamente por el legislador, sino que se infieren del propio concepto de conducta y de su reflejo en el art. 10 CP.

a. Fuerza irresistible

La fuerza irresistible constituye un supuesto de ausencia de acción caracterizado por la violencia física o material de origen externo ejercida sobre el agente que anula su voluntad y lo transforma en mero instrumento de realización del delito. La fuerza irresistible anula el control de los movimientos por la voluntad, por lo que se considera que ya no hay comportamiento.

Las características principales de la fuerza son:

- Desde el punto de vista cualitativo, ha de tratarse de una fuerza **física** (*vis física*) y no cabe la intimidación (*vis moralis*). El sujeto intimidado que cede a la amenaza actúa voluntariamente, por más que no libremente.
- Debe tener un origen externo, sea una persona o un fenómeno natural. No hay ausencia de conducta en los casos en los que el sujeto actúa impulsado por emociones internas como la ira. Si la fuerza procede de una persona, ésta responderá como autor del hecho.
- Desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza ha de ser una **irresistible** (*vis absoluta*), por lo que no puede admitirse una fuerza física que únicamente amedrente al sujeto y le obligue a actuar ante el temor de que la violencia continúe. En este caso, de nuevo hay voluntariedad, aunque esa fuerza resistible puede tener eficacia eximente o atenuadora de la responsabilidad, pero por motivos diversos a la presencia de un comportamiento humano voluntario. Habitualmente, en los supuestos en los que puede apreciarse fuerza irresistible nos encontramos con situaciones de inmovilidad del sujeto activo.

3. El procesado, José C. T. venía siendo testigo durante ya más de un año de los malos tratos físicos y psíquicos que su yerno infligía a su hija, situación por la que se sentía profundamente afectado, produciéndole una intensa aversión frente a su yerno. Una noche, en el curso de una fuerte discusión entre ambos sobre los malos tratos, en un estado extremadamente sobrecitado y fuera de sí, tomó la escopeta de caza que se hallaba encima de la mesa, disparando a su yerno y produciéndole la muerte (Supuesto extraído de la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1980). La defensa del acusado pidió la absolución argumentando que el acusado actuó impulsado por una fuerza irresistible, lo que impediría calificar su conducta de comportamiento humano como primer requisito de la responsabilidad penal. ¿Tiene razón la defensa del acusado?

4. El procesado que marchaba a una velocidad mayor que la reglamentariamente señalada para circular por la vía por la que discurría, súbitamente, se halló con un escalón perpendicular de unos ocho o diez centímetros de altura que presentaba la carretera y que se hallaba sin señalizar, a consecuencia de lo cual reventó un neumático de la rueda delantera izquierda, colisionando con el que venía en dirección contraria...
». Como consecuencia del choque se produjo la muerte del conductor del otro vehículo, lesiones en los tres ocupantes y daños en el coche. STS 16 mayo 1990. ¿Qué posible causa de ausencia de acción se daría en este supuesto?

b. Actos reflejos

Los actos o movimientos reflejos son supuestos en los que el organismo reacciona con movimientos musculares sin control del sistema nervioso central y sin que medien órdenes cerebrales. No hay, por tanto, una voluntad humana mínima a la que reconducir el suceso y, por tanto, no hay comportamiento humano como base de todo delito. Ejemplos de actos o movimientos reflejos serían los vómitos, los calambres, los espasmos, el cierre del ojo ante la proximidad de un objeto o una luz intensa, etc. Frente a un determinado estímulo, el movimiento reflejo aparece necesariamente condicionado, es decir, no es físicamente posible actuar de otra manera, por lo que no hay conducta penalmente relevante.

Hay que distinguir estos casos de los denominados “actos en cortocircuito” o “reacciones explosivas”. Estos se caracterizan porque, aunque la acción constituye un todo junto con el impulso pasional y no puede ser conducida, frenada o controlada por las capas altas de la personalidad, se hallan en un marco general de la personalidad. Como actos en cortocircuito pueden calificarse las reacciones de terror, de dolor, movimientos impulsivos de defensa o movimientos instintivos. En estos casos no puede afirmarse la ausencia de comportamiento humano penalmente relevante, porque no existe ni condicionamiento físico absoluto ni inconsciencia. Está presente la voluntad del sujeto como origen de la conducta, aunque lo cierto es que responde de forma automatizada. Su eficacia eximente o, en su caso, atenuante, se articula a través de la figura del trastorno mental transitorio.

5. Hechos probados: El procesado don José se encontraba, tras haber tomado unas copas en una taberna próxima, en una bodega de su propiedad en compañía de sus convecinos don Luis y don Eladio. En un determinado momento, el citado don José se inclinó hacia delante para sacar vino de una barrica. Mientras permanecía en esa posición, dándole la espalda a don Eladio, y con las piernas un poco separadas, “éste le agarró con fuerza los genitales con el propósito de gastarle una broma, y al sentirse dolido don José, giró bruscamente su cuerpo empujándole con el codo de tal modo que don Eladio cayó al suelo golpeándose fuertemente contra el suelo de cemento, con la cabeza, cayendo primeramente de lado y después de espaldas”. Don Eladio quedó unos momentos inconsciente, recuperándose aparentemente después. Sin embargo, falleció horas después, estimándose causa de la muerte “una contusión frontoparietal izquierda y hematoma apareinquitomatoso”. STS de 23 de septiembre de 1983, ponente Sr. García Miguel.

6. Mientras que la Audiencia Provincial de Tenerife condenó a don José a la pena de un año de prisión menor como responsable de un delito de homicidio atenuado, el Tribunal Supremo, al resolver la casación, absolvió a don José, por entender que nos encontramos ante uno de los llamados “actos reflejos” y, por tanto, no concurriría en este caso una acción en sentido jurídico penal. ¿Cuál de las dos soluciones te parece la más correcta? ¿Tiene sentido que el Tribunal Supremo entienda que nos encontramos ante un movimiento reflejo o podría tratarse de una acción en corto-circuito? Justifica tu respuesta.

c. Estados de inconsciencia

Bajo el término estados de inconsciencia se agrupan supuestos de ausencia de voluntad, en los que el Yo no se encuentra consciente, por lo que habitualmente dan lugar a supuestos de pasividad, aunque no puede descartarse que provoquen también movimientos activos. Un ejemplo de inactividad sería el del sujeto encargado de levantar el puente para que pase un barco al que se narcotiza para que no realice la maniobra. Un ejemplo de actividad estribaría en el sonámbulo que en sus paseos nocturnos tira un jarrón de la dinastía Ming.

Como es obvio, los supuestos más claros en los que el sujeto puede encontrarse en un estado de inconsciencia serían el sueño y los trastornos asociados al mismo (sonambulismo, narcolepsia, terrores nocturnos, etc.).

Mención aparte merecen los supuestos de hipnosis, ya que se trata de casos sumamente discutidos. Algunos autores afirman que existe ausencia de acción si el hipnotizado obedece necesariamente las órdenes del hipnotizador y, por tanto, carece de voluntad; pero es discutible, puesto que se entiende que la sugestión criminal sólo puede darse en personas predispuestas a dicho comportamiento.

7. María José ha dado a luz recientemente y se encuentra muy cansada por el llanto incesante de su hijo. Una noche, después de varios intentos para hacerle dormir, decide llevarlo a su cama y una vez que el niño se ha calmado, ella, agotada, también se duerme profundamente. Al despertar se da cuenta de que el niño ha muerto durante la noche como consecuencia de la presión de su cuerpo desplazado sobre aquél. ¿Existe en este supuesto una conducta en sentido penal?, ¿Responde penalmente María José por la muerte de su hijo?
8. El recurrente se quedó totalmente dormido al volante, mientras discurría por la carretera Nacional, N- V en el término municipal de Calzada de Oropesa y ello determina que ni vea señales de peligro, limitaciones de velocidad, preferencias de paso, ni conos acotando el espacio por donde podía discurrir y determina la desviación de su dirección, invasión del arcén, atropello del celador de Obras Públicas que en aquel lugar cumplía sus obligaciones, arrollándole y causándole la muerte». STS 29 enero 1980. ¿Nos encontraríamos ante un supuesto de ausencia de acción?

3. *Actio libera in causa (alic)*

9. Repasa de nuevo los supuestos planteados en las preguntas número 2, 4 y 5 y compáralos con el siguiente supuesto:
- a. Juan, guardagujas de la vía, acepta la cantidad de dinero que le ofrece Pedro para provocar un choque de trenes de mercancías al abstenerse de

efectuar el correspondiente cambio. Para evitar que los remordimientos le conduzcan a realizar el cambio de vía correspondiente en el último momento, Juan decide tomarse un potente somnífero. A las cinco de la tarde, mientras Juan duerme, chocan los trenes y se produce la muerte de los dos maquinistas.

- b. ¿Se trata de supuestos de ausencia de comportamiento? ¿Qué semejanzas y diferencias encuentras entre estos supuestos? ¿Consideras que podría exigirse responsabilidad penal a pesar de que en el momento de producirse los hechos concurriera una causa de exclusión del comportamiento humano? ¿Por qué? En el caso de que consideres que sí hay responsabilidad penal, ¿cómo la fundamentarías?

Bajo el término *actio libera in causa* se engloban situaciones en las que la fase en que el sujeto actúa de forma lesiva no se corresponde con una fase en la que actúe responsablemente pero, y esto es el rasgo definitorio, la situación de irresponsabilidad fue provocada por él mismo. Estas constelaciones se caracterizan por la sucesión de hechos relevantes para la atribución de responsabilidad. En el caso de producción de la situación de ausencia de acción que aquí nos ocupa: el sujeto, tras haber desencadenado la situación de ausencia de conducta para cometer el delito o pudiendo prever que lo cometería en ese momento de falta de conducta (*actio praecedens-causa libera*), genera un resultado lesivo (*actio subsequens*).

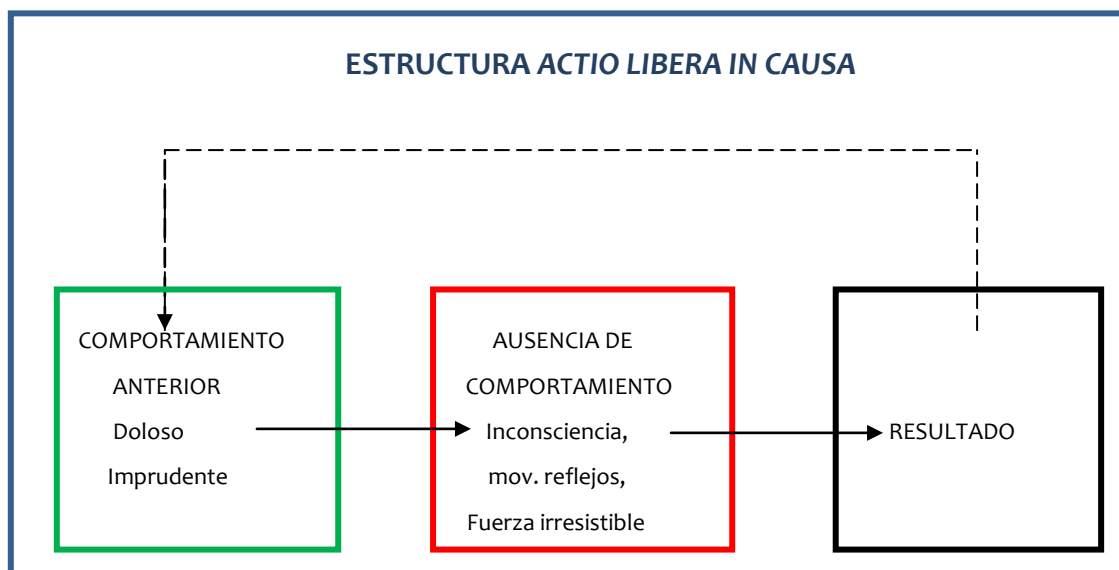
A través de la figura de la *actio libera in causa* se articula la exigencia de responsabilidad a pesar de que en el momento de actuar falta una conducta en sentido penal, ya que esa conducta era libre en su origen.

La *alic* presenta dos modalidades:

- Dolosa: se busca intencionalmente la ausencia de acción
- Imprudente: la situación era previsible y evitable

En función de la modalidad de que se trate se responde por un delito doloso o por un delito imprudente.

La importancia de la *actio libera in causa* es notablemente mayor cuando se plantea respecto a la imputabilidad de un sujeto (por ejemplo, supuestos en los que el sujeto se encuentra bajo la influencia del alcohol) que cuando lo es respecto a la conducta humana. Por eso, esta cuestión será estudiada con mayor detalle al llegar al tema de la imputabilidad (Lección 17ª).



III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto

En esta ocasión como caso resuelto te presentamos el texto de una Sentencia del Tribunal Supremo. Es importante que desde el primer momento te acostumbres a la lectura y manejo de material jurisprudencial.

a. Supuesto de hecho

En la madrugada del día 20 de febrero de 1997, el acusado, José Antonio S. S., que presta sus servicios como guardia civil profesional, en el Grupo Rural de Seguridad núm. 5, con base en el Cuartel de la Guardia Civil de Casetas, estando prestando servicio de retén desde las 23 horas del día 19 hasta las 6 horas del día siguiente, antes de iniciar el servicio, bebió una copa de pacharán después de la cena. Al comenzar la guardia, se dirigió al aula en la que habitualmente presta sus servicios de retén, encontrándose en ese momento descansando en el interior del aula su compañero guardia civil, Antonio M. R. Aproximadamente a las cuatro de la madrugada, con el recinto semioscuro pero con suficiente visibilidad para verse, se encontraba sentado en el sofá M. y a escasa distancia y en diagonal, descansaba en la silla el imputado, quien, encontrándose en una ensoñación onírica o terror nocturno, montó el arma introduciendo el cartucho en la recámara y disparando, alcanzando a su compañero M. en el muslo derecho y en la región abdominal.

El imputado tuvo dos episodios aislados de sonambulismo en la infancia, siendo su exploración neurológica y su estudio del sueño de carácter normal; no ha sufrido después nuevos estados similares en la fase del sueño. No se observan parasomnias ni otros trastornos durante el sueño según informe neurológico y de la unidad de alteraciones del sueño. El informe de evaluación psicológica realizado por la Guardia Civil dictamina que los hechos realizados por el acusado se llevaron a cabo en estado de sonambulismo durante las

fases 3 y 4 NOREM del sueño, donde no hay pérdida de atonía muscular y se aceleran las fases anabólicas del organismo aumentando la producción de hormonas, proteínas y neurotransmisores. Asimismo los terrores nocturnos aparecen en la primera fase de la noche que coincide con las fases precipitadas; y se concluye con que la conducta del acusado está inserta dentro de lo que clínicamente se denomina trastorno mental transitorio, no creyéndose que haya ningún tipo de simulación puesto que se justifican los hechos en función de los trastornos aparecidos. El informe psiquiátrico pericial emitido por el Doctor F. D. P. concluye que la ingesta de alcohol precipitó la conducta del sujeto que estima puede encuadrarse desde el punto de vista médico como de trastorno mental transitorio completo apreciando una parasomnia asociada al sueño paradójico o sueño REM del tipo de trastorno de la conducta del sueño paradójico. (Sentencia de 7 de julio de 1999 de la Audiencia Provincial de Zaragoza)

b. Resolución del supuesto (transcripción de los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la SAP de Zaragoza de 7 de julio de 1999)

“PRIMERO.-

Debido a la singularidad del caso parece a la Sala más adecuado comenzar con la explicación dogmática para posteriormente incardinar los hechos en la misma y obtener de esta manera la claridad pretendida.

Por obvio que parezca debe señalarse que las conductas delictivas son siempre obras de los hombres y por lo tanto la doctrina siempre ha afirmado que el primer elemento de la estructura del delito es la conducta humana que sirve de soporte al juicio de valor que el reproche penal entraña. Esta es la denominada teoría de la acción en el Derecho penal.

Así desde la teoría causalista que la concibe como «causación voluntaria de una modificación del mundo exterior» como señalaba Carrara, la teoría finalista que la define como «conducta humana, regida por la voluntad, orientada a un resultado» que decía Maurach, la doctrina social de la acción que la ve como el comportamiento humano socialmente relevante, hasta la teoría de la imputación objetiva que une el concepto de acción al de tipicidad (Honing o Roxin) o la evolución jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo (Quien es causa de la causa es causa del mal causado) todas ellas coinciden en lo básico.

Es decir, se deben separar lo que son hechos naturales, en los que no hay ninguna intervención humana, de los actos humanos. Dentro de estos últimos se encontrarían las acciones delictivas que deben ser voluntarias y exteriores.

Salvando las diferencias doctrinales entre las dogmáticas española y alemana sobre cuándo se da ausencia de acción (fase externa para la española y voluntariedad para la germánica) es patente que se producirá dicha omisión de acción siempre que no se den uno de estos elementos (interno y externo como decía Carrara).

SEGUNDO.-

Centrados en la ausencia de acción, son causa de la misma las llamadas conductas de inconsciencia y dentro de ellas se encuadra el denominado sonambulismo respecto al cual se plantean dos problemas fundamentales.

En primer lugar, si es un acto voluntario o no. Normalmente son estos estados más propios para la ejecución de los delitos de omisión que los de comisión.

De todos los informes médico-periciales aportados a las actuaciones y ratificados en el acto del juicio oral por sus redactores parece clara la conclusión de que el acusado se

encontraba en un estado sonambúlico en el momento en el que ejecutó los actos que hoy se le imputan por el Ministerio Público como delictivos puesto que el sujeto no era consciente cuando los realizó de que lo que llevaba a cabo lo hiciese en la realidad y no en el ámbito propio de una ensoñación onírica o terror nocturno. En este sentido puede haber alguna discrepancia médica sobre la concreta fase del sueño en que se encontraba el acusado pero la conclusión de todos ellos es idéntica cuando se trata de dejar clara la no voluntariedad del acto. Tampoco debe sorprender que durante el suceso el sujeto cogiese el arma, la montase y disparase puesto que parece que los sonámbulos pueden realizar esta serie de actos complejos sin ser conscientes de ellos como por ejemplo salir de la casa y deambular por las calles o pasar a otra cama de la casa, etcétera.

TERCERO.-

El segundo problema que se puede plantear en este caso es el de las «acciones liberae in causa». Es decir que el sujeto consciente del problema que sufre, por ejemplo la embriaguez violenta, se coloque deliberadamente en este estado para luego poder esgrimir falta de acción.

En el caso de autos no se aprecia dicha circunstancia en el sujeto puesto que aunque existen dos casos de sonambulismo en el mismo en la infancia como antecedente, lo cierto es que no se volvieron a producir dichos episodios en su etapa adulta y en todos los años que llevaba en la profesión de guardia civil tampoco se reprodujo ninguno de ellos. Por lo tanto se aprecia una falta total de prueba de cargo en este aspecto y conforme al principio fundamental constitucional de presunción de inocencia procede encontrar al acusado libre de todo cargo.

A mayor abundamiento sobre este tema decir que si bien el sujeto reconoció que bebió una copa de pacharán después de la cena en casa y antes de entrar al servicio y que la médico de guardia de Casetas afirmó que el mismo olía a alcohol, dicho acto podría reputarse falta administrativa a efectos internos de la propia Guardia Civil puesto que si era cierto que se encontraba sometido a los efectos del alcohol ello originaría una sanción disciplinaria; pero ello debe ser depurado internamente en el propio ámbito de esa institución.

No se ha acreditado por lo tanto que el acusado conociese que sufría dicho trastorno del sueño, y menos aún, de la prueba realizada en el plenario y sumario, que se colocase en dichas circunstancias para poder realizar un hecho delictivo. En contra de dichas ideas se encuentran las propias manifestaciones y actuaciones de sus compañeros el día de los hechos y sobre todo del guardia civil que sufrió los disparos involuntarios quien desde el principio ha entendido que se trataba de una situación atípica puesto que como señaló en su declaración testifical en el juicio oral el acusado se encontraba con una expresión ida cuando lo miró y se quedó parado hasta que el resto de compañeros acudió a la habitación y le quitaron el arma corta disparada. El posterior ataque de nervios que sufrió cuando los demás guardias civiles le explicaron lo sucedido y el posterior tratamiento psicológico al que ha estado sometido además de los hechos que coinciden con el tipo médico legal del estado sonambúlico como declararon los peritos hace que éstos descarten que haya habido simulación del mismo.

Resta por último, «obiter dicta», y a efectos meramente dogmáticos el explicar por qué la Sala ha optado por la opción de ausencia de acción y no de inimputabilidad o no culpabilidad.

Respecto a la culpabilidad podría entenderse que nos encontramos ante una causa que excluye la culpabilidad o eximente del artículo 20.1 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). Sin embargo, y como ya dijimos en el fundamento jurídico primero, ello

supondría admitir que ha habido voluntariedad de la acción penal, tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad en el sujeto cuando las periciales médicas parecen excluirlas.

Por último el creer que el sujeto es inimputable podría entenderse tan acertado como la postura de la ausencia de acción pues el trastorno mental transitorio es causa de inimputabilidad. Sin embargo si atendemos al concepto del mismo no parece muy acertado puesto que el trastorno mental transitorio es una enajenación transitoria procedente de una reacción patológica frente a un estímulo externo y en el presente caso parece obvio que el estímulo no es externo sino de naturaleza endógena (ensoñación onírica o terror nocturno).

QUINTO.-

Las costas se declaran de oficio.

Vistas las disposiciones legales citadas.

El Tribunal, por la autoridad que le confiere la ley, emite el siguiente:

FALLO

Absolvemos a José Antonio S. S., ya circunstanciado del delito de imprudencia grave profesional de que se le acusa por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas procesales causadas.”

1. Expón en aproximadamente en treinta líneas tu opinión acerca de la Sentencia transcrita, tanto desde el punto de vista del acierto o desacierto de su argumentación y de del fallo acordado, como desde el punto de vista de su redacción, facilidad o dificultad de comprensión, etc.
2. Define las siguientes palabras:
 - a. Obiter dicta
 - b. Fundamento jurídico
 - c. Jurisprudencia
 - d. Fallo

Lección 6ª

CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Aproximación a los problemas de imputación objetiva a través de casos
 - 2. Resumen de la teoría de la imputación objetiva
 - a. Primer nivel: creación de un riesgo penalmente relevante
 - b. Segundo nivel: realización del riesgo en el resultado
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto
 - 2. Caso para resolver

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Para introducir este tema y avanzar en su estudio se ha optado por plantear numerosos supuestos de hecho, sobre cuyo significado jurídico-penal deberá reflexionar el alumno y, en la medida de lo posible, discutir con otros compañeros. El resumen que se proporciona en estos materiales sobre las exigencias de la imputación objetiva debe ser completado con la lectura y el estudio de la parte correspondiente a la causalidad e imputación objetiva de cualquiera de las obras bibliográficas recomendadas.

AVISO IMPORTANTE: Las explicaciones sobre causalidad e imputación objetiva son, en principio, aplicables tanto a los delitos dolosos como a los delitos imprudentes.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

1. Aproximación a los problemas de imputación objetiva a través de casos

En el presente tema, como preparación previa a la explicación en clase, es suficiente con que el alumno haya reflexionado y comentado razonadamente las cuestiones que a continuación se plantean. Somos conscientes de que hay muchos conceptos que aún no han sido explicados, por ello sólo se pide que el alumno trate

de dar una respuesta argumentada desde la intuición y las lecturas que haya podido realizar.

1. Pon dos ejemplos de homicidio doloso y dos ejemplos de homicidio imprudente.
2. Pon dos ejemplos de homicidio doloso consumado y dos ejemplos de tentativa de homicidio.
3. Durante una pelea en la que intervienen de forma desordenada un grupo de sujetos, se produce la muerte de Y a consecuencia de una herida en una zona vital causada por arma blanca. Se prueba que los sujetos A y B intervinieron en la pelea y que cada uno de ellos portaba una navaja de las características del arma que causó la muerte. Sin embargo, no se puede determinar cuál de ellos causó la herida mortal. El resto de los intervinientes en la pelea no portaba este tipo de armas. Piensa en los elementos que deben concurrir con carácter general para que pueda hacerse responsable a una persona de la muerte de otra. Teniendo lo anterior en cuenta, ¿quién responde de la muerte de Y?
4. Imagina en cuáles de estos supuestos el sujeto responderá por un delito de homicidio doloso consumado y en cuáles por una tentativa de homicidio. (Con estos ejemplos estaríamos planteando supuestos complejos cuya solución suele ser abordada desde la teoría de la imputación objetiva del resultado).
 - a. En un ajuste de cuentas, X dispara contra Y, causándole graves heridas.
 - b. Y es trasladado al hospital donde muere a consecuencia de las heridas sufridas.
 - c. Y consigue salvar la vida, pero las heridas le dejan una lesión de corazón, a causa de la que muere tres años más tarde.
 - d. Y muere a consecuencia de un incendio que se desencadena fortuitamente en el hospital.
 - e. En el hospital coge el virus de la gripe, cuyos efectos se ven acrecentados por la pérdida de defensas a consecuencia de la sangre perdida, por lo que Y muere.
 - a.1. Y se niega a recibir transfusiones de sangre, por ser testigo de Jehová y muere en la operación.
 - a. De haber recibido transfusiones es muy probable que hubiera salvado la vida.
 - b. Era una operación de alto riesgo. Podían cifrarse en un 20% las posibilidades de salvar la vida aún con las transfusiones necesarias
5. Imagina en cuáles de estos supuestos el sujeto responderá por un delito de homicidio imprudente consumado y en cuáles sólo por las lesiones imprudentes inicialmente causadas. (Aclaración previa: en los delitos imprudentes no cabe la tentativa, por eso, de no responder por el resultado, el sujeto respondería de lesiones imprudentes y no de tentativa de homicidio). (Con estos ejemplos estaríamos planteando supuestos cuya solución suele ser abordada desde la teoría de la imputación objetiva del resultado)
 - a. X conduce demasiado deprisa y colisiona con otro coche, cuya conductor (Y) resulta gravemente herido.
 - a.1. Y muere a consecuencia de las heridas sufridas.

- a.2. Y consigue salvar la vida, pero el accidente le deja una lesión de corazón, a causa de la que muere tres años después del accidente.
- a.3. Y muere a consecuencia de un incendio que se desencadena fortuitamente en el hospital.
- a.4. En el hospital coge el virus de la gripe, cuyos efectos se ven acrecentados por la pérdida de defensas a consecuencia de la sangre perdida.
- a.5. A se niega a recibir transfusiones de sangre, por ser testigo de Jehová y muere en la operación.
 - a. De haber recibido transfusiones es muy probable que hubiera salvado la vida.
 - b. Era una operación de alto riesgo. Podían cifrarse en un 20% las posibilidades de salvar la vida.

2. Relación de riesgo entre acción y resultado: resumen de la teoría de la imputación objetiva

En los delitos de resultado, para que un sujeto responda en grado de consumación es necesario que su acción y el resultado lesivo estén unidos por un determinado **nexo objetivo**. Este nexo encuentra su lugar sistemático en la tipicidad.

Según la teoría de la imputación objetiva un resultado es objetivamente imputable a un sujeto cuando el sujeto ha creado un riesgo típica o penalmente relevante (a) que se realiza en el resultado (b):

a.- Con su acción, dolosa o imprudente, ha creado un riesgo penalmente relevante (1) que supera las fronteras del riesgo permitido (2). (Este sería propiamente el presupuesto de la imputación), y

b.- Es ese riesgo el que se ha realizado en el resultado, o lo que es lo mismo, en el resultado se ha realizado el riesgo que la norma de cuidado infringida por el sujeto tenía por misión evitar. (Aquí decidiríamos la imputación o no del resultado, propiamente dicha). (3)

a. Primer nivel: creación de un riesgo penalmente relevante

El primer nivel de la imputación objetiva o presupuesto de la imputación de un resultado exige la creación de un riesgo relevante de producción del resultado que esté jurídicamente desaprobado.

(1) **La conducta ha de ser peligrosa, ha de crear un riesgo relevante de producción del resultado.** Si ello es así se decide según el pensamiento de la adecuación: Si un observador objetivo, colocado en el momento de la acción y con los conocimientos del autor podía haber previsto la producción del resultado. A este principio también se le denomina “previsibilidad objetiva”. Se trata de dilucidar si la conducta puede ser o no calificada de peligrosa en relación con el bien jurídico en cuestión, y este enjuiciamiento se realiza desde una perspectiva *ex ante*, es decir, se tienen tan sólo en cuenta los datos o circunstancias reconocibles en el momento de la acción y no los datos averiguados *ex post*, es decir, una vez que el resultado se ha producido.

Ej. A zarandea y propina un fuerte empujón a B en el pecho. B muere porque tenía una deformación del corazón, que incluso él desconocía, que le hacía hipersensible a cualquier presión en la zona. En el momento de la acción nada puede hacer prever la lesión del bien jurídico vida como consecuencia del empujón. La conducta no es peligrosa para dicho bien jurídico, no existiría “desvalor de la acción” por falta de peligrosidad, por lo que se trataría de una conducta irrelevante para el Derecho penal, de una conducta atípica.

El requisito de la peligrosidad o de la adecuación de la conducta suele exigirse tanto para las conductas imprudentes como para las dolosas, es decir, se considera requisito tanto de la tipicidad de los delitos imprudentes como de la tipicidad de los delitos dolosos.

Ej. A, sabiendo de antemano que se va a desencadenar una tormenta, envía a B al bosque a coger setas con la esperanza de que caiga un rayo y le mate, cosa que efectivamente ocurre. Se entiende unánimemente que las posibilidades de que un rayo mate a una persona son tan reducidas que la conducta descrita no puede considerarse peligrosa, por la insignificancia del riesgo que crea, por lo que el sujeto no sólo no responde por homicidio doloso, sino que ni siquiera puede responder por tentativa de homicidio.

Nota: Sin embargo, hay casos en los que la doctrina mayoritaria se plantea si el grado de adecuación de la conducta necesario para fundamentar la responsabilidad puede ser menor en los delitos dolosos que en los imprudentes. Por ejemplo el denominado “caso Thyren”: un tirador inexperto apunta a una persona con una pistola a una distancia en la que resulta prácticamente imposible acertar. No obstante, y en contra de todo pronóstico, acierta y mata a la víctima, tal y como era su deseo. Si partimos de la base que existe las mismas posibilidades de matar que en el caso de la tormenta, debería negarse la existencia de un riesgo relevante de producción del resultado. Sin embargo, la doctrina mayoritaria niega la responsabilidad en el caso de la tormenta pero lo afirma en este supuesto, recurriendo a diversos argumentos.

(2) **La peligrosidad generada por la conducta ha de sobrepasar el riesgo permitido.** Con este requisito se hace alusión a la existencia de actividades peligrosas pero permitidas en atención a determinados intereses generales, como, por ejemplo, el tráfico rodado. Conducir a 120 km/h puede considerarse una conducta peligrosa, que puede generar resultados luctuosos aun sin imprudencia del conductor, pero esta peligrosidad general se admite en atención a los beneficios que genera, siempre que se lleve a cabo observando las normas establecidas. Si A conduce a una velocidad permitida 120 km/h y, a consecuencia de un charco de aceite en la autopista, pierde el control del vehículo y cocha con el coche que venía de frente, muriendo el conductor de este vehículo, A no respondería de la muerte porque su conducta era conforme a las normas, es decir, no superaba el riesgo permitido. Estamos en el ámbito de lo permitido y las conductas que aun siendo peligrosas no infringen las reglas establecidas, no sobrepasan ese riesgo permitido, no son penalmente disvaliosas y no pueden fundamentar ninguna responsabilidad por los resultados que de ellas se deriven.

Cuando afirmamos que la conducta ha creado un riesgo penalmente relevante que sobrepasa las fronteras del riesgo permitido, estamos afirmando que la conducta, al menos, es imprudente.

b. Segundo nivel: realización del riesgo en el resultado

(3) **Que el riesgo penalmente relevante creado por la conducta se haya realizado en el resultado, es decir, que el resultado sea la realización del riesgo que la norma infringida tenía por misión evitar y en consideración al cual hemos calificado la conducta de disvaliosa.**

Una vez que la conducta ha creado un riesgo penalmente relevante y mayor que el permitido pueden ocurrir dos cosas: que el resultado no se produzca o que se produzca.

En el primer caso el sujeto responderá por tentativa de haber actuado con dolo y, por regla general, no responderá de haber actuado con imprudencia, pues la tentativa imprudente no se sanciona.

Si el resultado se produce, para que el sujeto responda por consumación es necesario, en primer lugar, que entre su conducta y el resultado exista una **relación de causalidad** -a decidir según la teoría de la equivalencia de condiciones (es causa del resultado toda condición del mismo)-.

Nota: esta breve mención sobre la relación de causalidad debe completarse con la lectura de los contenidos correspondientes en un manual.

Pero la relación de causalidad **no basta**.

Ej. A dispara contra B (o le atropella imprudentemente) causándole graves lesiones. B muere en un accidente que sufre la ambulancia cuando le conducía al hospital (o en un incendio que se desencadena en el hospital, o porque le hacen una transfusión de sangre de un grupo incompatible). Según la teoría de la equivalencia de las condiciones, en estos casos existe relación de causalidad, sin embargo, resulta como mínimo dudoso que el sujeto actuante deba responder por un homicidio consumado. Son problemas de imputación del resultado.

Los criterios para decidir si se afirma o niega la imputación del resultado en estos supuestos no están definidos con claridad. Se entiende que para que el resultado sea imputable y pueda incrementar la pena tiene que ser el reflejo del desvalor de la conducta del sujeto, es decir, tiene que ser la **realización del riesgo** por el cual la conducta del sujeto estaba prohibida y no la realización de cualquier otro riesgo que la norma infringida no tenía por misión evitar o disminuir, por mucho que la conducta del sujeto lo haya desencadenado causalmente. Se trata de que el resultado pueda ser considerado como obra del autor y no sólo producto del azar. En este segundo nivel es frecuente encontrar la referencia a que el riesgo penalmente relevante creado por la acción y no otro riesgo distinto es el que se ha materializado en el resultado típico, es decir que el resultado producido sea de aquellos que la norma infringida por el sujeto tenía por misión evitar o reducir (fin de protección de la norma de la norma infringida)

Ej.: No hay realización del riesgo en el resultado si el sujeto adelanta en un lugar prohibido y durante el adelantamiento uno de los neumáticos estalla por un defecto de producción, de modo que el conductor pierde el control del vehículo y atropella a

un peatón. En este caso, el riesgo que desencadenó su conducta de adelantamiento no es el que se ha realizado en el resultado.

Ej.: En los casos más arriba mencionados: A dispara contra B (o le atropella imprudentemente) causándole graves lesiones y B muere en un accidente que sufre la ambulancia cuando le conducía al hospital (o en un incendio que se desencadena en el hospital, o porque le hacen una transfusión de sangre de un grupo incompatible), es evidente que el riesgo que finalmente se refleja en el resultado no es el riesgo desvalorado desencadenado por el sujeto con el disparo o el atropello: riesgo de morir desangrado, aplastado, por afectación a órganos vitales, etc.

Ej.: Un sujeto (A) adelanta imprudentemente a otro, a una velocidad endiablada y sin respetar la distancia prescrita, infringiendo el respectivo precepto de la Ley de Seguridad Vial. El conductor adelantado se asusta, sufriendo un infarto y muriendo. ¿Responde A por un homicidio imprudente? No. Efectivamente su conducta fue imprudente, su conducta era peligrosa –era previsible un daño para la vida o la integridad física-, pero la norma de cuidado infringida tenía por finalidad evitar riesgos propios del tráfico rodado (atropellamientos, impactos, maniobras peligrosas), entre los que no se encuentra el evitar infartos.

Ej.: Dos ciclistas amigos conducen uno detrás de otro en la oscuridad y sin luces. El primer ciclista atropella a un peatón que cruzaba la calle y que resulta herido. El segundo ciclista ha realizado una conducta peligrosa al conducir sin luces y si su bicicleta hubiera estado iluminada hubiera evitado el accidente porque el peatón les hubiera visto y el primer ciclista también hubiera visto al peatón. Sin embargo no respondería por homicidio imprudente, porque el fin de la norma que obliga a circular con luz no es de evitar accidentes ajenos (el atropello por el primer ciclista) sino propios (un hipotético atropello por el segundo ciclista).

(4) Por último, hay quien distingue un tercer nivel de imputación, en el que operaría el criterio del **fin de protección de la norma** (entendiendo en este caso norma no como norma genérica de cuidado, sino como tipo delictivo en cuestión) acostumbran a excluirse los casos de cooperación en la puesta en peligro de un tercero o los supuestos en los que la evitación del resultado cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro. Si no se trata de una inducción o una cooperación al suicidio que está específicamente castigada en el artículo 143 del CP, no son típicas, porque —se afirma— el Derecho penal no protege a quien voluntaria y conscientemente se pone en peligro.

Ej.: A induce a B a jugar a la ruleta rusa, B decide hacerlo con tan mala fortuna que le toca la bala y muere. En este caso se está induciendo a alguien a llevar a cabo una acción peligrosa que éste acepta, pero dándose cuenta del peligro que entraña. No es un fin perseguido por el Derecho penal evitar que la gente se ponga a sí misma en peligro.

Ej.: Son casos de atribución a la esfera de responsabilidad ajena los siguientes: A causa un incendio en su casa, durante las medidas de salvamento muere un bombero. A roba un banco, durante la persecución policial un policía sufre un accidente mortal con el coche.

Para terminar estas notas se recoge un esquema sobre las consecuencias de la presencia o ausencia de los elementos de la imputación objetiva a la hora de calificar las conductas

No creación del riesgo=conducta penalmente irrelevante
 Creación del riesgo+no realización del riesgo+dolo=tentativa
 Creación del riesgo+realización del riesgo+dolo=delito consumado
 Creación del riesgo+no realización del riesgo+imprudencia=impunidad (es la regla general.
 Excepcionalmente existen delitos consistentes en la creación imprudente de un riesgo)
 Creación del riesgo+realización del riesgo+imprudencia=delito consumado (siempre que se prevea la modalidad imprudente)

6. Califica conforme al esquema anterior los siguientes supuestos:

- a. A dispara sobre B con intención de matarle, pero B se salva milagrosamente en el hospital.
- b. A dispara sobre B con intención de matarle, B muere en un accidente de ambulancia cuando era conducido al hospital.
- c. A vuelve de una cacería en el coche con otros amigos. Ha dejado su escopeta sin el seguro y en un bache se dispara, saliendo el cartucho por la ventana.
- d. A conduce a la velocidad permitida su coche por la castellana cuando se le cruza en la calzada un ciervo, lo que le obliga a realizar un movimiento brusco para no chocar contra él, aunque termina impactando con otro coche, cuyo ocupante resulta con lesiones leves.
- e. A conduce a una velocidad excesiva su coche por una zona rural cuando se le cruza una vaca, lo que le obliga a realizar un movimiento brusco para no chocar contra ella, aunque termina impactando con otro coche, cuyo ocupante resulta con lesiones leves.

III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto

a. Supuesto de hecho

A las siete de la tarde del día 5 de agosto de 1999, Tomás F., que, a la orilla de una balsa, en el sitio denominado la Dehesa de la Villa, del término municipal de Madrid, sostenía una encendida discusión con Manuel M. acerca de quién de los dos tenía derecho a regar primero, con intención de matar dio un fuerte golpe con la azada que llevaba en la mano en la cabeza de Manuel M., ocasionándole una herida en la parte superior, que interesó, según el parte pericial, todos los tejidos blandos, a los cuales seccionó, además de producir hundimiento de la bóveda craneana, sin llegar a romper ninguna de las meninges, pero haciéndole perder el conocimiento y caer al agua de la balsa en cuyas proximidades discutían. Tomás, creyendo haber matado a Manuel huyó del lugar. Manuel fue encontrado una hora después por un vecino que pasaba por allí, que lo condujo a la casa de socorro donde lo reanimaron, pues había cogido mucho frío, le limpiaron las heridas y le dieron el alta tras practicarle siete puntos de sutura. Esa misma noche, a Manuel M., de sesenta y cinco años de edad y afectado por una bronquitis crónica, se le presentó pulmonía

hipostática, muriendo a consecuencia de ella a los tres días. Todo parece indicar que la pulmonía la contrajo a caer al agua y permanecer mojado hasta ser rescatado.

b. Resolución del supuesto

El delito se define como un comportamiento típico, antijurídico y culpable. Estos requisitos han de ser confirmados para poder afirmar que nos encontramos con una acción que genera responsabilidad penal para quien la realiza. En el caso que se nos presenta para el análisis, tenemos que determinar si la acción de Tomás de golpear con la azada en la cabeza de Manuel puede ser considerada como la determinante de la muerte de éste y por tanto la acción que ha llevado a cabo Tomás puede ser calificada como un delito de homicidio.

Una vez que confirmamos que nos encontramos ante un comportamiento que cumple los requisitos mínimos para poder ser penalmente relevante (el yo se encuentra consciente y no está condicionado físicamente de manera necesaria), hemos de continuar nuestro análisis constatando que se trata de un hecho típico, comenzando por el tipo objetivo.

Como requisito indispensable derivado del principio de legalidad como principio limitador del *ius puniendi*, la tipicidad exige que el comportamiento analizado coincida con alguno de los comportamientos descritos dentro del Código penal. Esta equivalencia entre el comportamiento concreto y el comportamiento abstracto descrito en el código ha de darse en primer lugar desde el punto de vista objetivo. Es necesario determinar que existe un vínculo de unión entre la acción y el resultado, lo que se decide conforme a la teoría de la imputación objetiva. Según la teoría de la imputación objetiva, el nexo entre la acción y el resultado existe si con su conducta el sujeto ha creado un riesgo típico o penalmente relevante y ese riesgo se ha realizado en el resultado. Acostumbra a hablarse entonces de dos niveles, el primer nivel consiste en la creación de un riesgo penalmente relevante y el segundo nivel en la realización del riesgo en el resultado.

Se afirma la creación de un riesgo penalmente relevante (también se habla de un riesgo jurídicamente desaprobado o típicamente relevante) cuando se trata de un riesgo relevante de producción del resultado que supera las fronteras del riesgo permitido. La presencia del riesgo se decide desde el pensamiento de la adecuación, esto es, desde la previsibilidad objetiva. El peligro para un bien jurídico ha de poder calificarse como previsible desde el punto de vista objetivo, por lo que habrá que analizar la conducta desde una perspectiva *ex ante* y teniendo en cuenta las circunstancias conocidas y cognoscibles por el autor, hacer una valoración del riesgo y su previsibilidad conforme a los parámetros del hombre medio ideal. En el caso que nos ocupa tenemos que valorar si para un espectador objetivo colocado en la posición del autor, con los conocimientos del hombre medio y los especiales que pudiera tener el autor se planteaba como posible la producción de un resultado penalmente relevante: si el golpe propinado por Tomás a Manuel en la cabeza con la azada está generando un riesgo para un bien jurídico protegido penalmente. La conducta de propinar un golpe fuerte en la cabeza es claramente una conducta idónea para lesionar, pero también para matar, pues es previsible que el sujeto al que se le golpea en una zona vital –cabeza- con un objeto tan contundente –azada- pueda fallecer como consecuencia del traumatismo o la hemorragia. Es más, al darle el golpe tan fuerte al lado de la balsa, también resulta previsible para el espectador objetivo que el sujeto pueda caer en la balsa y morir ahogado. Luego, el riesgo de muerte por ahogamiento también es un riesgo desencadenado por la acción de Tomás.

Una vez confirmado que se ha generado un riesgo (en nuestro caso dos: muerte por el golpe y muerte por ahogamiento), queda comprobar si el resultado es la materialización de dichos riesgos, y por tanto se puede establecer la conexión entre riesgo y resultado. Ello exige en primer lugar acreditar que el resultado se ha producido y poder afirmar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado. Los hechos probados acreditan que la víctima muere, de modo que existe el resultado lesivo del bien jurídico vida.

Para confirmar la relación de causalidad entre acción y resultado se han desarrollado diversas teorías, pero nos vamos a centrar en la teoría mayoritariamente aceptada: la teoría de la equivalencia de las condiciones. Según esta teoría será causa toda aquella acción que sea condición del resultado. Es decir, toda acción que haya supuesto un elemento condicionante de la producción del resultado. Para ver si una conducta o acción es condición y, por tanto causa, podemos servirnos de la fórmula de la “*conditio sine qua non*”, según la cual, si suprimiendo mentalmente la acción desaparece el resultado, entonces estarán unidas por una relación de causalidad. Trasladando la aplicación de esta teoría a nuestro supuesto, podemos confirmar que si anulamos mentalmente el golpe con la azada, desaparece la muerte de Manuel.

La responsabilidad penal no puede únicamente sustentarse en la relación establecida entre acción y resultado a través de la teoría de la *conditio sine qua non*. Es necesario determinar si desde el punto de vista jurídico el resultado es atribuible de manera directa a la acción, sin que quepa atribuírselo a un factor distinto o incluso al azar. Esta vinculación normativa se lleva a cabo a través de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, siendo precisa la realización del riesgo en el resultado. Se entiende que para que el resultado sea imputable y pueda incrementar la pena tiene que ser el reflejo del desvalor de la conducta del sujeto, es decir, tiene que ser la realización del riesgo por el cual la conducta del sujeto estaba prohibida y no la realización de cualquier otro riesgo que la norma infringida no tenía por misión evitar o disminuir, por mucho que la conducta del sujeto lo haya desencadenado causalmente. Se trata de que el resultado pueda ser considerado como obra del autor y no sólo producto del azar. En este segundo nivel es frecuente encontrar la referencia a que el riesgo creado por la acción y no otro riesgo distinto es el que se ha materializado en el resultado típico y, junto a ella o a veces como un tercer requisito, a que el resultado tiene que haberse producido dentro del ámbito o fin de protección de la norma.

En el presente caso, los dos riesgos generados de forma previsible por la conducta se habrían realizado en el resultado si la muerte se hubiera producido por el golpe o por ahogamiento. Sin embargo, tal y como consta en los hechos probados, el resultado se produce por la pulmonía hipostática y este riesgo que no era previsible desde una perspectiva *ex ante* y no podía vincularse a la acción concreta del golpe en términos del primer nivel de imputación objetiva. Se trata de un golpe fuerte, que le produce una herida en la parte superior de la cabeza, así como un hundimiento de los tejidos de la zona y que le hace caer al agua inconsciente. En este caso desde una perspectiva *ex ante* y valorando lo que conoce el autor (golpe en la cabeza con un objeto contundente al lado de la balsa que le provoca una herida a la víctima y que le deja inconsciente en el agua), podemos afirmar que cualquier espectador objetivo con los criterios del hombre medio podría afirmar que se ha generado un riesgo de muerte, bien por el fortísimo golpe recibido en la cabeza por la víctima, bien por caer inconsciente al agua, donde podría haber muerto ahogado. El hecho de que Manuel padeciera una bronquitis crónica que le hiciera especialmente sensible a las bajas temperaturas del agua no era un factor conocido por Tomás, ni tampoco es algo que pudiera apreciarse desde una perspectiva *ex ante*, por lo que no puede decirse que desarrollar una pulmonía hipostática entre dentro de la variedad de riesgos que es previsible que se produzcan tras el golpe. Dicha pulmonía, y la muerte a consecuencia de la

misma, no pueden ser vistas como una concreción del riesgo generado a través del golpe realizado con la azada, por lo que no puede vincularse desde el punto de vista normativo el golpe con la azada con el resultado de muerte por pulmonía hipostática, es decir, no puede afirmarse la imputación objetiva del resultado.

En conclusión, no podría imputarse al sujeto un delito consumado de homicidio puesto que falta el segundo nivel de la necesaria relación de riesgo: la realización del riesgo en el resultado. Ahora bien, puesto que la acción generó un riesgo jurídicamente desaprobado de homicidio –primer nivel-, dado que era previsible que se produjera el resultado muerte, bien por el golpe, bien por ahogamiento, nos podríamos encontrar ante una tentativa de homicidio, siempre que pueda afirmarse que existía dolo de matar.

2. Casos para resolver

a. Problemas de causalidad

1. Casos de los materiales

Repasa las situaciones propuestas en los ejercicios 4 y 5 de los materiales y enumera los posibles problemas de causalidad que plantean.

2. Caso del guardagujas narcotizado

Con la intención de provocar un choque de trenes a las 17:00 horas, Antonio, a las 16:00 horas narcotiza a Pedro, el guardagujas de la vía. Con la misma intención, Mario, a las 16:30 –ignorando que Pedro había sido previamente narcotizado- ata a éste fuertemente a la silla, donde le deja inmovilizado.

A las 17:00 horas se produce la colisión entre dos trenes, porque el guardagujas Pedro está imposibilitado para oprimir la palanca, cambiar los raíles y evitar el accidente.

Teniendo en cuenta que Pedro falleció en el choque y no pudo determinarse si estaba narcotizado o no en el momento de producirse, ¿existe relación de causalidad entre las conductas de Antonio y Mario y la imposibilidad de Pedro para evitar el choque de trenes?

3. Caso de las dosis de veneno

A y B vierten sendas dosis de veneno en el café de C, siendo ambas suficientes para causar la muerte.

1. Teniendo en cuenta que se trata del mismo tipo de veneno y C se lo tomó al mismo tiempo, ¿existe relación de causalidad entre las conductas de A y B y la muerte de C?
2. Teniendo en cuenta que el veneno suministrado por B actúa con mayor rapidez que el suministrado por A, ¿existe relación de causalidad entre las conductas de A y B y la muerte de C?

4. Caso de la caída desde el burro

Un sujeto pasea en burro al lado del río y, al encontrarse con un vecino, se ponen a discutir, golpeando el vecino al burro en la discusión. El anciano cae al río al realizar un movimiento brusco el burro y muere al cabo de los meses de una pulmonía.

¿Existe relación de causalidad entre el empujón al burro y la muerte del anciano?

b. Problemas de imputación objetiva

1. Caso del empujón en el pecho

A, con objeto de desasirse de B, que le tenía apresado por los hombros, le zarandea y a continuación le da un fuerte empujón con el puño en el pecho, momento en el que B se desploma falleciendo algo después, pese a recibir asistencia médica, por inhibición de los centros cardiorrespiratorios. La autopsia puso de manifiesto que sufría una lesión pulmonar que no se había manifestado hasta ese momento, lo que hizo que el golpe propinado fuera mortal (Supuesto con modificaciones inspirado en la STS de 20 de mayo de 1981).

1. ¿Existe entre la conducta de A y el resultado muerte relación de causalidad?
2. Aparte de la relación de causalidad, ¿existe entre la acción y el resultado el nexo objetivo necesario para fundamentar la responsabilidad por un homicidio imprudente?
3. ¿Dónde reside el problema en el presente caso: en la creación de un riesgo penalmente relevante o en la realización de ese riesgo en el resultado?
4. Argumenta todas tus respuestas

2. Caso de los dos edemas de pulmón

Tres agentes de policía, existiendo indicios racionales de que José Manuel C estaba cometiendo un hecho constitutivo de delito, se aproximaron a él para solicitarle que se identificara y practicar su detención, ante lo cual José Manuel reaccionó desde un primer momento con señales despreciativas y ofensivas hacia ellos. Los policías lo esposaron y lo introdujeron en el vehículo policial para conducirlo a la Dirección General de Seguridad. Ya dentro del vehículo, hartos por sus continuos desprecios, al decir “yo me paso a la policía por la polla” comenzaron a golpearlo. Cuando llegaron a la Dirección General, lo esposaron a un radiador de la calefacción y lo golpearon reiteradamente con puños y piernas, sirviéndose de un objeto romo, alargado, de cierta consistencia, similar a una fusta, propinándole hasta un total de seis golpes en la espalda.

A consecuencia de dichos golpes, José Manuel sufrió varios traumatismos de los que fue tratado en un hospital, sufriendo durante su convalecencia un primer edema pulmonar, del que se recuperó favorablemente y fue dado de alta. José Manuel murió tres meses después de los hechos víctima de un segundo edema pulmonar.

Según los informes de los forenses, dada la cardiopatía que sufría la víctima desde años atrás, unos traumatismos y un estrés como los producidos por la conducta de los policías pueden desencadenar un cuadro agudo de edema de pulmón, como el que tuvo lugar en el postoperatorio.

1. - ¿Puede establecerse una relación de causalidad entre la conducta de los tres policías y el primer edema pulmonar padecido por José Manuel?
2. - ¿Cabe hablar de relación causal entre la conducta de los policías y la muerte de José Manuel, teniendo en cuenta la distancia temporal entre los hechos y el fallecimiento y el dato de que muchas personas que padecen una cardiopatía de esas características fallecen de muerte súbita?
3. - ¿Puede imputarse objetivamente la muerte de José Manuel a la conducta de los agentes policiales? Si José Manuel hubiera fallecido a consecuencia del primer edema pulmonar, ¿podría imputarse objetivamente la muerte de José Manuel a dicha conducta?

3. Caso de la maceta

Se declaran probados los siguientes hechos: Que el acusado Manuel F. G., mayor de edad, no constando antecedentes penales, sobre las 13 horas aproximadamente, el día 30 de octubre de 1999 cuando se encontraba en su vivienda sita en el segundo piso de la calle....., desde la ventana de la misma sostuvo una discusión con su vecino Antonio G. A., con el que mantenía buenas relaciones y que se encontraba arreglando unas parras que tenía en una terraza de su vivienda sita en el piso inferior, de dicho edificio, discusión motivada por la referida parra, que molestaba al acusado, tras lo cual éste sin tomar las debidas precauciones tiró una maceta de ignorado metal a través de la ventana en que se encontraba, maceta que fue a dar con un muro en el que se rompió y uno de cuyos pedazos alcanzó la cabeza de Antonio, no constando acreditado que el acusado tuviera con ello intención de menoscabar en ningún sentido la integridad física de este último, ni de quitarle la vida. Antonio como consecuencia del golpe recibido en la cabeza se trasladó a la Casa de Socorro de esta capital, donde fue atendido por el personal sanitario de la misma, que le apreció dos heridas inciso contusas en la región frontal y en la región parietal, que precisaron, respectivamente, diez y tres puntos de sutura, manifestando en ese momento dicho lesionado al médico de dicho centro que se encontraba vacunado del tétano, no obstante lo cual se le prescribió la administración de una inyección de gammaglobulina antitetánica. Las referidas heridas, consideradas en sí mismas, de no tener complicaciones posteriores, como las que se produjeron, hubieran curado a los ocho días, dejando como secuelas dichas cicatrices. No obstante, al no cumplimentar Antonio las prescripciones médicas que se le indicaron en la Casa de Socorro, con el transcurso de los días empeoró su estado anatómico por lo que el 7 de noviembre de 1999 fue ingresado en el "Hospital Nuestra Señora de la Candelaria" de esta capital, donde a su vez el mismo refiere al facultativo que le asistió que no había sido vacunado, falleciendo en dicho Centro el 9 de diciembre de 1999 como consecuencia de tétano cefálico, shock séptico y proceso multiorgánico"

Determinar razonadamente la responsabilidad penal del procesado, si es que se le considera penalmente responsable en algún concepto. ¿Cambiaría en algo la calificación penal de los hechos la circunstancia de que la maceta hubiera sido lanzada por el procesado con dolo de matar?

4. Caso de Roquetas de Mar

Juan, agricultor de 29 años y de complexión física fuerte (1'90 metros y unos 100 kg), llegó al Cuartel de la Guardia Civil de Roquetas de Mar a las 16.30 horas, muy excitado. Su estado sumamente nervioso se debía al consumo de cocaína y alcohol que venía realizando

desde hacía diez o doce horas, habiendo consumido la última dosis de cocaína apenas media hora antes. Una vez en el Cuartel, contó a los guardias que había tenido un accidente en el casco urbano con un grupo de gitanos y que éstos le perseguían. En efecto, poco después aparecieron dos coches con varios supuestos implicados en el accidente, pero la Guardia Civil les conminó a marcharse. Luego los agentes le indicaron que iban a llevarle a las dependencias de la Policía Local para hacerle una prueba de alcoholemia, ante lo cual trató de huir y agredió a los agentes. A las 17:45 horas fue finalmente arrestado por atentado y resistencia a la autoridad y conducido esposado al exterior del edificio para meterle en un coche y llevarle ante la Policía Local. Entonces, mientras un agente abría la puerta, Juan se zafó de los que le sujetaban, derribó a dos guardias y trató de huir de nuevo. Hay que tener en cuenta que el consumo de cocaína puede desarrollar un proceso paranoico que deriva en desorientación del que lo sufre y le empuja a gritar y desvariar con una fuerza extraordinaria. Los funcionarios pidieron ayuda a sus compañeros y comenzaron a golpear al detenido a base de patadas y puñetazos, utilizando incluso armas antirreglamentarias, hasta que cuatro lograron derribarle de espaldas. En ese momento el detenido comenzó a ahogarse y dejó finalmente de respirar. Los agentes y posteriormente los miembros de la unidad de urgencias realizaron infructuosamente durante veinte minutos maniobras de reanimación, sin poder evitar su fallecimiento.

El informe de la autopsia refleja la gran cantidad de lesiones que tenía el fallecido – prácticamente en todas las zonas de su cuerpo se encontraron hematomas, equimosis (moratones) y erosiones– producidas por el empleo de porras, su caída al suelo y el arrastre de su cuerpo. Sin embargo, la autopsia determinó que su fallecimiento se debió a un “fracaso cardiorrespiratorio provocado por una reacción adversa a drogas de abuso debida a un consumo previo de cocaína”. Esta sustancia es “un poderoso estimulante con graves efectos cardiotóxicos, capaz de producir taquicardia, vasoconstricción coronaria, aumento de la demanda de oxígeno e isquemia” que pueden llevar “a la arritmia y fibrilación ventricular”. Esa fibrilación, según la autopsia, provocó el fracaso cardiorrespiratorio y causó los síntomas de asfixia. La detención, los golpes y la utilización por los agentes de un aerosol irritante y una porra eléctrica fueron “factores generadores de estrés” capaces de acelerar la muerte. La autopsia explica que “la situación de inmovilización, el dolor por los traumatismos recibidos y/o autoinferidos, la aplicación de un spray irritante y defensa eléctrica” pudieron comportarse como “factores generadores de estrés” que condujeron hacia una fibrilación aún mayor”. (Resumen de los hechos probados de la STS 891/2008, de 11 de diciembre).

La acusación particular y el Ministerio Fiscal solicitan que los agentes de la guardia civil sean condenados por un delito de lesiones y por un homicidio imprudente. A la condena por homicidio se opone la defensa de los procesados alegando que entre la conducta lesiva de éste y el resultado muerte no existe la necesaria relación de riesgo para fundamentar la responsabilidad por un homicidio imprudente. Analizar jurídicopenalmente los hechos relatados y determinar cuál sería, a su juicio, la calificación penal correcta de los mismos.

Lección 7^a

EL DOLO

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Introducción
 - 2. Definición. *Dolus malus vs. dolus neutrus*
 - 3. Posición sistemática del dolo
 - 4. Clases de dolo
 - a. Dolo directo de primer grado
 - b. Dolo directo de segundo grado
 - c. Dolo eventual
 - 5. *Animus necandi vs. animus laedendi*
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso práctico resuelto
 - 2. Casos para resolver
 - a. Supuesto para el debate
 - b. lectura comprensiva
- IV. PROFUNDIZANDO EN ALGUNAS CUESTIONES
 - 1. Supuesto para el análisis: Caso Zuleica. La dificultad (también para el Tribunal Supremo) de la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente.

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

La presente lección (y la dedicada a la imprudencia) es sumamente importante. Con ella nos adentramos en uno de los “escalones” claves para poder afirmar que una conducta es delictiva: lo que se conoce como **imputación subjetiva**. Es necesario que se acaben manejando conceptos imprescindibles como dolo, dolo eventual, imprudencia, etc. y que se sepan aplicar a los supuestos de hecho.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

En este apartado se incidirá en aspectos claves del tema, que deben ser completados y desarrollados con los materiales teóricos recomendados.

1. Introducción

Ya tienes una ligera idea de qué es dolo (A apuñala a B para quitarle la vida) y de qué es imprudencia (por conducir a una velocidad excesiva, A no puede evitar una colisión en la que muere el conductor del otro coche).

Lo que quizá no sepas, es que dolo e imprudencia son requisitos **imprescindibles** para poder afirmar el delito.

No hay pena sin **dolo** o **imprudencia**

1. ¿Qué artículo del CP consagra esta declaración?
2. Transcribe el art. 10 del CP.
3. Pon un ejemplo de lesiones dolosas y otro de lesiones imprudentes.
4. Pon un ejemplo de un caso en que el sujeto activo no responde penalmente, porque, a pesar de haber causado el resultado, su conducta no fue ni dolosa ni imprudente.
5. Explica, argumentando jurídicamente, por qué el dolo y la imprudencia pueden considerarse requisitos derivados de la función motivadora de las normas penales.
6. ¿Qué es más grave, un homicidio doloso o un homicidio imprudente? ¿Por qué?

Es importante que sepas que **cuando el tipo delictivo no hace mención al elemento subjetivo, está exigiendo dolo**. Así, por ejemplo, cuando el art. 138 CP dice: “el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”, está diciendo: “el que matare a otro [**con dolo**] será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”.

Cuando el legislador castiga la realización imprudente de los tipos, lo dice expresamente (ej. 142.1: “el que **por imprudencia grave** causare la muerte de otro...”).

Aunque esta lección está dedicada al dolo, es imprescindible un conocimiento básico de la imprudencia. Puede decirse que estamos ante un resultado causado imprudentemente cuando su causación era **previsible**. Decimos que una conducta es imprudente cuando **lesiona el deber objetivo de cuidado**, es decir, cuando crea un riesgo mayor que el permitido para el bien jurídico, riesgo que podía haberse previsto y evitado. (Esto ya se vio en la lección de la imputación objetiva).

Desde un punto de vista negativo, la imprudencia se caracteriza porque el sujeto **no quiere** el resultado, si bien realiza una conducta peligrosa para el bien jurídico.

A la imprudencia también se la denomina “**culpa**” (**no tiene nada que ver con la culpabilidad**) y el adjetivo **culposo** se utiliza como sinónimo de imprudente.

2. Definición. “Dolus malus” versus “dolus neutrus”

Tradicionalmente el dolo se define como **querer y conocer** los elementos descritos en el tipo penal. El sujeto sabe lo que hace y quiere hacerlo.

Es decir, el dolo constaría de dos elementos: elemento cognoscitivo o intelectual (conocer) y elemento volitivo (querer).

Ej. Para cometer un hurto doloso tengo que saber que tomo una cosa mueble ajena sin la voluntad del dueño (elementos objetivos del tipo hurto -art. 234 CP-) y, a pesar de conocer dichas circunstancias, llevo a cabo la acción que realiza todos esos elementos (quiero). Si, por ejemplo, pienso que el abrigo que cojo del perchero es mío porque resulta muy parecido al mío y me lo llevo, no puedo realizar un hurto doloso, porque mi conocimiento no abarca el elemento “ajenidad de la cosa”.

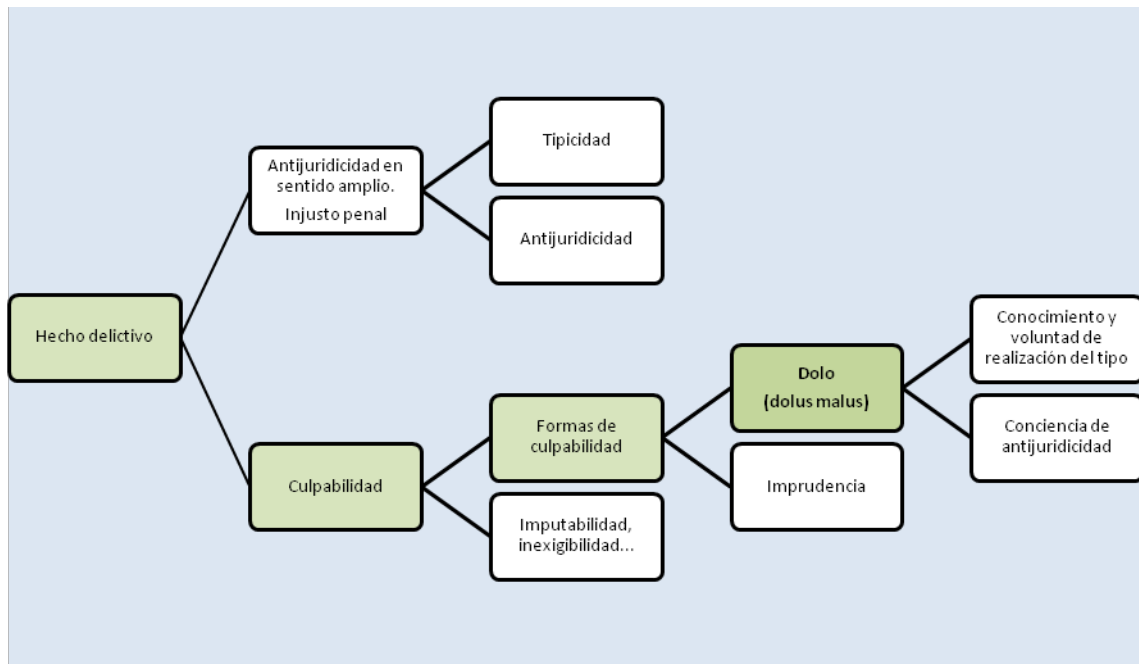
Vamos a utilizar un concepto de dolo neutro: basta conocer y querer los elementos del tipo, sin que sea necesaria la conciencia de antijuridicidad, es decir, podemos afirmar el dolo aunque el sujeto piense que lo que hace está permitido. La conciencia de antijuridicidad la estudiaremos como requisito de la culpabilidad. (Como se verá a continuación, algunos autores defienden un concepto de dolo que engloba también la conciencia de la antijuridicidad, es decir, manejan un concepto de dolo como *dolus malus*).

7. Argumenta si en los siguiente casos concurre o no dolo de abusos sexuales contemplados en el art. 183 CP. (hablamos de abusos sexuales sobre menor de trece años cuando el sujeto activo tiene relaciones sexuales con un menor de trece años, aunque este consienta y sin que concorra violencia o intimidación. Si concurre violencia o intimidación estamos ante unas agresiones sexuales sobre menor de trece años).
 - a. X sabe que la persona con quien tiene relaciones sexuales tiene doce años, pero está convencido de que está permitido siempre que el menor consienta en la relación.
 - b. X sabe que está prohibido tener relaciones sexuales con menor de trece años pero, dado el gran desarrollo físico y psíquico del menor y porque éste así se lo ha asegurado, X piensa que es mayor de trece años.
8. ¿Concurre dolo de lesionar en el siguiente supuesto? X intenta matar a Y, y éste para evitarlo le dispara a las piernas en legítima defensa. Argumenta la respuesta.

3. Posición sistemática del dolo

En la ciencia del Derecho penal aparecen diferentes “escuelas” o corrientes doctrinales en atención a la postura que mantienen en relación con determinados temas penales. Dos de las escuelas o corrientes más conocidas (aunque en gran medida superadas) son el causalismo y el finalismo, que se diferencian, entre otros aspectos, en función de dónde localizan el dolo, es decir, en qué categoría sistemática del delito lo estudian y de cómo lo conciben, cuál es el contenido que le otorgan.

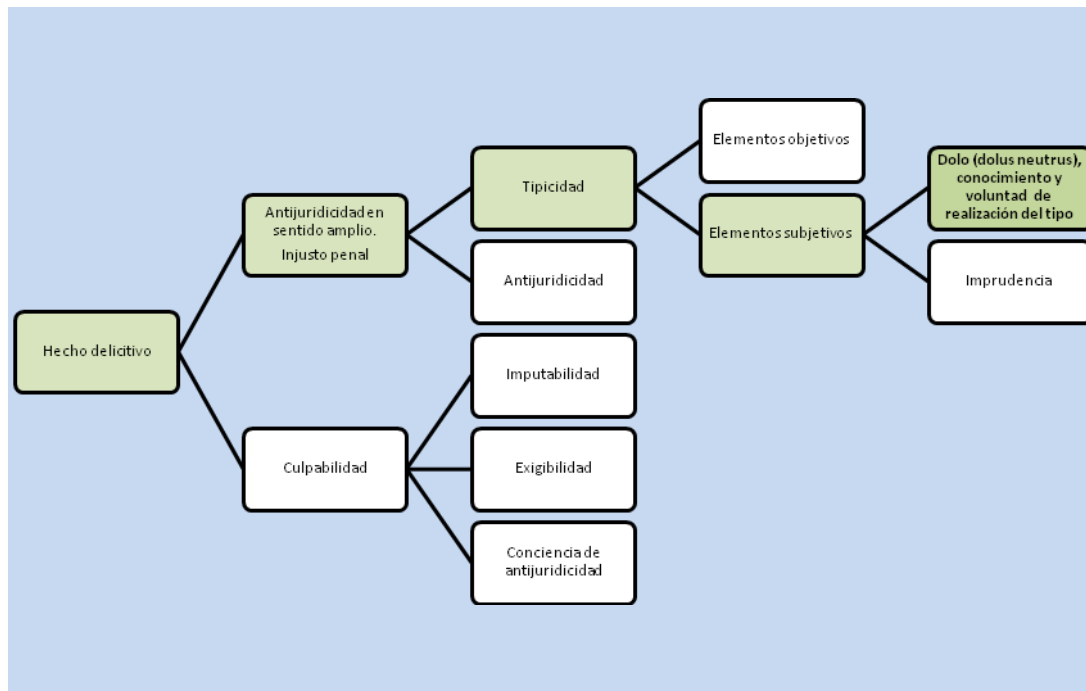
“CAUSALISMO”, “SISTEMA CLÁSICO” O “TEORÍA DEL DOLO”



La tipicidad consistía en la descripción de la faceta puramente externa de la acción (por ej. matar a alguien) y se agotaba en la relación de causalidad.

La acción típica es antijurídica cuando no concurre ninguna causa de justificación.

El dolo se estudia en la culpabilidad e incluye no sólo el conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo, sino también la conciencia de antijuridicidad (p. ej. para afirmar que comete un delito de abuso sexual con menor de 13 años, no basta que el sujeto sepa que la persona con quien tiene relaciones sexuales es un menor de 13 años, sino que además tiene que saber que tener relaciones sexuales con un menor de trece años está prohibido por el Derecho penal, es un delito).

“FINALISMO” O “TEORÍA DE LA CULPABILIDAD”

El finalismo parte del concepto de acción (básico para sus representantes). Entienden la acción como “ejercicio de voluntad final” (Welzel), así como voluntad que dirige los procesos causales en función de un fin (a diferencia de los causalistas que la concebían de forma naturalística, como movimiento corporal o inactividad producto de la voluntad, siendo indiferente el contenido de ésta). Los finalistas entienden que la estructura final de la acción vincula al legislador, que no puede prohibir meros procesos causales, sino tan sólo comportamientos dirigidos por la voluntad. Estas consideraciones influyen en el traslado del dolo de la culpabilidad a la tipicidad.

Al trasladarse el dolo a la tipicidad, se separa de la conciencia de antijuridicidad y ésta se convierte en un requisito autónomo de la culpabilidad: para poder decir que alguien actúa con dolo basta que sepa lo que hace (ej. que tiene relaciones sexuales con una persona menor de trece años -arts. 183 y ss.-), sin que sea necesario para confirmar su conducta como dolosa que sepa que su conducta está prohibida (en nuestro caso tener relaciones sexuales con menor de trece años).

Al igual que gran parte de la doctrina penal, aquí entendemos que el dolo forma parte del tipo, pero esta postura no se extrae de la estructura ontológica de la acción humana, sino de la **comprensión de las normas penales como normas de motivación**, cuyo fin es incidir en el ciudadano para que se inhiba de la realización de las conductas prohibidas, pues sólo pueden evitarse comportamientos dolosos o imprudentes.

4. Clases de dolo

Hay tres tipos de dolo, pero estas clases de dolo son una creación doctrinal. No están recogidas en el Código penal, que sólo diferencia entre dolo e imprudencia. Por lo tanto, a las tres clases de dolo les corresponde, en principio, **la misma pena**.

a. Dolo directo de primer grado

9. Pon un ejemplo de homicidio doloso.

Probablemente el ejemplo que has puesto se caracteriza porque el sujeto quería matar, tenía intención de matar. Efectivamente, estamos ante un hecho doloso **cuando la intención del sujeto era realizar el tipo** (matar, lesionar, hurtar, etc.), **cuando el sujeto perseguía con su conducta la lesión del bien jurídico**. Es lo que se conoce como dolo directo de primer grado.

10. En el curso de un atraco, a pesar de que el atracador X se había propuesto no usar el arma para no causar víctimas, dispara al cajero causándole la muerte, pues éste, en contra de lo que X había previsto, se niega a entregarle el dinero e intenta defenderse. ¿Cuál era la intención primaria del sujeto? ¿Coincide con su actuación ulterior? ¿Podemos afirmar que actúa dolosamente?

En los supuestos llevados a cabo mediante dolo directo de primer grado prima el elemento volitivo, pero no hay que confundirlo con los móviles o el deseo último del autor

11. Determina en el siguiente supuesto si la acción dolosa coincide con el fin último que mueve al sujeto o no:
- A y B llevan casados durante más de veinte años. Durante ese tiempo se han producido desavenencias en la relación que se han ido agudizando y por las cuales A se considera incapaz de seguir soportando a su esposa. No tolera la convivencia con ella y su máximo deseo es vivir solo, pero no considera el divorcio como una opción puesto que su mujer es muy religiosa y jamás querrá divorciarse y además no tiene dinero para iniciar un procedimiento. La única opción que se plantea es acabar con la vida de su mujer, lo cual lleva efectivamente a cabo.
 - El sujeto C es dueño de una joyería, negocio que, a consecuencia de la crisis, no marcha demasiado bien y no obtiene los pingües beneficios que le reportaba hace unos años. Para conseguir pagar a los acreedores que le exigen continuamente el pago de sus deudas, A decide provocar un incendio en el local para así poder cobrar el seguro y pagar todas sus deudas, además de cambiar de ocupación e iniciar un nuevo negocio.

Sin embargo, hay supuestos en los que el sujeto no desea la producción del resultado, en los que no está tan claro el elemento volitivo, y donde, sin embargo, no resulta satisfactoria la imputación a título imprudente.

12. ¿Cómo crees que deberían castigarse estos supuestos, a título doloso o a título imprudente?
- A quiere lesionar a X, que se encuentra detrás de una preciosa vidriera. A le lanza una piedra que, además de lesionar a A, rompe la vidriera. Respecto del resultado lesiones hay dolo directo de primer grado. ¿Hay dolo respecto del resultado de daños?
 - El terrorista A quiere matar a un político, para lo cual coloca una gran cantidad de explosivo debajo de su coche. No sólo muere el político, sino también el chófer y dos personas que pasaban por las inmediaciones del coche. ¿Hay dolo respecto a todas las muertes?
 - A y B cierran una apuesta que consiste en ver cuál de los dos es capaz de conducir cien kilómetros, en dirección contraria a la marcha de los coches y sin reducir la velocidad por debajo de 150 km/h. Ganará la apuesta quien realice dicha conducta sin causar ningún accidente. Sin embargo, A no logra esquivar a uno de los coches que le aparece de frente, colisionando, y causa la muerte del conductor del automóvil. Respecto a esta muerte, ¿de qué responde A?
 - Un grupo de delincuentes tortura a X para averiguar dónde ha escondido el botín. Llega un momento en el que X presenta graves lesiones y su debilidad y mal estado físico es evidente. Si continúan torturándole podría morir. En este caso perderían la oportunidad de averiguar el escondite del botín. A pesar de eso, deciden seguir, confiando en que X no morirá. No obstante, X muere.

b. Dolo directo de segundo grado

Se habla de dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias cuando el resultado, si bien no es querido en el sentido de deseado, se sabe que su producción va unida con seguridad o práctica seguridad a la conducta, por lo que puede afirmarse que el sujeto también “quiere” estas consecuencias, en cuanto las acepta como necesarias. Para la consecución de un objetivo primario, es imprescindible llevar a cabo una acción que desemboque en un objetivo secundario, necesario únicamente para la producción del primero.

No te preocupes por este tipo de dolo. Es una categoría que aparece en los libros, por lo que te la mencionamos, pero en la realidad no plantea excesivos problemas, pues cuando un sujeto sabe que es seguro que va a causar un resultado, aunque no sea el que persigue, se va a poder decir, sin excesiva dificultad, que el sujeto quiere el resultado y, por lo tanto, que existe dolo directo de primer grado.

13. ¿En cuáles de los casos anteriores crees que hay dolo directo de segundo grado?
14. Idea otro supuesto de dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias.

c. Dolo eventual

Utilizamos la expresión de dolo eventual para referirnos a aquellos supuestos limítrofes con la imprudencia. Ambas categorías pueden resultar muy semejantes en su contenido, pero establecer la diferencia entre ellas resulta de vital importancia, puesto que entender que un delito es doloso, aunque se lleve a cabo con dolo

eventual, supondría una pena muchísimo mayor que la prevista para el delito imprudente, que incluso en muchos casos no se castiga. Tanto en los supuestos de dolo eventual como en los de culpa consciente, el sujeto no quiere que el resultado se produzca, pero se representa la posibilidad de producción de resultado, es consciente de que su conducta lo puede desencadenar. La pregunta es dónde reside la diferencia. Para dar respuesta a esta cuestión, y así diferenciar dolo eventual de imprudencia se han elaborado una serie de teorías, entre las que destacan la teoría de la probabilidad o representación y la teoría del consentimiento.

Teoría del consentimiento (también denominada de la voluntad o de la aprobación): entiende que para fundamentar el mayor desvalor de un hecho doloso y justificar la mayor pena, no puede prescindirse del elemento volitivo. Por ello intenta hallar en los hechos típicos de dolo eventual una **conexión volitiva** con el resultado que permita justificar la mayor pena del delito doloso. En concreto, exige que el autor acepte el resultado.

En su configuración originaria se utilizaba la “**fórmula de Frank**” para comprobar si existía dolo eventual en un supuesto concreto. En un principio la fórmula mantenía que, si retrocediendo hasta el punto anterior al inicio de la acción y enfrentando al autor con la seguridad de producción del resultado, éste hubiera continuado con la ejecución de todas maneras, nos encontraríamos con un hecho doloso. Si, por el contrario, el autor no hubiera continuado de saber seguro que se hubiera producido el resultado, entonces nos enfrentamos a un hecho imprudente. La teoría confronta al autor con el resultado, y determina la existencia o no de dolo eventual en la aceptación, asunción o resignación del autor con dicho resultado: si el sujeto, aun sabiendo que el resultado fuera seguro, continuara, estaríamos ante un caso de dolo eventual. Si el sujeto, por el contrario, sabiendo que el resultado se produciría con seguridad, se abstuviera de llevarlo a cabo, entonces nos encontraríamos con un supuesto de culpa consciente. Esta fórmula se ha ido matizando.

La teoría del consentimiento trata de afirmar la presencia de dolo eventual a través de la afirmación del elemento volitivo típico del dolo. No obstante, ha sido sometida a crítica, sobre todo en su formulación inicial, puesto que juega con una hipótesis: enfrenta al sujeto con la hipótesis de que el sujeto se plantee algo que nunca se planteó y, por tanto, dé una respuesta a una cuestión que a él nunca le surgió a la hora de llevar a cabo la acción. Al contestar a esta pregunta, el juez no estaría valorando una voluntad real del sujeto activo, sino una apreciación de la voluntad del sujeto en el caso de que se le hubiera representado el resultado como cierto, cosa que no sucedió.

15. ¿Existiría dolo eventual según la teoría del consentimiento en los siguientes supuestos? Argumenta la respuesta:

- a. Supuesto de los conductores suicidas (ejercicio de materiales 12.c)
- b. Caso de “por un yonqui menos” (caso práctico núm. 3)
- c. Caso del tirón (caso práctico núm. 1)

Teoría de la probabilidad o de la representación: afirma el dolo eventual cuando el sujeto genera con su conducta una alta probabilidad de producción del resultado y es consciente de ello, se representa el elevado riesgo creado. Es decir, es necesario un elemento objetivo (elevado riesgo) y un elemento subjetivo (que el sujeto sea consciente de dicho riesgo). No habría dolo eventual si el sujeto no es consciente en absoluto del riesgo (imprudencia inconsciente) o lo valora como menor. De esta manera, no se enfrenta al sujeto con el resultado producido, sino con la situación peligrosa que él ha generado.

Se suele criticar a esta teoría la dificultad para establecer el nivel de riesgo que correspondería al dolo eventual y el que correspondería a la imprudencia y, aun pudiendo establecerlo en abstracto,

la dificultad de cuantificar en el caso concreto el riesgo de lesión creado. Por otra parte, se dice que esta teoría podría beneficiar al autor infundadamente optimista o alocado que minusvalora el riesgo creado.

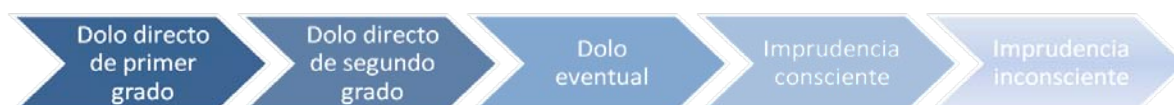
Asimismo se critica a la teoría de la probabilidad que prescindiera del elemento volitivo del dolo. Frente a esto se ha contestado que la consciencia o conocimiento del elevado riesgo creado (que exige la teoría de la probabilidad) conlleva en cierta medida que el sujeto asume como muy probable la producción del resultado, es decir, cierto elemento volitivo de aceptación, pues—se argumenta—quien, consciente del elevado riesgo, realiza la acción, en buena medida estaría aceptando la producción del resultado.

Teoría de la probabilidad	Alta probabilidad	Menor probabilidad
Conciencia del riesgo	DOLO EVENTUAL	IMPRUDENCIA CONSCIENTE
No conciencia del riesgo	IMPRUDENCIA INCONSCIENTE	IMPRUDENCIA INCONSCIENTE

Ha de tenerse siempre presente que la calificación de un hecho como doloso-eventual supone que se castigue con la pena del hecho doloso, por lo que hay que ser restrictivos con la aplicación de esta figura, tratando de evitar que su aplicación desmedida haga desaparecer en gran medida el ámbito propio de la imprudencia grave.

16. ¿Existiría dolo eventual según la teoría de la probabilidad en los siguientes supuestos? Argumenta la respuesta:
- Supuesto de los conductores suicidas (ejercicio de materiales 12.c)
 - Caso de “por un yonqui menos”
 - Caso del tirón
17. Valorando el resultado que ofrece la aplicación de ambas teorías a cada uno de los supuestos y de las objeciones que se pueden plantear a la aplicación de las mismas y los resultados alcanzados, ¿cuál de las teorías sobre el dolo eventual te parece más acertada y por qué?

Como puede apreciarse, en los supuestos de dolo directo de segundo grado, de dolo eventual y de imprudencia, el elemento volitivo no aparece con la misma intensidad que en los casos típicos de dolo directo de primer grado. Podemos observar una especie de degradación de dicho elemento, cuyo momento más intenso se presenta en la figura del dolo directo, difuminándose a medida que nos acercamos a la imprudencia, siendo los casos de imprudencia inconsciente en los que dicho elemento está totalmente ausente.



5. *Animus necandi vs animus laedendi*

Son frecuentes los supuestos en que una persona resulta gravemente herida y es necesario establecer si esas lesiones pueden calificarse como lesiones consumadas, o por el contrario, suponen ya una tentativa de homicidio. La cuestión consiste **en determinar si el sujeto activo actuó movido por un ánimo de matar (*animus necandi*) sin producir el resultado típico (tentativa de homicidio o asesinato), o, por el contrario, actuó movido por un ánimo de lesionar (*animus laedendi*) y sí produjo el resultado típico.**

18. A arroja a B desde un cuarto piso. B sufre graves lesiones pero no muere. ¿Responde A de una tentativa de homicidio o de unas lesiones doloso consumadas?

El dolo, como algo que existe en el interior del sujeto, puede resultar un elemento muy difícil de probar en un juicio y normalmente tendrá que probarse a través de lo que se conoce como “prueba de indicios”, es decir pruebas no directamente sobre ese dolo, sino sobre hechos de los que razonablemente se puede inducir su presencia. Así, la jurisprudencia se fija en datos como:

- Las características del arma utilizada (ej. difícilmente podrá convencer quien afirma que sólo quería lesionar haciendo explotar sobre el cuerpo de la víctima una potente carga explosiva)
- La concreta forma de ataque (ej. aunque una piedra en sí misma no sea un arma especialmente mortífera, sí puede deducirse el dolo de la forma concreta de ataque: se golpeó fuerte y reiteradamente con la piedra en una zona vital como la cabeza)
- Comportamiento anterior, coetáneo o posterior del autor (amenazas proferidas contra la vida o, por el contrario, contexto de una pelea imprevisible).
- En general, todos aquellos datos que estén probados y de los que pueda deducirse el dolo de matar o el dolo de lesionar.

Así planteado, se trataría de una cuestión de prueba, de un problema procesal. No hay problema para admitir la prueba indiciaria siempre que haya varios indicios que racionalmente confluyan hacia el mismo resultado probatorio y el órgano judicial motive de forma razonada en su sentencia por qué, a partir de esos indicios, el dolo puede considerarse probado. A través de la prueba indiciaria es como se suele probar no sólo el dolo directo de primer grado, sino también los requisitos para el dolo eventual.

19. Como sabes, la calificación como tentativa de homicidio/asesinato o lesiones dolosas consumadas depende de si se considera que el sujeto actuó con dolo de matar o de lesionar. Argumenta cuál sería a tu juicio la calificación correcta en los siguientes casos:
- a. A persigue a B para golpearle. B coge una pistola, apunta a las piernas de B y dispara hiriéndole en una de ellas.
 - b. A arroja a B desde el piso octavo. Un toldo para el impacto y B sufre lesiones pero no muere.

III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto:

a. Supuesto de hecho

Ricardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantiene relaciones formales de noviazgo con Lucía desde hace dos años. En los últimos meses dichas relaciones, que habían llegado a ser íntimas, han empezado a deteriorarse debido a que la familia de Lucía la presionaba para que rompiera la vinculación con Ricardo y se marchara a estudiar a la capital. Lucía, que últimamente se encuentra muy excitada no sólo por las presiones familiares, sino también porque no ha tenido el periodo en los últimos meses y tiene frecuentes mareos y vómitos, por lo que teme estar embarazada que ha manifestado a Ricardo—, en un momento de discusión con éste le dice que ha decidido romper las relaciones y marcharse a la capital, citándole para el domingo siguiente en un pub del pueblo a fin de devolverse los regalos y despedirse definitivamente.

Ricardo, fuertemente contrariado por la decisión de Lucía, no acepta perder a su novia de la cual está profundamente enamorado y, convencido de que la razón fundamental para que ella lo abandone es haber quedado embarazada —extremadamente verificado por ambos—, decide verter el domingo en su bebida, sin que ella lo vea, el contenido de unas cápsulas de un medicamento del que sabe que en determinada dosis producirá seguro la muerte del feto y, aunque también existe un serio peligro por él conocido de que pueda morir Lucía por complicaciones no controlables, confía en que esto no suceda y en que, abortando Lucía, pierda las preocupaciones y vuelva con él. De esta manera, vislumbrando también el elevado peligro de la posible muerte de Lucía, pero confiando en tener suerte, cuando están en el pub vierte el fármaco en la bebida de la joven, que ella toma sin apercibirse de su contenido. A consecuencia de la ingestión, al día siguiente Lucía cae gravemente enferma y se produce no sólo el aborto del feto sino que ella misma en el curso de tal proceso sufre una parada cardíaca que acaba con su vida.

b. Resolución del supuesto

Para resolver el presente supuesto tenemos que atender a las acciones llevadas a cabo y a los resultados producidos. Ricardo hace que Lucía ingiera un fármaco abortivo y se produce, por un lado, el aborto del feto, y por otro, la muerte de la propia Lucía. Es necesario determinar de qué manera están relacionados estos dos resultados con la acción llevada a cabo por Ricardo.

En primer lugar analizaremos el resultado de aborto del feto. Una vez comprobado que existe una clara relación de causalidad y que se cumplen los requisitos de la imputación objetiva entre el suministro del abortivo por parte de Ricardo y el aborto del feto, es necesario detenerse en el aspecto subjetivo de dicha conducta. Tal y como establece el art. 5 CP, es necesario que podamos afirmar bien que la conducta es dolosa, bien que es imprudente para poder confirmar uno de los requisitos imprescindibles para determinar que nos hallamos ante un ilícito penal.

Por tanto, es necesario distinguir si la acción de verter el abortivo en el vaso de Lucía puede considerarse una acción dolosa o imprudente. Dado que por dolo entendemos conocer y querer los elementos descritos en el tipo penal, tendremos que saber a qué tipo

penal adscribiríamos la conducta de Ricardo, para poder así comprobar si conocía y quería sus elementos. En este caso tendremos que confrontar la conducta de Ricardo con el tipo penal contenido en el art. 144 CP, relativo a la producción del aborto de una mujer sin su consentimiento. Así, es posible confirmar que el sujeto conocía los elementos del tipo, puesto que sabía que le estaba suministrando un producto que provocaba abortos y de hecho, éste era el resultado que quería producir, puesto que pensaba que si se producía al aborto, ella retomaría su relación de noviazgo. Podemos, por tanto, confirmar que el sujeto actúa dolosamente, e incluso podemos también confirmar que dentro de los tres posibles grados que nos presenta el dolo, nos encontraríamos con un supuesto de dolo directo de primer grado. El resultado producido coincide con la intención del sujeto y se puede afirmar que el contenido volitivo presente en la acción que lleva a cabo con respecto al resultado, es idéntico: es decir, coincide plenamente lo que el sujeto busca con la lesión del bien jurídico. Como vemos, resulta indiferente que el aborto sea el fin último o no que guía al sujeto, puesto que en este caso se trataría de provocar el aborto para que Lucía volviera con él.

De esta manera, afirmaríamos que el resultado de aborto se ha llevado a cabo mediante dolo directo de primer grado.

A continuación hay que analizar el resultado de muerte de Lucía. No parece posible que podamos afirmar que se trata de un supuesto como el anterior, en el que el sujeto actúa con dolo directo de primer grado. Ricardo no busca la muerte de Lucía: le suministra el abortivo para que pierda el bebé, pero no para que muera, dado que el obstáculo que había surgido en su relación era su embarazo. Por tanto, no podemos decir que la intención de Ricardo sea provocar la muerte de Lucía.

Tampoco parece posible afirmar que de la ingesta del abortivo se derivaba de manera necesaria la muerte de Lucía. No era una consecuencia inevitable que para provocar el aborto hubiera de morir Lucía, por tanto, su muerte no podemos entenderla como un resultado vinculado de manera necesaria al resultado de aborto. No se trata de un supuesto de dolo directo de segundo grado.

Así, como última posibilidad para determinar que nos encontramos ante un delito doloso, tendríamos que afirmar que se trata de una acción llevada a cabo mediante dolo eventual. Esta clase de dolo linda con la imprudencia, puesto que es el nivel en el que el elemento volitivo se muestra menso intenso y, por tanto, donde éste termina comienza la imprudencia, siendo la frontera entre esta última y el dolo eventual más difusa. En ambos niveles de imputación subjetiva el autor no busca la producción del resultado aunque se reconoce la posibilidad de producción del mismo. Puesto que las características comunes entre ambas categorías son muchas, es necesario acudir a desarrollos teóricos específicos para determinar si nos encontramos ante un supuesto llevado a cabo mediante dolo eventual o culpa consciente.

Para encontrar la solución recurriremos a dos teorías: la Teoría del consentimiento y la Teoría de la probabilidad.

Según la Teoría del consentimiento nos encontraremos ante dolo eventual cuando el sujeto, pensando que es posible la producción del resultado, actuaría de la misma manera si fuera seguro. Si situáramos al autor, de manera hipotética, justo en el momento anterior al de inicio de la acción y le mostráramos el resultado que se iba a producir, si dicho autor, aun conociendo la seguridad de producción siguiera adelante con la acción, nos encontraríamos ante un supuesto de dolo eventual. Si, por el contrario, ante la certeza de producción del resultado, éste hubiera decidido no continuar, entonces se trataría de culpa consciente.

En el caso que nos ocupa, tendríamos que situar a Ricardo en el momento anterior a suministrar el abortivo a Lucía. Si en ese momento le enfrentáramos con el resultado producido más tarde- muerte de Lucía- la Teoría del consentimiento llegaría a la conclusión de que Ricardo no habría seguido adelante con la acción, puesto que no habría asumido el resultado: muerte de Lucía. Ricardo se habría dicho: “de haber sabido que Lucía moriría tras la ingesta del abortivo, no se lo habría suministrado”. Por tanto, para la Teoría del consentimiento nos encontraríamos en un supuesto de imprudencia consciente.

La Teoría de la probabilidad, por el contrario, se basa en argumentos más objetivos para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente. Recurre a la probabilidad estimada por el autor de producción del resultado. Si antes de iniciar la acción el autor contaba con que la producción del resultado era muy probable, entonces nos encontraríamos con un supuesto de dolo eventual. Por el contrario, si antes del inicio de la acción, confiara que el resultado no se produciría debido a la baja probabilidad, entonces se trataría de un supuesto de culpa consciente. En nuestro supuesto, y tal y como se nos indica en el relato de hechos, Ricardo sabía que existía un serio peligro de que se produjeran complicaciones y que eso condujera a la muerte de Lucía (“aunque también existe un serio peligro por él conocido de que pueda morir Lucía por complicaciones no controlables, confía en que esto no suceda”), por lo que analizado desde los postulados de la Teoría de la probabilidad, podríamos afirmar que existe dolo eventual, puesto que se da una alta probabilidad de producción del resultado y además es conocida por Ricardo. No es necesario que éste consienta en el resultado “muerte de Lucía”, sino que basta con que la probabilidad de producción de la misma haya alcanzado determinado nivel.

Como vemos, cada una de las teorías nos ofrece un resultado distinto, por lo que debemos decidir cual de ellas nos parece que utiliza los argumentos más convincentes y lógicos y basándonos en ella determinaremos si el autor ha obrado con dolo eventual o culpa consciente.

La Teoría del consentimiento basa su decisión en demostrar que lo que habría hecho el sujeto de saber que el resultado se iba a producir, cuestión que presenta graves problemas de prueba, puesto que una vez conocido el resultado si se adelanta al autor al momento anterior a la producción del mismo, ¿cómo es posible saber que éste habría continuado con su acción y habría preferido llevarla a cabo antes que renunciar a su comportamiento? Se trata de una cuestión bastante compleja y que como depende de la hipotética actuación o no del sujeto frente a la seguridad de producción del resultado, únicamente basa el criterio distintivo en la confrontación del sujeto con un dilema que él no se planteó.

Frente a los criterios subjetivos con los que opera la Teoría del consentimiento, la Teoría de la probabilidad recurre a la probabilidad de producción del resultado como criterio más objetivo. Este criterio resulta muy útil en los supuestos en los que es muy clara la probabilidad de producción del resultado, pero puede resultar insatisfactorio en los casos en los que la probabilidad no es tan alta y por tanto no resulta tan claro el conocimiento que de la misma pudiera tener el autor. Además, parece que inclinarse por la Teoría del probabilidad supone desechar por completo el componente de la voluntad del sujeto, lo cual iría en contradicción de la propia esencia del dolo, puesto que seguiríamos definiéndolo como “conocer y querer los elementos del tipo”, aunque en los casos de dolo eventual, ese “querer” hubiera perdido mucha intensidad.

Así, para evitar que la Teoría de la probabilidad se critique por exceso de objetivismo por exigir únicamente un grado de producción del resultado, es necesario que el sujeto acepte esa probabilidad, no que únicamente la conozca. No se requiere que acepte el resultado, puesto que eso nos situaría de nuevo en los postulados de la Teoría del

consentimiento, pero es necesario que el sujeto acepte la probabilidad, latente en su conducta, de producción del resultado.

Aplicando, pues, los criterios de la Teoría de probabilidad, determinaríamos que Ricardo ha actuado con dolo eventual respecto de la muerte de Lucía, puesto que la probabilidad de producción del resultado por él conocida y, por tanto admitida, era muy alta.

Ricardo habría actuado con dolo directo de primer grado respecto de un delito de aborto recogido en el art. 144 Cp, y con dolo eventual respecto al delito de homicidio del art. 138 Cp.

2. Casos para resolver

a. Caso del “tirón”

Resultando probado que los procesados Manuel y Joaquín, ambos mayores de edad, proyectaron arrebatarse la cartera con su contenido al cobrador de la empresa A, José S. C., a quien le faltaba el antebrazo derecho por amputación quirúrgica, del que sabían que frecuentaba el bar Nueva York situado en la Avenida de Palomeras y poniendo en ejecución su propósito, en la mañana del día....., se dirigieron en un vehículo a aquella Avenida, donde esperaron la salida del bar del cobrador, lo que hizo en compañía de dos amigos, situándose José en la parte más próxima a la calzada, llevando la cartera sujeta con unas correas en la parte superior del brazo derecho, contenido un total de 611.098 pts. Aproximándose a José con el vehículo, Joaquín sacó el brazo por la ventanilla y asió la cartera tirando fuertemente de la misma, al tiempo que Manuel aceleraba bruscamente el motor del automóvil, consiguiendo hacerse con dicha cartera y produciendo la caída al suelo de José con gran violencia debido al arrastre sufrido, quien recibió un fuerte golpe en la cabeza diagnosticado como traumatismo craneoencefálico, que le produjo el inmediato fallecimiento a consecuencia de hemorragia cerebral.

Determinar la responsabilidad de los procesados en relación con la muerte de José.

b. Caso de “por un yonqui menos”

Antonia, dedicada a la venta de pequeñas dosis de estupefacientes, recibe la visita de Luis, traficante de heroína y que normalmente provee a Antonia de dicha sustancia. Este le comenta que, según sus informaciones, uno de los clientes de Antonia, José, es confidente de la policía y colabora con ésta en una operación destinada a desarticular la red de tráfico a la que Luis pertenece. Luis ofrece a Antonia cien gramos de heroína de gran pureza, con un precio aproximado en el mercado de 3.000 euros, a cambio de que se deshaga de José, para lo cual deberá venderle droga adulterada con el fin de causarle la muerte. Antonia replica que José suele comprarle varias dosis, por lo que existe la posibilidad de que José pase la droga a terceras personas o que la comparta con alguien. Luis responde que es un riesgo que hay que correr y que, en cualquier caso, nada se pierde con un “yonqui” menos en la calle. Antonia acepta el trato y aquella misma tarde vende a José tres papelines de metadona adulterada haciéndola pasar por heroína. José se dirigió a su casa donde estaba esperándole su novia Violeta, también heroinómana, poniéndose “un pico” cada uno de la metadona en malas condiciones, experimentando inmediatamente síntomas anormales. A la media hora un hermano de José halló a ambos tirados en el suelo y sin sentido,

trasladándoles inmediatamente al Hospital Clínico, donde Violeta llegó ya muerta por intoxicación de metadona y José fue ingresado en la U.V.I. en estado cianótico y con insuficiencia respiratoria aguda, logrando salvar la vida gracias a la rápida intervención médica.

[Analiza jurídico-penalmente el supuesto de hecho y determinar la eventual responsabilidad de los intervinientes \(Olvidar la eventual responsabilidad por un delito contra la salud pública\)](#)

c. Caso “Maremágnum”

Siendo aproximadamente las 03:30 horas de la madrugada del día 27 de Enero de 2.002, el acusado JAMES A., mayor de edad y carente de antecedentes penales, se encontraba en la puerta de acceso al local denominado CAIPIRINHA, para el cuál trabajaba como portero del local, teniendo entre sus funciones la de controlar el acceso del público al mismo, sito en las instalaciones del centro lúdico MAREMÁGNUM, en el muelle de España del Port Vell de la ciudad de Barcelona. Siendo, por tanto, aproximadamente las 03:30 horas de la madrugada del día antedicho, llegó al local indicado (CAIPIRINHA) un grupo de personas de nacionalidad ecuatoriana, produciéndose acto seguido una discusión a consecuencia de la negativa a que los mismos pudieran entrar en el local por presentar el grupo de ecuatorianos una evidente situación de embriaguez, a la vez de por llevar un calzado inadecuado. A dicha discusión acudió finalmente el también acusado ANTONIO FERNANDO Q. B., mayor de edad y sin antecedentes penales, terminando tal discusión con una disputa en la que hubo un intercambio de golpes, empujones e insultos. Dicho acusado, ANTONIO FERNANDO Q. B., prestaba en aquellos instantes sus servicios en el centro lúdico MAREMÁGNUM, por cuenta de la empresa de seguridad para la que trabajaba, SEGUR IBÉRICA S.A., teniendo como cometido el de garantizar la seguridad en el entorno del recinto o complejo.

Finalizado este primer incidente en la puerta del local CAIPIRINHA, tras unos breves instantes, acudió nuevamente al referido local el ciudadano de nacionalidad Ecuatoriana WILSON LEÓNIDAS P., persona de estatura de 1,52 metros y de peso de 50 kilogramos aproximadamente, quien tomó un objeto entre sus manos, lanzándolo contra las personas de Seguridad que frente a él estaban, y en concreto contra el guarda de seguridad DAVID GASCÓ, quien logró evitar o repeler dicha agresión.

Esta conducta desencadenó la huida precipitada del grupo de nacionalidad ecuatoriana entre el que se encontraba WILSON LEÓNIDAS P., el cuál vestía con ropa de invierno propia de la época, comenzando así la inmediata persecución por un grupo de personas encargadas de una u otra manera de la seguridad, compuesto entre otros, por los dos acusados citados JAMES A. y ANTONIO FERNANDO Q. B., y por el también tercer acusado MARIANO R. P., mayor de edad y carente de antecedentes penales. El cuál, era miembro de la empresa de seguridad ELIT CONTROL S.L., y prestaba en tales instantes sus servicios como portero de seguridad en el local EL MOJITO.

Iniciada, por tanto, la anterior persecución del grupo en el que se encontraba WILSON LEÓNIDAS P., éste quedó rezagado del mismo siendo alcanzado y arrojado al suelo por uno de sus inmediatos perseguidores, (no imputado finalmente en este procedimiento), tras haber recorrido una distancia de 326,80 metros. Fruto de dicha carrera, así como también de la situación evidente de embriaguez que WILSON LEÓNIDAS P. presentaba, al arrojar un resultado de 2,30 gramos de etanol (alcohol) por litro de sangre, el mismo tras dar con su cuerpo en el suelo, vio debilitada notablemente sus fuerzas y capacidad y aguante físico. Llegando en ese mismo instante los acusados ANTONIO

FERNANDO Q. B., y MARIANO R. P., quienes le asestaron hasta un total de 7 golpes en ese preciso momento.

De entre esos golpes, que fueron advertidos o vistos por el acusado JAMES A., y que consistieron en patadas, y golpes con la defensa personal o porra, por diversas partes del cuerpo y en concreto en la cabeza, en el abdomen y en la zona genital, el acusado ANTONIO FERNANDO Q. B., le propinó el tercero de ellos con la defensa personal en la cabeza, así como el cuarto y el séptimo de tales golpes. Mientras que el acusado MARIANO R. P., le asestó el quinto golpe consistente en una patada en la zona genital, y el sexto golpe consistente en una patada en la cabeza, de una entidad tal que hizo que ésta se girara bruscamente hacia atrás.

Inmediatamente después y sin solución de continuidad, tras haber recibido WILSON LEÓNIDAS P. desde el suelo los ya referidos golpes, llegó el acusado JAMES A., quien cogió a la víctima por detrás en presencia de los otros dos acusados, y durante una distancia de 19,80 metros le condujo por la pasarela en dirección al borde del agua.

Durante dicha distancia, el acusado JAMES A., fue acompañado, yendo junto a él e inmediatamente detrás suyo, por los acusados ANTONIO FERNANDO Q. B., y MARIANO R. P., quien durante ese recorrido llegó a asestar a la víctima un último golpe por detrás consistente en un puñetazo en la nuca. Para así, y sin solución de continuidad, una vez llegados hasta el borde del agua, empujar el acusado JAMES A. al Sr. WILSON LEÓNIDAS P.. Todo ello, en presencia y con la anuencia y el acuerdo tácito y mutuo de los otros dos acusados, ANTONIO FERNANDO Q. B., y MARIANO R. P., para acto seguido alejarse del lugar de los hechos, todos ellos caminando.

La temperatura del agua en aquellos instantes era de aproximadamente 10 grados centígrados y la profundidad de la misma de unos 10 metros.

Tras ese inicial alejamiento del lugar, una persona preguntó a los acusados si éstos a su vez le habían preguntado a la persona a la que tiraron al agua si la misma sabía nadar, contestando uno de ellos que no ha podido determinarse, con la expresión “si una rata sabe correr también sabrá nadar y si no, que se ahogue”.

Y manifestando con posterioridad en concreto el acusado ANTONIO FERNANDO Q. B. a uno de los agentes de la policía portuaria que posteriormente acudió al lugar de los hechos que “yo por un sudaca de mierda no me tiro al agua y mojo mi móvil”.

Como consecuencia del relato anterior, la víctima WILSON LEÓNIDAS P., intentó sin conseguirlo nadar, asirse a las agarraderas de los pilares, y desprenderse de todas sus ropas. Produciéndose finalmente su muerte por asfixia por sumersión, habiendo incidido en el resultado todas las circunstancias previas tanto de la carrera, como de los golpes recibidos, así como la temperatura del agua.

Su cadáver fue buscado por el Cuerpo de Bomberos hasta las 06:00 horas de esa misma madrugada sin éxito. Reemprendiéndose las labores de búsqueda alrededor de las 10:00 horas de la mañana, y encontrando así su cuerpo hacia, aproximadamente, las 11:00 horas de ese día en el fondo, a unos diez metros de profundidad, y en la posición de decúbito prono (boca abajo).

En el momento en que fue hallado el cadáver presentaba las siguientes lesiones: fractura de los huesos nasales, erosión longitudinal en la cara posterior del codo izquierdo de cinco centímetros, erosión en la mejilla derecha de 1,5 centímetros, contusión circular en el codo derecho de 2 centímetros de diámetro y erosión en la cara anterior de la rodilla derecha, también circular, de 1,5 centímetros, de las que habría tardado en sanar en condiciones normales no más de 14 días, sin que hubiera necesitado para ello tratamiento

médico ni quirúrgico, ni más de una primera asistencia. En el momento de los hechos la víctima WILSON LEÓNIDAS P., estaba casado con la Sra. Ivonne G., y era padre de tres hijos menores de edad, Carolina Helen, de 5 años, Evelyn Nikol de 4 años e Isaac Antony de 2 años. Y convivía en España con su madre la Sra. Noemí Rosario T. P.. Motivo por el cuál la víctima que había encontrado trabajo en nuestro país, le enviaba a su familia a su país (Ecuador), diversas sumas o cantidades de dinero para mejorar su subsistencia.

[Analizar si nos encontramos frente a un supuesto en el que los sujetos actuaron con dolo eventual o imprudencia consciente.](#)

d. Caso “Incendio en el Chupano”

En primeros meses de, la Plaza de Candelaria, sita en el caso antiguo de esta ciudad, servía de punto de encuentro y reunión a personas de vida errante, algunas de las cuales se recogían para descansar durante la noche en el edificio sito en la Avenida de Andalucía número dos, perteneciente al Patrimonio del Estado, que a la sazón permanecía abandonado, en estado semi-ruinoso, siendo popularmente conocido por "El Chupano", la Plaza era frecuentada por el **acusado Alfonso H. O., apodado "El Goma"** su amigo, también acusado **José Manuel H. G., conocido por el sobrenombre de "El Canijo"**, quienes ocasionalmente coincidían en el lugar con los, asimismo acusados **Miguel Q. J. Y Carlos R. G.,**

La noche del 25 de mayo de, se encontraban en la Plaza de Candelaria los acusados Alfonso H. O. "El Goma" y José Manuel H. G. "El Canijo", consumiendo bebidas alcohólicas, llegando más tarde, sucesivamente los jóvenes Miguel Q. J. y Carlos R. G., también acusados, trabando todos ellos conversación y compartiendo una botellas de cerveza, en un momento dado, "El Goma" sugiere a los demás hacerse de nuevas bebidas e ir a "El Chupano" para bromear y divertirse con los "hippies" que se alojaban en el edificio, aceptando la proposición sus contertulios.

Eran las 00.30 horas cuando hicieron su entrada en "El Chupano" a través de la puerta principal, que hallaron abierta y ya en el interior, donde reinaba la oscuridad, tomaron para alumbrarse unos envases de cartón -"tetra-brik"- que había en el suelo, en medio de las basuras e inmundicias esparcidas por doquier y, aderezados los recipientes en forma de antorchas, los encendieron con un mechero, recorriendo así las dependencias de la planta baja de la finca, donde comprobaron que distribuidas en tres habitaciones, había varias personas durmiendo, tendidas en el suelo, sobre colchones. Seguidamente ascendieron por la escalera que desemboca a la altura de la primera planta, a una especie de antesala, por la que llegan a una estancia amplia, dispuesta a modo de salón de actos o proyecciones, dotada a la derecha, entrando, de un estrado o escenario, con una puerta posterior que constituye el único acceso al resto de las piezas de dicha planta, dispuestas a izquierda y derecha a lo largo de un pasillo trazado en ángulo. Los cinco procesados recorren el salón, superan el estrado y avanzan por el pasillo profiriendo voces, gastándose bromas, golpeando puertas, tras lo cual suben a la terraza del edificio donde, donde amigablemente consumieron las "litronas" que llevaban.

Agotadas las consumiciones y habiendo permanecido en la terraza una media hora aproximadamente, emprenden los procesados su descenso entre voces y ruidos, prendiendo nuevas antorchas de "tetra-brik" y velas y momentos después "El Goma", en tono ligero y desenfadado, se dirige a sus acompañantes diciendo "vamos a quemar un poco todo esto" y saldrán corriendo "como ratas", comenzando entonces los cuatro acusados a prender fuego valiéndose de los útiles y antorchas con que se iluminaban, haciéndolo en cuatro puntos diferentes, situados respectivamente, en el estrado o

escenario del salón de actos, al inicio del pasillo que arranca dicho escenario, en la segunda de las habitaciones situada a la izquierda del referido pasillo o corredor, y, en una dependencia amplia existente al final del primer tramo del pasillo, piezas todas vacías de moradores, en las que comunicaron el fuego a trapos colgados en las ventanas, bolsas de basura y desperdicios acumulados, prendiendo en el escenario un colchón existente en el suelo, sobre el que "El Goma" arrojó un pantalón, así como otras prendas de ropa, diciendo "mirad como arde esto", tras lo cual abandonaron el inmueble, apreciando desde la calle el humo que salía de la primera planta y a bordo de los propios ciclomotores retornaron todos ellos a la Plaza Candelaria donde "El Goma" en presencia de las personas que allí se encontraban refirió que había metido fuego en "El Chupano", significando en tono jocoso y suficiente como saldrían huyendo sus ocupantes.

En la primera de las habitaciones abierta a la izquierda del pasillo que arranca del escenario del salón de actos, dormían en colchones extendidos en el suelo Carlos D. G., Andrés C. M. y Manuela S. C.. Carlos D. sobresaltado por el tumulto producido, se despierta y percibe el intenso humo que rápidamente extendido a través de basuras y papeles trasciende al cuarto desde los focos de fuego más próximos, localizados en la habitación contigua y en el arranque del pasillo, e inmediatamente se levanta y sale a este último pidiendo a voces auxilio, cayendo instantes después al suelo presa de la asfixia, sufriendo por efecto de las llamas quemaduras en distintas partes de su cuerpo y falleciendo poco después por intoxicación de gases tóxicos y muy especialmente por monóxido de carbono, siendo hallado por los equipos de rescate del Cuerpo de Bomberos, que auxiliados de miembros de la Policía Local y del Cuerpo Nacional de Policía, hicieron acto de presencia en el lugar tendido en el pasillo en posición decúbito supino, con el brazo derecho en alto, agarrotado; Andrés C. M., que a la sazón se hallaba bajo una fuerte intoxicación alcohólica, permaneció en su lecho, donde fue rescatado aún con vida por los funcionarios policiales y bomberos, siendo evacuado al Hospital de la Seguridad Social, en que falleció poco después por intoxicación por gases tóxicos y monóxido de carbono. Finalmente, Manuela S. C. se despertó alarmada por el humo y las llamas, y, al no poder salir por las escaleras, a causa del fuego, saltó desde la ventana de la habitación, sufriendo fracturas de diversa consideración, siendo ingresada en el Hospital Virgen del Rocío, donde, a consecuencia de las lesiones sufridas perdió el hijo que estaba esperando, hallándose en el cuarto mes de embarazo. El resto de las personas, doce en total, que pernoctaban en el edificio, salieron del inmueble sin sufrir menoscabo, bien por sus propios medios, bien auxiliados por los miembros del Cuerpo de Bomberos que se personó rápidamente en el lugar del siniestro

Determina razonadamente la responsabilidad de los procesados (considera a todos autores de los hechos, sin tener en cuenta el fenómeno de la participación delictiva), en relación con el delito de incendio, homicidio, lesiones y aborto, determinando para los resultados de muerte el tipo penal aplicable (arts. 138, 142, 621.2 CP)

e. Caso Munir

Sobre las 22.20 horas del 22 de agosto de 1994, se encontraban Munir A. junto con Karim A. y otros amigos en la puerta del bar "El Sardinero", de Ceuta, tomando unas cervezas, y en un momento dado, al reírse aquél, se dio por aludido el acusado Mohamed T.A., que estaba también allí, y tras preguntarle a Munir de qué se reía, se entabló una discusión entre ambos en la que se insultaron e incluso llegaron a empujarse, procediendo en un momento dado Mohamed a retroceder dos o tres pasos y sacando una pistola semiautomática, marca parabellum 9mm, que llevaba dentro del pantalón, y que no ha sido localizada, le disparó una sola vez a las piernas, tras lo cual se dio a la fuga en una

motocicleta. Munir sufrió lesiones por arma de fuego tanto en el miembro inferior derecho como en el izquierdo, tardando en curar 105 días, sufriendo, entre otras secuelas, cojera del miembro inferior derecho y atrofia de la musculatura del miembro inferior izquierdo.

La Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Ceuta (Sección Sexta), condenó a Mohamed T.A. por un delito de homicidio en grado de tentativa. El condenado recurre en casación ante el Tribunal Supremo, alegando que su conducta no integra una tentativa de homicidio sino sólo unas lesiones dolosas. ¿Quién tiene razón: la Audiencia Provincial de Cádiz o Mohamed T.A. con su recurso? STS 30 de Octubre de 2002, Aranzadi 9622.

IV. PROFUNDIZANDO EN ALGUNAS CUESTIONES

1. Supuesto para el análisis: Caso “Zuleica”. La dificultad (también para el Tribunal Supremo) de la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente.

El presente supuesto permite comprobar cómo la diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia consciente es una cuestión compleja que no puede establecerse de forma terminante muchas veces. En la sentencia de este caso, se ventilaba precisamente el carácter doloso o imprudente de la conducta respecto al resultado de muerte de una menor de 18 meses. El Tribunal Supremo estimó en su sentencia que se trataba de una conducta imprudente, pero uno de los Magistrados mostró su desacuerdo respecto al parecer de la Sala, efectuando un voto particular en el que valoraba la conducta como dolosa.

A continuación se reproducen los hechos probados y los fundamentos de Derecho de la sentencia para que aprecies los argumentos dados por la Sala y el Magistrado discrepante. A los efectos de profundizar y afianzar tus conocimientos sobre la delimitación del dolo eventual y la imprudencia consciente puede ser muy útil la lectura detenida de la sentencia y que, a continuación, realices un resumen de las dos posiciones enfrentadas y argumentes razonadamente cuál te parece más sostenible.

a. Hechos probados

Entre el 20 y el 23 de marzo de 1994, la procesada Soledad N.B, que convivía con su madre, la también procesada, Josefa B.M., al dar la comida a su hija, Zuleica, de 18 meses, con una cuchara sopera, apretó la misma contra la lengua de la niña, produciéndole una herida inciso contusa de grandes dimensiones que, con una profundidad máxima de 0.5 cm., se extendía de lado a lado de la lengua, a la altura del primer tercio de la misma, así como heridas en el istmo de las fauces, heridas que producían intensos dolores y frecuentes y abundantes hemorragias cuando comía, y que fueron ocultadas por las procesadas a la enfermera y educadora familiar. Las acusadas no llevaron a la niña al pediatra, pese a que tales heridas requerían asistencia y tratamiento médico, incluso sutura en la lengua, así como la adopción de medidas en orden a la alimentación líquida que aliviara sus dolores y disminuyera el riesgo de asfixia. El día 28 del mismo mes y año ambas procesadas proceden a alimentar a la niña y comienza la abuela, Josefa, que, a poco de empezar y como la niña rehusara comer por las continuas arcadas y vómitos de comida y sangre, ocupa la madre de la menor, Soledad, la tarea de alimentar, ejerciendo violentas maniobras para vencer la

resistencia de la niña, sujetando la boca y metiendo la cuchara por la fuerza y despreciando la evidencia de las fuertes hemorragias que se manifestaban en los vómitos de la niña, así como los riesgos claros de atragantamiento que se manifestaron poco después. Ante los espasmos de la niña y la ausencia de respiración, las acusadas hicieron diversas maniobras de reanimación y, como no lo consiguieron, salieron del piso para demandar auxilio en un ambulatorio, subiendo a un taxi cuando eran las 17.15 horas y llegando al Centro cuando la niña padecía una parada respiratoria de la que no pudo salir, a pesar de las maniobras de emergencia. El fallecimiento de la niña se produjo por aspiración de sangre en el árbol respiratorio procedente del istmo de las fauces. (STS 24/11/1995)

b. Sentencia

El TS declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3-3-1995, que condenó a las acusadas Soledad N. B. y Josefa B. M. como autoras de un delito de lesiones y otro de imprudencia temeraria, absolviéndoles del delito de parricidio del que les acusaba el Ministerio Fiscal. Por parte del Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez se emitió voto particular al que se adhirió el Magistrado Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández-Cid y que a continuación de la dictada por la Sala se transcribe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO-La sentencia recurrida condenó a María Soledad N. B. y a su madre, Josefa B. M., como autoras de dos delitos, uno de imprudencia temeraria por la muerte sufrida por su hija y nieta, asfixiada al darle de comer de modo forzado con la sangre salida de unas heridas que la niña tenía en la boca, por el que se impusieron a ambas procesadas las penas de cuatro años de prisión menor, y otro de lesiones del nuevo artículo 425, por malos tratos habituales ejercidos contra la misma niña y revelados por unas señales que tenía el cadáver en la cabeza cuando la autopsia se practicó, que se sancionó con la pena de cinco meses de arresto mayor por apreciarse la agravante de alevosía, hechos que ponen de relieve un comportamiento de la madre y de la abuela singularmente reprobable para una conciencia social como la que afortunadamente se ha abierto paso en los países civilizados en defensa de las personas más necesitadas de protección, como son singularmente los niños.

Pero tan justa reprobación ha de mantenerse dentro de sus justos límites y no puede servir para castigar como hechos dolosos los que constituyen sólo una imprudencia, aunque lo sea en el límite más extremo de la temeraria, rayando con el dolo eventual, lo que justifica el que hayamos de rechazar el motivo único del presente recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal al amparo del número 1.º del artículo 849 LECrim, en el que denuncia aplicación indebida del artículo 565 CP e inaplicación del 405, por entender que debió condenarse por parricidio cometido con dolo eventual.

SEGUNDO.-

No hay razón alguna para que tengamos que repetir aquí la acertada exposición doctrinal que hace la sentencia recurrida sobre el difícil problema de la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente o con previsión. Baste decir ahora que las dos conocidas teorías de la representación y del consentimiento y sus derivadas no han de ser consideradas como opuestas o irreconciliables entre sí. Ambas nos proporcionan pistas acumulables para poder detectar en el caso concreto si nos hallamos ante uno u otro supuesto y, además, pueden considerarse una complementaria de la otra, pues la primera (teoría de la representación) nos proporciona un dato, el de la probabilidad del resultado, cuya constatación en el caso concreto nos puede conducir, por vía de la prueba indiciaria, a

la realidad del consentimiento o aceptación eventual que constituye la esencia de la segunda (teoría del consentimiento).

De tal forma es así, que en la doctrina actual han adquirido singular importancia las denominadas fórmulas mixtas que, para el dolo eventual, exigen elementos tomados de una y otra de tales dos teorías tradicionales.

Siguiendo la línea marcada por tales fórmulas mixtas, podemos decir que para que haya dolo eventual han de concurrir los elementos siguientes:

1.º Previsión del resultado. El autor del hecho ha de reflejar en su mente la posibilidad de que se produzca el resultado del delito de que se trate, en este caso la muerte de la niña. Elemento común al dolo eventual y a la culpa consciente.

2.º Previsión del resultado como probable. Tomárselo en serio, dicen ahora algunos autores con una expresión singularmente gráfica. No basta que objetivamente sea probable el resultado como consecuencia del comportamiento de que se trate, medida tal probabilidad por los datos que la experiencia nos ofrece. Es necesario que tal probabilidad esté en la mente del autor. Pero si tal probabilidad objetiva no existe será difícil acreditar que se la pudo representar el sujeto en su mente en el caso concreto.

El grado de tal probabilidad es un extremo discutido en la doctrina.

3.º Que sobre ese resultado, que aparece como probable en la mente del sujeto, intervenga de algún modo la voluntad, aceptándolo, aprobándolo o conformándose con él. Cuando nuestro Código Penal castiga los delitos dolosos, lo que sanciona es la voluntad del autor rebelde al mandato que toda norma de este carácter implica.

TERCERO.-

En el caso presente sucedió que una madre y una hija, Josefa y Soledad, convivían con una niña de diecinueve meses, Zuleica, hija de la última. Había antecedentes de malos tratos a menores porque, tiempo atrás, Soledad, junto con el padre, había sido, por esta razón, privada de la patria potestad y custodia respecto de otra hija, lo que la tenía temerosa de que pudiera ser desposeída de nuevo con relación a Zuleica. Ello explica el que no acudiera al médico cuando, entre el 20 y el 23 de marzo de 1994, la madre lesionó a su hija al darle de comer de modo forzado por apretar demasiado la cuchara contra la boca, permaneciendo tales heridas, que producían a Zuleica intensos dolores y abundantes hemorragias cuando comía, durante varios días.

Así las cosas, el 28 de tal mes de marzo, la abuela Josefa comenzó a dar de comer a la niña, dejando que continuara su hija cuando vio que rehusaba y tenía arcadas y vómitos de comida y sangre. Soledad reanudó la tarea, «sujetando la boca y metiendo la cuchara por la fuerza, despreciando la evidencia de las fuertes hemorragias que se manifestaban en los vómitos de la niña, así como los riesgos claros de atragantamiento», como literalmente nos dice el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

El resultado fue que pasó sangre al aparato respiratorio y se produjo la muerte por asfixia de Zuleica.

Las procesadas, al ver los espasmos de la niña y la ausencia de respiración, hicieron varias maniobras de reanimación sin conseguirlo, por lo que inmediatamente salieron hacia el ambulatorio de la Seguridad Social en un taxi, pero cuando llegaron ya había existido una parada respiratoria irreversible.

Ante tales hechos estimamos que fue correcta la calificación que hizo la Audiencia condenando por imprudencia temeraria, pues en el caso no hubo dolo eventual:

1.º Entendemos que ni siquiera podemos tener seguridad de que en los hechos de autos madre y abuela llegaran a representarse en sus mentes la posibilidad de que la niña muriera. Se estaba atragantando y vomitando y hay que entender que no era la primera vez que esto ocurría, pues Zuleica llevaba ya varios días con la boca lesionada y con seguridad recibiendo alimentación por el mismo procedimiento de utilización de fuerza para abrir la boca e introducir la cuchara. Parece lógico pensar que Soledad y Josefa creyeran que la niña acabaría comiendo como en ocasiones anteriores, aunque se atragantara y llegara incluso a vomitar sangre. Pudieron prever el hecho de que una vez más volviera a atragantarse, pero no el que de ahí pudiera derivarse el fallecimiento, como lo avalaba la experiencia de esas otras ocasiones inmediatamente anteriores en las mismas circunstancias. Ciertamente era una conducta gravemente imprudente, pero ni siquiera podemos tener seguridad de que, pese a la gravedad de tal imprudencia, hubiera existido previsión del resultado de muerte. Y si no hay tal previsión, no podemos hablar de dolo eventual.

2.º Incluso admitiendo que llegara a existir previsión de resultado de muerte en las dos procesadas, por el mismo razonamiento antes expuesto, entendemos que, desde luego, lo que nunca se produjo fue una representación como probable de dicho resultado. Tal probabilidad era contraria a la mencionada experiencia de ocasiones anteriores.

3.º En todo caso, lo que afirmamos con seguridad es que no hubo en ningún momento intervención de la voluntad de alguna de las acusadas respecto de ese resultado de muerte, en la hipótesis de que en su mente se hubiera representado, lo que aparece evidenciado por el comportamiento posterior de ambas que desde el primer instante en que se dieron cuenta de que la niña podía asfixiarse realizaron inmediatas maniobras de reanimación y luego acudieron al lugar donde creían que podían prestarse los auxilios médicos que impidieran el que se consumara un resultado que nunca quisieron. Con el fallecimiento de Zuleica no se conformaron las procesadas que lucharon porque no se produjera. Su voluntad fue en todo momento contraria a la muerte de la menor que nunca aceptaron ni aprobaron.

En conclusión, nos hallamos ante un parricidio causado por una conducta que no podemos calificar de dolo eventual.

Fue correcta la valoración jurídica realizada por la sentencia recurrida que condenó por imprudencia temeraria del artículo 565 CP, como también estimamos correcta la grave pena impuesta (4 años de prisión menor), inusual para delitos no dolosos, pues los habituales malos tratos de la niña a manos de su madre y abuela, uno de los cuales fue el hecho de autos que produjo la muerte no querida de ésta, merecen un grave reproche social acorde con la pena impuesta.

El recurso del Ministerio Fiscal ha de rechazarse.

c. Voto particular

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

No resulta ciertamente grato para este Magistrado, disidente del acuerdo efectivo y mayoritario de sus compañeros, tener que formular un voto particular que, aunque carente de virtualidad y eficacia práctica, se traduce en una apreciación más rigorista y en una valoración notoriamente agravatoria de la conducta de las acusadas que figuran como recurridas en esta impugnación casacional formulada por el Ministerio Fiscal, órgano imparcial y defensor de la legalidad, pero aparece motivado tan sólo en un respeto absoluto

a la grandeza y servidumbre de la función del órgano de casación en cuanto a la unificación de la hermenéutica en la aplicación de las leyes.

SEGUNDO.-

En el más escrupuloso respeto al relato histórico elaborado por la sentencia de instancia, podemos destacar como incontestables: A) Antecedentes próximos : a) La acusada María Soledad N. B., madre de la niña fallecida, que años antes a estos sucesos se había visto privada de la patria potestad y custodia de otra hija debido a los malos tratos a que la sometía el matrimonio. b) En los últimos meses de 1993 fue a vivir con la citada acusada, la también procesada y madre de la misma Josefa B. M. c) Ambas acusadas sometían a la niña, que no había alcanzado aún los diecinueve meses de edad, puesto que había nacido el 1 de agosto de 1992 y estos hechos ocurrían a finales de 1993 y primeros de 1994, a frecuentes malos tratos, consistentes en gritos e insultos, además de golpes que daban a la menor en partes del cuerpo que impidieran su detección por las autoridades. d) En la autopsia se desvelaron signos evidentes de numerosos golpes que la niña había recibido en la cabeza. e) Los maltratos se hacían habituales y más cruentos cuando se trataba de dar la comida a la niña.

B) Relato de los hechos : a) Entre el 20 y el 23 de marzo de 1994, al dar la comida a su hija, que contaba a la sazón dieciocho meses y veintitantos días, con una cuchara grande o sopera, no con una cucharilla de postre, o de café, apretó la misma contra la lengua de la niña, produciéndole una herida inciso contusa de grandes dimensiones que con una profundidad máxima de 0,5 centímetros se extendía de lado a lado de la lengua, a la altura del primer tercio de la misma, así como heridas en el istmo de las fauces. b) Tales heridas que le producían intensos dolores y frecuentes y abundantes hemorragias cuando comía, fueron ocultadas por las procesadas a la enfermera y educadora familiar que acudieron ambas tal día 23 de marzo de 1994 al domicilio. c) Las acusadas no llevaron la niña al pediatra, pese a que tales heridas requerían asistencia y tratamiento médico, incluso sutura en la lengua, así como la adopción de medidas en orden a la alimentación líquida que aliviara sus dolores y disminuyera el riesgo de asfixia. d) El día 28 del mismo mes y año ambas procesadas proceden a alimentar a la niña y comienza Josefa B. M. (y no como por mero error puramente material respecto a los apellidos, que no al nombre, hace el hecho probado ya que esta procesada y madre de la coacusada María Soledad N. B., se llama Josefa B. M., como proclama el relato fáctico en su inicio) que, a poco de empezar y como la niña rehusara comer por las continuas arcadas y vómitos de comida y sangre, ocupa la madre de la menor, María Soledad N., la tarea de alimentar. e) Ejerce violentas maniobras para vencer la resistencia de la niña, sujeta la boca y mete la cuchara por la fuerza y desprecia la evidencia de las fuertes hemorragias que se manifestaban en los vómitos de la niña, así como los riesgos claros de atragantamiento, que se manifestaron poco después.

C) Hechos posteriores: Ante los espasmos de la niña y la ausencia de respiración, las acusadas hicieron diversas maniobras de reanimación para recuperar su aireación y como no lo consiguieron salieron del piso para demandar auxilio en un ambulatorio subiendo a un taxi cuando eran las 17.15 horas y llegando al Centro, cuando la niña padecía una parada respiratoria de la que no pudo salir, a pesar de las maniobras de emergencia. El fallecimiento de la niña se produjo por asfixia por aspiración de sangre en el árbol respiratorio procedente del istmo de las fauces.

TERCERO.-

El «thema decidendi» de este recurso radica en determinar exclusivamente, si la conducta de las acusadas, dentro del intangible relato histórico de los hechos probados de la sentencia de instancia, que impone la vía casacional emprendida por la impugnación de la acusación oficial, la del «error iuris» del número 1.º del artículo 849 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal, es constitutiva de un delito de parricidio del artículo 405 del Código Penal, que fue vulnerado por su inaplicación en la instancia, que indebidamente aplicó el artículo 565 del mismo texto legal, o por el contrario, es correcta y ortodoxa la subsunción normativa operada por la resolución recurrida.

La cuestión se traslada así, al haberse producido con la conducta de ambas acusadas la muerte de su hija y nieta, al campo del dolo eventual y de su zona fronteriza de la culpa con previsión o «culpa lata» consciente, la más grave de las actuaciones imprudentes, debiendo comenzarse por señalar las dificultades para la fijación de forma nítida de una línea diferencial y divisoria entre ambas formas de culpabilidad.

Asimismo, debe proclamarse, una vez más, la utilidad práctica de las diferentes categorías doctrinales y de las diversas fórmulas y criterios de diferenciación entre el dolo eventual y la culpa aportados por la dogmática germánica y por la propia doctrina científica española, en cuanto iluminan y destacan las diferencias de las valoraciones de las actuaciones del agente en función del previsible resultado.

Así, esta Sala, en su voluntad de separar las conductas intencionales de las meramente imprudentes, pero sin desconocer las dificultades para la fijación de una clara línea diferencial, ha seguido las principales teorías que la doctrina científica ha elaborado: la del sentimiento, la de la probabilidad y la del consentimiento, si bien dando cierta relevancia a esta última -Sentencia de 27 marzo 1990 (RJ1990\2626)- tanto por resultar menos equívoca y menos proclive a ensanchar el campo de lo doloso con conductas negligentes, de forma que existiría dolo eventual cuando se ha producido un resultado juzgado como probable y, sin embargo, consentido -Sentencia de 16 octubre 1986 (RJ 1986\5624)- o simplemente aceptado por el agente -Sentencia de 19 diciembre 1987 (RJ 1987\9800)- si bien tal distinción aparece matizada por el posible deseo del agente de que el resultado admitido no se produzca -Sentencia de 27 diciembre 1988 (RJ 1988\10303)-. En definitiva, en el dolo eventual el autor preferiría que el resultado no se produjera pero, de ser inevitable su producción, lo acepta con más o menos repugnancia, pero sin desistir por ello de la acción que pueda originarlo. Así se ha apreciado esta clase de dolo cuando el agente de un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación, no directamente querido, lo acepta sin renunciar a la planificada ejecución de la infracción criminal -Sentencia de 8 julio 1985 (RJ 1985\3993)- y ello aunque dicha aceptación puede estar matizada por el posible deseo del agente de que el resultado admitido no se produzca -la ya citada Sentencia de 27 diciembre 1988-. Así se ha apreciado esta clase de dolo cuando el agente de un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación, no directamente querido, lo acepta sin renunciar a la planificada ejecución de la infracción criminal -Sentencia de 8 julio 1985- y ello aunque dicha aceptación pueda estar matizada por el posible deseo del agente de que el resultado admitido no se produzca -la ya citada Sentencia de 27 diciembre de 1988 y 865/1994, de 21 abril-.

Pero ya a partir de la Sentencia de 23 abril 1992 (RJ 1992\6783), conocida como la del «síndrome tóxico» o «caso de la colza», este Tribunal Supremo se acerca de manera muy destacada a las consecuencias de la teoría de la probabilidad -Sentencias 117/1994, de 28 enero (RJ 1994\125), 1619/1994, de 16 septiembre (RJ 1994\6961) y 641/1995, de 5 mayo (RJ 1995\3590)-. Pues bien, la citada Sentencia de 23 abril 1992 afirma rotundamente que «si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y, si no obstante ello, obró en la forma que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que -con diversas intensidades- ha exigido la jurisprudencia en la configuración del dolo eventual...» añadiendo que «se permite admitir la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico». El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la «esperanza» de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el

autor. En esta línea destaca sobre todo la Sentencia de 27 diciembre 1982 (RJ 1982\7869) (conocida como «caso Bultó») en la que la Sala consideró que se debe apreciar dolo eventual cuando el autor toma medidas poco serias para eliminar el peligro que conoce como tal. En tales supuestos, en realidad su acción no es sino una manifestación de su independencia respecto de unos resultados, cuya producción se ha reputado como no improbable-Sentencias de 30 octubre 1987, 26 diciembre 1987 (RJ 1987\9879), 6 junio 1989 (RJ 1989\5034) y 24 de octubre 1989 (RJ 1989\7744)-. Asevera tal Sentencia de 23 abril 1992 que la aceptación del resultado existe cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa, a la evitación de sus posibles consecuencias, con lo que en ella -como afirma la más reciente Resolución 348/1993, de 20 febrero (RJ 1993\1383)- no se rompe del todo con la teoría del consentimiento, aunque se atenúen sus exigencias al darlo por presunto desde el momento en que el autor actúa conociendo los peligros de su acción.

En resumen -sigue diciendo la Sentencia de 23 abril 1992-, que «en la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo el que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado.

Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan el tipo objetivo». Por ello, ha destacado la Sentencia 348/1993, de 20 febrero, que la jurisprudencia de esta Sala ha llegado a una solución ecléctica y muy próxima a las últimas posiciones de la dogmática que conjugan la tesis de la probabilidad con las del consentimiento y siendo exigible la conciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de la producción del resultado que su acción contiene. En semejante sentido se ha pronunciado la Sentencia más próxima 830/1994, de 20 abril (RJ 1994\3354), al hacer referencia al acercamiento por parte del Tribunal Supremo de manera cada vez más notable a las consecuencias de la teoría de la probabilidad, si bien ello no debe llamar la atención pues esta evolución se aprecia en la teoría del dolo eventual según la reciente dogmática penal.

Precisamente la doctrina alemana, seguida por un sector de la española, ha tomado en cuenta el «conformarse con la producción» y «el confiar en la ausencia», cuando el sujeto «toma en serio» que pueda producirse el resultado y «no lo descarta» o, en definitiva «cuenta con él», aunque sea a disgusto y se resigne a ello.

CUARTO.-

A la vista de los hechos probados que se han descrito en su literalidad pero clasificados sistemáticamente, se desprende: a) La realización de unas lesiones producidas con una cuchara sopera, muy dolorosas y que originaban frecuentes y abundantes hemorragias cuando comía la niña. b) Ambas procesadas que estaban constituidas en garantes, no sólo ocultaron tales lesiones a la enfermera, sino que no llevaron a la niña al médico para que fuera debidamente atendida de las lesiones de lengua y al empleo de alimentación líquida para eliminar los peligros de asfixia. Y c) El día 28 de marzo de 1994 y cuando la abuela intentaba dar de comer a la niña -de poco más de dieciocho meses- se producen continuas arcadas y vómitos de comida y sangre y lejos de cesar de tal peligrosísima maniobra, la madre y coprocesada ejerció violentas maniobras para vencer la resistencia instintiva de la niña y sujetó la boca y le metió la cuchara a la fuerza y, haciendo caso omiso de las hemorragias y atragantamiento que se manifestaron por este orden con toda claridad y sucesivamente, continuó en tal actividad hasta que aparecieron los espasmos y la ausencia de respiración. El delito ya se había consumado y entonces aparecen

unas maniobras que expresan con toda claridad un arrepentimiento «post factum», que no se niega pero que resultó ineficaz en la retirada o marcha atrás el camino del resultado.

Tras las dolorosas y graves lesiones que impedían ingerir alimento no líquido, lo que no era desconocido de las procesadas, que no sólo lo ocultaron a la enfermera y educadora familiar, sino que no llevaron a la tierna niña al médico y a los pocos días y ante los vómitos de comida y sangre, no se desiste y se pretende realizar a la fuerza y con procedimientos tan violentos, como sujetar la boca y meter la cuchara a la fuerza, que determinaron el proceso de asfixia que luego se manifestó en su forma más patente y grave y que no fueron capaces de atajar.

El caso habla por sí mismo («res ipsa loquitur») y ambas procesadas tomaron en serio la posibilidad e incluso la probabilidad de que el grave resultado se produjera, o lo que es lo mismo, no lo descartaron en su producción y contaron con tal posibilidad, conformándose con ello, al menos resignándose ante el probable resultado.

Tales agentes comisoras tuvieron que representarse de manera necesaria lo grave de su modo de actuar y las consecuencias que de tal actuación podrían derivarse -Sentencia de 18 marzo 1992 (RJ 1992\2365)- y tal representación «ex ante» como probable, y pese a ello no desistieron de su acción -Sentencia de 11 diciembre 1992 (RJ 1992\10212)- porque «tomaron en serio» la posibilidad del delito, es decir, «no descartaron» su producción posible o «contaron con ella», conformándose, en definitiva, con tal posibilidad aunque fuera a disgusto -Sentencia de 16 diciembre 1992 (RJ 1992\10294)-. En definitiva, ha de reputarse dolosa la conducta, porque el conocimiento del peligro propio de la acción que supera el límite del riesgo permitido es suficiente para teñir de doloso un comportamiento, ya que se somete a la víctima a situaciones peligrosas que no se tiene la seguridad de controlar, aunque no se persiga el resultado típico, por lo que no debe excluirse el dolo eventual, porque el resultado no haya sido deseado por el autor, o porque simplemente tenga esperanza de que no se produzca-Sentencia de 23 abril 1992-.

En resumen que tiene que reputarse dolosa la conducta bajo el prisma del dolo eventual y debe estimarse el motivo y recurso del Ministerio Fiscal.

¿Cuál de las dos fundamentaciones te parece más adecuada? ¿De qué teoría/teorías se sirven los magistrados para defender que nos hallamos ante un supuesto de culpa consciente o de dolo eventual?

Lección 8ª

EL ERROR DE TIPO

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Regulación legal
 - 2. Distintos tipos de error
 - a. Error de tipo/ error de prohibición
 - b. Error relévate/ error irrelevante
 - c. Error sobre un elementos esencial/error sobre un elementos inesencial
 - d. Error vencible/ error invencible
 - 3. Aplicación del artículo 14 CP
 - 4. Modalidades particulares de error
 - a. Error en la persona o error en el objeto (error *in persona* o error *in objeto*)
 - b. *Aberratio ictus* o error en el golpe
 - c. Error en el curso causal
- III. ESQUEMA COMPARATIVO: ERROR DE TIPO /TENTATIVA INIDÓNEA, ERROR DE PROHIBICIÓN/DELITO PUTATIVO
- IV. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto
 - 2. Casos para resolver

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Resulta imprescindible preparar por anticipado estos materiales, así como realizar una lectura detenida de material bibliográfico específico o del tema correspondiente en el manual de Derecho penal (Parte general) que se esté usando.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

En Derecho penal, como en el lenguaje común, error significa falta de concordancia entre la realidad y la representación del sujeto.

En este tema analizaremos la trascendencia que en la calificación de los hechos posee el error en el que incurre el sujeto activo. La trascendencia penal dependerá del tipo de error que se produzca, esto es, de los datos que ignore o no conozca correctamente el sujeto.

1. Regulación legal

El error y sus consecuencias están regulados en el art. 14 CP. Léelo con suma atención. Te pediremos que lo vayas aplicando en los ejercicios siguientes.

Artículo 14.

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

2. Diferentes tipos de error

a. Error de tipo / Error de prohibición

Error de tipo es aquel que recae sobre los elementos que integran el tipo objetivo, es decir, sobre alguno de los elementos necesarios para que un comportamiento sea penalmente relevante, para que pueda subsumirse en alguna infracción penal. Hay error de tipo cuando el sujeto ignora que en su conducta concurren todos o alguno de los elementos que definen un tipo penal.

Error de prohibición es aquel que recae sobre la antijuridicidad de la conducta. El sujeto conoce la realidad, sabe lo que hace, pero desconoce que está prohibido, es decir, piensa que su comportamiento está permitido cuando en realidad está prohibido. Si bien el art. 6 del Código Civil establece en su punto primero que “la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento”, continúa señalando que “el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen”, otorgando el art. 14 del CP relevancia a esta clase de error.

El error ha de estar probado y no se considera error dudar sobre los hechos o la relevancia jurídico-penal de la conducta, es decir, cuando el sujeto tiene dudas o ni se plantea que es lo que está sucediendo o si es lícito o ilícito, limitándose a no indagar. Según el Tribunal Supremo, “en estos casos el autor sólo tiene una duda pero no obra por error o ignorancia, ya que sabe que los hechos pueden ser delictivos y, sin embargo, acepta realizar al acción” (Vid. SSTS 15 de junio de 2004, 12 de mayo de 2009, entre otras muchas).

1. Analiza los siguientes supuestos y, teniendo en cuenta la redacción de los tipos penales en cuestión, decide razonadamente en qué casos nos hallamos ante un error de tipo y cuándo ante un error de prohibición. Para facilitar el ejercicio, te proporcionamos un ejemplo resuelto
 - a. A ha adquirido CDs pensando que son originales, pues se trata de copias de gran calidad. En realidad son pirateados. A los vende en el “top manta” pensando que son originales (art. 623.5 CP).

El art. 623.5 CP castiga el fenómeno del “top manta”, es decir, la venta al por menor de obras artísticas (películas, videojuegos, música, etc.) fijadas en el correspondiente soporte sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, es decir, castiga la venta de copias “pirateadas”. Por lo

tanto, un elemento del tipo del 623 CP (en relación con el art. 270) es que el objeto de la exposición y venta sean copias no autorizadas. Para que una persona cometa un 623 doloso es necesario que conozca los elementos del tipo, es decir, que está vendiendo copias no autorizadas. En el caso de A, éste piensa que está vendiendo originales, luego desconoce que en la realidad concurre el elemento del tipo -copias no autorizadas-. Nos hallamos, pues, ante un error de tipo: no es que A piense que vender copias pirateadas sea una actividad lícita, es que piensa que él no está realizando dicha conducta pues cree que los CDs que vende son originales.

- b. A vende en el “top manta” CDs sabiendo que se trata de copias pirateadas, pero piensa que se trata de una actividad comercial lícita.
- c. A caza un águila real pensando que es un cuervo (art. 334 CP).
- d. A caza un águila real porque se la ha encargado un coleccionista. Piensa que esta conducta está permitida porque recuerda como su abuelo cazaba águilas. No sabe que existe el art. 334 CP.
- e. El cazador A dispara contra algo que se mueve entre unas matas en la creencia de que se trata de un conejo, cuando en realidad se trataba de otro cazador.
- f. A, proveniente de un país donde la venta de drogas “blandas” no es delito, proporciona a X cinco gramos de hachís a cambio de una determinada cantidad de dinero (art. 368 CP).
- g. Se ha producido un accidente de tráfico en una carretera secundaria. A para su coche para ver qué sucede. Comprueba que hay una persona ensangrentada y tras observarla llega a la conclusión de que ha muerto. Para no meterse en problemas y pensando que no podía hacer nada por la víctima, se marcha del lugar. En realidad, el accidentado estaba con vida (art. 195 CP).

El error de tipo **afecta al dolo**, por lo que su estudio se produce en la **tipicidad**, en concreto, en el tipo subjetivo, mientras que el error de prohibición afecta a la conciencia de antijuridicidad y lo estudiaremos en la culpabilidad.

2. ¿Dónde se hace referencia en el art. 14 al error de prohibición? ¿Cuáles son sus consecuencias?

En este tema nos centraremos en la figura del **error de tipo**. Para la correcta comprensión y determinación de sus consecuencias, proceden las siguientes clasificaciones:

b. Error relevante / Error irrelevante

El error de tipo relevante es aquel que recae en un elemento de la descripción de la infracción penal y que, por lo tanto, posee consecuencias jurídicas. Por el contrario, un error es irrelevante cuando recae sobre un elemento o circunstancia indiferente en la descripción del tipo.

- 3. Determina cuáles de estos errores son relevantes o irrelevantes. Para facilitarte el ejercicio, te proporcionamos un ejemplo resuelto.
 - a. A quiere matar a B con cianuro pero se confunde y lo mata con otro veneno: ¿error relevante o irrelevante de cara a la calificación de su conducta como asesinato alevoso (art. 139 CP)? ¿Tiene relevancia el hecho de que de haberse

dado cuenta de su error no hubiera cometido el hecho, porque sólo su plan inicial permitía un ocultamiento de la causa de la muerte?

- b. El Código penal no menciona expresamente en los delitos contra la vida el medio comisivo “veneno”. El matar con veneno puede tener relevancia de cara a la aplicación de la circunstancia de alevosía (utilizar medios, modos o formas que aseguren la ejecución e impidan la defensa de la víctima), que convierte un homicidio en asesinato. Por lo tanto, para la aplicación de un delito de asesinato, basta con que el sujeto sepa que está utilizando un medio alevoso, es decir, que impide la defensa y asegura la ejecución, bastaría en este caso que el sujeto sepa que está matando con un medio típicamente alevoso como es el veneno. Para el CP es irrelevante el tipo de veneno, siempre que su utilización pueda calificarse de alevosa. El error consistente en que el sujeto piensa que está matando con el veneno mortal 1 cuando en realidad está matando con el veneno mortal 2, desde la perspectiva del CP es absolutamente irrelevante, por mucho que pudiera cambiar los planes del sujeto, a quien se juzga por lo que ha hecho, no por lo que hubiera podido hacer de no haber incurrido en error. Para castigarle por un asesinato doloso basta que su dolo abarque los elementos del tipo: matar a alguien, en este caso, con alevosía. El error sobre el tipo de veneno es, pues, un error irrelevante que carece de consecuencias penales.
- c. A tiene relaciones sexuales con B pensando que tiene 13 años y medio cuando en realidad tiene 12 (art. 183 CP).
- d. A tiene relaciones sexuales con B pensando que tiene 12 años cuando en realidad tiene 11 (art. 183 CP).
- e. A sustrae el monedero de B pensando que contiene 200 euros cuando en realidad contiene 300 euros (art. 623.1 CP).

c. Error de tipo sobre un elemento esencial / error sobre un elemento accidental

Son elementos esenciales aquellos de los que depende la infracción penal, es decir, aquellos sin los cuales el hecho objetivamente carece de relevancia penal. Son elementos accidentales aquellos que, siendo relevantes, no determinan la relevancia penal sino la gravedad del hecho, bien porque cualifican o agravan, bien porque atenúan.

El error de tipo sobre un elemento esencial **excluye el dolo**. Si dolo es querer y conocer los elementos del tipo, **el error sobre un elemento del tipo significa que no concurre la parte cognoscitiva del dolo**.

El error de tipo puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo objetivo. Conviene recordar que esos elementos pueden ser descriptivos (13 años, mujer embarazada, peligro manifiesto y grave, etc.) o normativos (ej.: “documento” en las falsificaciones, cosa “ajena” en el hurto, etc.). En este caso, el conocimiento que se requiere para afirmar el dolo es el de una valoración paralela en la esfera del profano. Si no se da, estaremos igualmente ante un error de tipo.

- 4. Determinar en los siguientes supuestos si estamos ante un error sobre un elemento esencial o sobre un elemento accidental. Para facilitarte el ejercicio, te proporcionamos un ejemplo resuelto.
 - a. A transporta de Bogotá a Madrid un paquete de cocaína. Piensa que transporta 500 gramos cuando en realidad la cantidad de cocaína transportada es de 900 gramos reducida a pureza. Según la jurisprudencia, la agravante de notoria

importancia del art. 369.5 CP se aplica a partir de los 750 gr. de cocaína reducida a pureza.

En el presente supuesto, el supuesto error sería un error relevante, pues recae en un elemento que posee trascendencia penal. No es lo mismo introducir en España 500 gramos de cocaína que 900, pues, según la jurisprudencia, hasta 750 g se aplicaría el tipo básico (art. 368 CP) y por encima de 750g se aplicaría el tipo agravado de notoria importancia de la cantidad de droga (art. 369.5 CP). El error sería irrelevante si por ejemplo el sujeto piensa que introduce 200 gramos cuando en realidad está introduciendo 300, pues esta diferencia carece de trascendencia penal (en ambos casos se aplicaría el tipo básico). Por lo tanto es un error relevante, pero ¿esencial o accidental? Es accidental en la medida en que afecta a una circunstancia que convierte el tipo básico de tráfico de drogas en un tipo agravado. Es decir, la cantidad de droga en este caso no determina la existencia o no de delito, sino tan sólo su gravedad. De probarse el error, el sujeto no quedaría exento de responsabilidad. El que no se le aplicara el tipo agravado, por desconocer que introducía en España más de 750 gramos, no impide que se le aplique el tipo básico del art. 368 CP.

- b. A le pide a B que lleve un regalo de Bogotá a Madrid para entregarlo a un amigo. A piensa que se trata de un regalo, pero en realidad se trata de 200 gramos de cocaína (art. 368 CP).
 - c. El cazador A dispara contra algo que se mueve entre unas matas pensando que es un conejo cuando en realidad es una persona (art. 138 CP).
 - d. Me llevo de un restaurante un abrigo pensando que es el mío cuando en realidad es ajeno (art. 234 CP).
 - e. A sustrae de un mercadillo de beneficencia un cuadro al óleo cuyo precio de venta ha sido fijado en 500 euros porque le parece bonito, aunque piensa que no tiene excesivo valor, no más de los 500 euros fijados. En realidad se trata de un Kandinsky original de gran valor. (art. 234/235.1 CP)
 - f. Quiero matar a un extraño y disparo por la espalda. En realidad era mi padre, a quien no había reconocido por llevar el abrigo del extraño (art. 138-139, 23 CP).
5. ¿Dónde hace referencia el art. 14 CP al error de tipo sobre un elemento esencial? ¿Cuál es la consecuencia jurídica de dicho error?
6. ¿Dónde hace referencia el art. 14 CP al error en los elementos accidentales? ¿Cuál es la consecuencia jurídica de dicho error?

d. Error vencible / error invencible

La calificación del error como vencible o invencible dependerá de si hemos actuado o no con el cuidado debido. Aplicando el **pensamiento de la adecuación** diremos que un error es vencible cuando un observador objetivo, colocado en el momento de la acción y con los conocimientos especiales del autor, hubiera apreciado correctamente la realidad y, por lo tanto, hubiera podido evitar el error. Cuando la conclusión es que un observador objetivo no se hubiera percatado del error, este será invencible. A la hora de decidir si el error es vencible o invencible, no debe confundirnos el hecho de que, en principio, todo error se puede solventar. Lo que importa es determinar si al sujeto activo le era o no exigible un mayor cuidado. La vencibilidad o invencibilidad del error se valora, pues, desde una perspectiva *ex ante*.

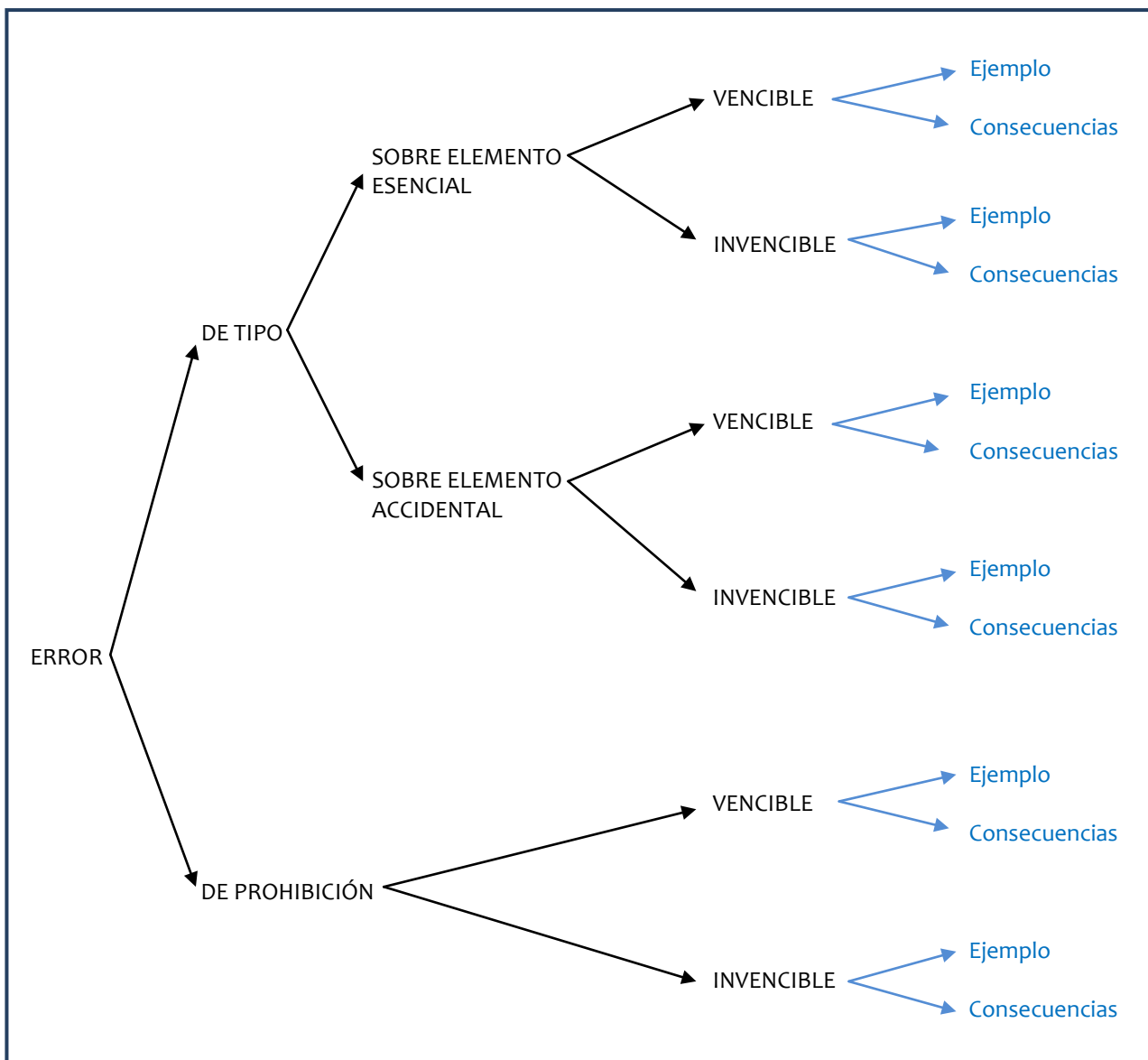
Tal y como determina el art. 14 CP, el error invencible sobre un elemento esencial el tipo penal **excluye la responsabilidad penal**, es decir, el sujeto no responde penalmente. Si, por el contrario, el error es vencible, el referido precepto determina que “la infracción será castigada, en su caso, como **imprudente**”. Es decir, si el cazador dispara contra algo que se mueve entre los matorrales pensando que es un jabalí, pero resulta ser una persona agazapada, a la cual causa la muerte, la consecuencia jurídica dependerá de si calificamos este error de vencible o invencible, para lo cual tendremos que atender a las circunstancias concretas del caso. Si calificamos el error de invencible, el sujeto no responderá por homicidio, ni a título doloso ni a título imprudente. Si calificamos el error como vencible, el sujeto responderá por homicidio imprudente (el CP castiga el homicidio imprudente en el art. 142). En la lección correspondiente a la imprudencia veremos que la imprudencia puede ser **grave** o **leve**, dependiendo de la falta de cuidado en la que se ha incurrido.

7. Determinar en los siguientes casos cuándo estamos ante un error vencible o invencible y las consecuencias jurídicas de tal calificación de acuerdo con lo establecido en el art. 14 CP. Para facilitarte el ejercicio, te proporcionamos un ejemplo resuelto.
 - a. A, de diecisiete años de edad, quiere trabajar como actor en una película pornográfica porque pagan muy bien. Consciente de que no le contratarán por su minoría de edad, consigue un DNI falso de gran calidad, donde consta que tiene 19 años, siendo su aspecto físico el de una persona mayor de edad. B, productor de la película, exige el DNI a A para cerciorarse de que es mayor de edad, y rueda con él la película (art. 189.1 CP)
 - b. El art. 189.1 CP castiga la utilización de menores de edad para la elaboración de cualquier tipo de material pornográfico. El error de A recae, pues, en un elemento esencial del tipo penal: la minoría de edad. Sentado esto, habrá que determinar si se trata de un error vencible o invencible, pudiéndose entender que se trata de un error invencible, habida cuenta de que no parece exigible a B mayor cuidado que comprobar la edad de A a través de un documento oficial como es el DNI, aportando A una copia falsificada de gran calidad. De la invencibilidad del error se derivaría que B no responde por un delito del 189.1 CP.
 - c. Podríamos calificar el error de vencible si, por ejemplo, B se hubiera limitado a fiarse de la apariencia física y de la palabra de A, pues obviamente de la apariencia física no puede deducirse indubitadamente la edad de una persona siendo previsible que A pudiera mentir al respecto. Al productor le hubiera sido exigible un mayor cuidado y, por lo tanto, su error sería calificable de vencible. Sin embargo, la utilización de menores en la elaboración de materiales pornográficos sólo se castiga en su modalidad dolosa, no habiendo previsto el legislador el castigo de la comisión imprudente de este delito, por lo que, en este caso el sujeto tampoco respondería a pesar de que calificáramos su error como vencible.
 - d. La mujer A convive con B. A ha hecho creer a su hijo C que el padre de éste falleció un mes antes de su nacimiento. C, que odia profundamente a la pareja de su madre, decide envenenarle, propósito que consuma mezclando cianuro en el coñac que B bebe todas las tardes después de comer. Cuando A encuentra el cadáver de B, confiesa a su hijo entre sollozos que la persona que ha hecho pasar por su amante durante tantos años, realmente es el verdadero padre de C.
 - e. La mujer A convive con B. A siempre le ha dicho a su hijo C que el padre de éste falleció un mes antes de su nacimiento. C, aunque no tenía certeza al respecto, sospechaba que su padre podía ser B, por cierto parecido entre ambos

y por otros indicios no concluyentes. C odia a B y decide envenenarle, propósito que consuma mezclando cianuro en el coñac que B bebe todas las tardes después de comer. Cuando A encuentra el cadáver de B, confiesa a su hijo entre sollozos que la persona que ha hecho pasar por su amante durante tantos años, realmente es el verdadero padre de C.

3. Aplicación del art. 14 Cp

8. Completa el siguiente esquema ideando un ejemplo (no se pueden utilizar los propuestos en estos materiales) de cada una de las siguientes combinaciones posibles de error. Determina las consecuencias jurídicas de dicho error aplicando el art. 14 CP.



4. Modalidades particulares de error

En función del elemento típico sobre el que recae el error, se habla de algunas modalidades específicas de error, que pasamos a comentar a continuación.

a. Error en la persona o en el objeto (*error in persona* o *error in objeto*)

El error recae sobre la identidad o circunstancias del objeto material del delito (ej.: X ha sido contratado para robar un Picasso en el Reina Sofía, pero se confunde y se lleva un Miró).

Si el objeto del delito es una persona y el autor confunde su identidad, el error se denomina *error in persona* (ej.: A quiere matar a B, pero dispara sobre C al confundirlo con B).

9. Describe un caso de error en la persona y error en el objeto distintos de los propuestos en los materiales.

Los efectos de este tipo de error dependen del “valor típico” de los objetos, esto es, de si reciben idéntica protección penal o, por el contrario, se protegen en distintos tipos penales. En realidad se trata de decidir si el error es relevante o no.

I. Equivalencia típica de objetos (protección por el mismo tipo penal). El error es irrelevante y se condena por el correspondiente delito doloso.

10. Observa el siguiente ejemplo y su resolución

A quiere matar al amante (B) de su esposa. Para ello finge que se ha marchado de viaje y espera oculto en la oscuridad entre unos matorrales a la entrada de su casa a que B acuda, pues sabe que, aprovechando su ausencia, se ha citado allí con su esposa. A la hora aproximada de la cita una sombra se acerca a la puerta, sube los escalones de la entrada y se dispone a llamar al timbre. A dispara y alcanza a la persona que se disponía a llamar, que resulta muerta por el impacto. Sin embargo, dicha persona no era B, el amante, sino C, vendedor a domicilio que deseaba ofrecer sus productos a los habitantes de la casa.

A responderá por un homicidio doloso consumado. La réplica según la cual él no quería matar a C, sino a B y que, si hubiera sabido que era C quien llamaba, no hubiera disparado, carece de relevancia penal. Para decidir qué errores son relevantes y cuáles no, hemos de fijarnos a qué datos o elementos la descripción penal concede relevancia. En el presente caso, la identidad del sujeto es irrelevante. El delito de homicidio consiste en matar a una persona (art. 138). Para castigar por un homicidio doloso basta con que el sujeto abarque con su dolo (conocimiento y voluntad) esos elementos del tipo. En el presente caso A sabe que está disparando contra una persona y quiere su acto (disparar contra una persona viva), por lo que puede afirmarse que A comete un homicidio doloso, pues mata queriendo a una persona. En este caso el error en la identidad es irrelevante porque para el art. 138 del Código penal resulta irrelevante.

II. **No equivalencia típica de los objetos** (los objetos no reciben idéntica protección penal). Ej.: matar al rey y a su escolta (regicidio –art. 485- y homicidio –art. 138-). El error es relevante y la calificación final depende del elemento sobre el que yerra el autor.

- Si el sujeto desconoce la cualidad del objeto o de la persona que determina la protección especial (desconoce que está disparando al rey), se castigará por el tipo menos grave que sí está abarcado por el dolo. Ej: homicidio doloso, pues el rey es una persona viva
- Si el sujeto cree conocer la cualidad del objeto o de la persona que daría lugar a la aplicación del tipo más grave (cree disparar al rey cuando lo hace sobre el escolta), se le castigará por el tipo menos grave, pues el dolo abarca sus elementos (querer matar al rey es querer matar a una persona), pero también por una tentativa del tipo más grave, pues el dolo abarca las circunstancias del tipo más grave, aunque no se dan objetivamente. Habría un concurso ideal de delitos entre una tentativa de atentado y un homicidio consumado.

III. Aún cabría pensar en un tercer supuesto de error en la persona o en el objeto, es decir, cuando **el Código penal concede relevancia a la identidad** (ej. no es lo mismo matar a un extraño que matar a un ascendiente, descendiente), pero esa relevancia se refleja no a través de la creación de un nuevo tipo penal, sino **a través de la aplicación de un agravante genérica** (ej. art. 23 CP) **o de un tipo cualificado** (ej. el hurto se agrava si el objeto sustraído tiene valor artístico, histórico, cultural o científico, conforme al art. 235.1 CP).

El error en estos supuestos recaería sobre un elemento accidental de la descripción penal, por lo que habría que aplicar las reglas del art. 14 CP

11. Observa el siguiente ejemplo y su resolución.

A sustrae de un mercadillo de beneficencia un cuadro al óleo cuyo precio de venta ha sido fijado en 500 euros porque le parece bonito, aunque piensa que no tiene excesivo valor, no más de los 500 euros fijados. En realidad se trata de un Kandinsky original de gran valor. (art. 234/235.1 CP)

En el presente caso el error del sujeto recae sobre las características del objeto material del delito, es decir, de la cosa sustraída. En este caso el error es relevante, pues para el CP no es lo mismo que se sustraiga algo cuyo valor es estrictamente económico, que se sustraiga algo de valor artístico, histórico, cultural o científico, configurando la sustracción de semejantes objetos como un hurto agravado en el art. 235.1 CP. Por lo tanto, sería de aplicación apartado 2 del art. 14 CP: “El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”.

La aplicación de esta previsión al ejemplo conlleva que A responde por el tipo básico de hurto (art. 234), no aplicándosele el referido tipo cualificado.

b. *Aberratio ictus* o error en el golpe

El sujeto dirige su acción contra un objeto determinado, perfectamente identificado, pero por un fallo en la ejecución de la acción se termina lesionando otro objeto no incluido en el dolo del autor. Ej.: A dispara desde un árbol sobre B, pero en el momento de disparar se resbala y la bala alcanza a C, que se encontraba al lado de B.

A pesar de que se denomina a estos casos “error en el golpe”, en realidad no son propiamente supuestos de error (el sujeto conoce la realidad), ni, por lo tanto, le son

aplicables las reglas del art. 14 del CP, sino que se produce un “fallo en la ejecución”, de tal manera que en el resultado se realiza un riesgo que no es el creado dolosamente por el sujeto activo. La doctrina mayoritaria entiende que este “fallo en la ejecución” ha de tener reflejo en la calificación jurídica, puesto que el sujeto ha creado dolosamente un riesgo que no se ha realizado en el resultado, sino que en el resultado se ha realizado otro riesgo (creado de forma imprudente o fortuita).

La calificación de estos supuestos varía dependiendo de si el riesgo que se ha realizado en el resultado puede imputarse o no a título imprudente y también de si existe o no equivalencia típica entre el objeto cuya lesión se perseguía.

I. Equivalencia típica. La doctrina mayoritaria estima que el error es relevante y que ha de sancionarse el peligro respecto al objeto perseguido y la lesión respecto al alcanzado. Es decir, siguiendo con el ejemplo del disparo, habrá un concurso ideal entre la tentativa de homicidio y el delito de homicidio imprudente (siempre que el resultado fuera objetivamente previsible). No obstante, la jurisprudencia suele considerar el error irrelevante y sanciona por homicidio doloso consumado.

II. No existencia de equivalencia típica (matar al rey o a su escolta). En estos casos se aprecia siempre un concurso ideal de delitos.

- El autor dirige su acción a realizar el tipo más grave: tentativa del delito más grave en concurso ideal con el delito menos grave imprudente (A dispara contra el rey desde un árbol pero se resbala y la bala acierta a su escolta: tentativa de regicidio en concurso con un homicidio imprudente).
- El autor dirige su acción a realizar el tipo menos grave: tentativa del delito menos grave en concurso ideal con el delito más grave imprudente. Si no existe la modalidad imprudente, se sancionará por el tipo básico imprudente. Ej.: A dispara contra el escolta y acierta al rey → tentativa de homicidio en concurso con un homicidio imprudente

c. Error sobre el curso causal

Se habla de error en el curso causal cuando el resultado es el perseguido inicialmente por el sujeto, pero se ha producido por otra vía, a través de un curso causal diferente al que el sujeto activo había imaginado. Ej. A quiere matar a B tirándole a un río desde un puente para que se ahogue, pero B muere en la caída al golpearse con uno de los pilares del puente.

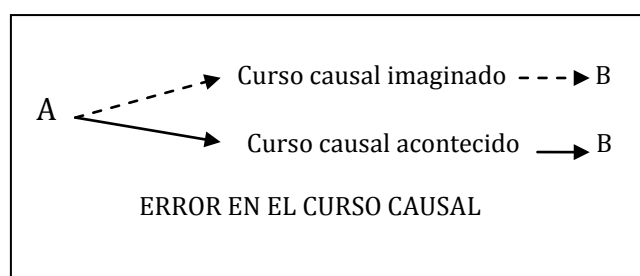
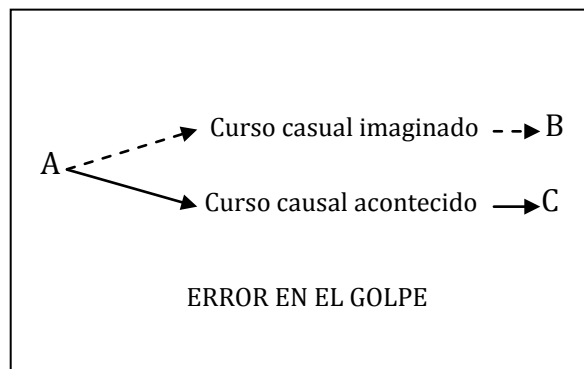
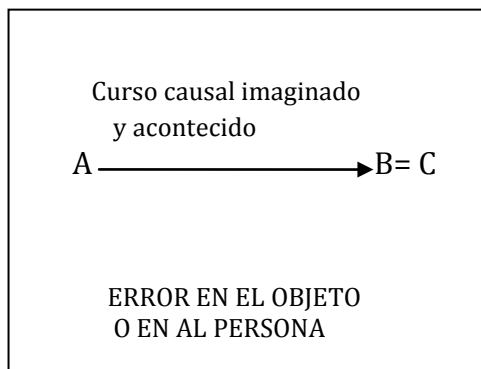
A estos supuestos no resultan aplicables las previsiones del art. 14 CP, haciéndose depender su calificación de dos elementos: (a) de si la desviación afecta ya a la imputación objetiva, y (b) de si el conocimiento requerido sobre el curso causal para afirmar el dolo es sólo aproximado.

I. Si la desviación excluye la posibilidad de imputación objetiva del resultado –es objetivamente imprevisible-, el sujeto no responde por el delito consumado, sólo por la tentativa. Ej. A dispara sobre B, que muere al accidentarse la ambulancia.

II. Si la desviación no excluye la imputación objetiva -es objetivamente previsible-, a su vez hay que distinguir dos situaciones:

- El dolo del sujeto cubre esa desviación en el curso causal, aunque sea con dolo eventual: no hay error → el sujeto responde por el correspondiente delito doloso. A dispara sobre B apuntando a la cabeza, pero acierta en el corazón, muriendo instantáneamente.
- El dolo del sujeto no abarca el riesgo que desencadena el resultado (ej. A golpea a B y, creyéndole muerto, lo arroja a un pozo, muriendo B ahogado en el pozo). Parte de la doctrina estima que el error es relevante y se responde por un concurso de tentativa dolosa y delito imprudente (tentativa de homicidio en concurso con un homicidio imprudente). Otro sector considera que se trata de un caso de *dolus generalis* y que se responde por el delito doloso consumado, pues el resultado que se produjo finalmente era la clase de resultado abarcado por el dolo del autor.

12. Idea un ejemplo de error sobre el curso causal donde se excluya la imputación objetiva y otro donde no y califica jurídicamente los hechos.
13. Señala las diferencias entre el error en el objeto, el denominado error en el golpe y el error en el curso causal. Quizá el siguiente esquema pueda ayudarte a detectar las diferencias



III. ESQUEMA COMPARATIVO: ERROR DE TIPO/TENTATIVA INIDÓNEA. ERROR DE PROHIBICIÓN/DELITO PUTATIVO

ERROR DE TIPO

Art. 14.CP

TENTATIVA INIDÓNEA O DELITO IMPOSIBLE

(“error de tipo al revés”)

Dudas acerca de su relevancia penal (;art. 16?)

Similitud:

Falta de concordancia entre la realidad fáctica y la representación del autor

Diferencia:

Ej.: A quiere gastar una broma a B. Dispara sobre él pensando que la pistola está descargada cuando en realidad está cargada. B muere a consecuencia del disparo.

Elemento volitivo: no quiere la realización del tipo (ej. homicidio).

Elemento cognoscitivo: el sujeto desconoce la concurrencia de un elemento del tipo que de hecho concurre (ej. peligrosidad de la conducta).

Ej.: A quiere matar a B. Dispara sobre él creyendo que la pistola está cargada cuando en realidad está descargada.

Elemento volitivo: se quiere la realización del tipo (ej. homicidio).

Elemento cognoscitivo: el sujeto cree que concurre un elemento del tipo que en realidad no concurre (ej. peligrosidad de la conducta).

ERROR DE PROHIBICIÓN (art. 14.3 CP)

DELITO PUTATIVO (no regulación, atipicidad)

Similitud:

Falta de concordancia entre la (i)licitud del hecho y la conciencia del sujeto sobre dicha (i)licitud

Diferencia:

Ej.: un sujeto tiene relaciones sexuales con una persona de doce años, pensando que, dado que el menor consiente, esa relación no es un delito.

Realidad: el hecho es típico y está prohibido.

Representación del sujeto: el hecho no está prohibido.

Ej.: un sujeto tiene relaciones sexuales con una persona de catorce años que consiente libremente la relación, pensando que, al ser menor de dieciocho, dicha relación constituye un delito

Realidad: el hecho no está penalmente prohibido, es atípico.

Representación del sujeto: el hecho es típico y está prohibido.

IV. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto

a. Supuesto de hecho

Julián fue a visitar a su abuela, haciéndole unos encargos y, después de verificados los mismos, sostuvo una discusión con la anciana de 74 años, pues ésta le recriminaba que no la atendía por vivir con una mujer casada que era una puta, llegando a las manos, y Julián fuertemente excitado cogió a su abuela por el cuello, apretando fuertemente con intención de privar de vida a la anciana, cayendo ésta al suelo. En la creencia de que la había matado, con el propósito de simular un suicidio, decidió anudar fuertemente un cable de la televisión al cuello. Lo que, según el dictamen de la autopsia, causó la muerte por asfixia a consecuencia de la constricción del lazo. (STS de 14 de Noviembre de 1980).

b. Resolución del supuesto

En el presente supuesto práctico, nos encontramos en primer lugar ante un hecho, la acción realizada por Julián de apretar las manos fuertemente en torno al cuello de su abuela- que no produce el efecto presumido por el autor- la muerte de la anciana, y en segundo lugar, con una acción destinada únicamente a encubrir el presunto resultado de muerte, pero que realmente es la que lo causa- ahogamiento por constricción del lazo alrededor del cuello realizado con un cable de teléfono-.

Supuestos como el presente se denominan casos de “dolus generalis”, y en ellos la acción se desarrolla en dos fases, siendo la primera la que el sujeto considera que ha producido el resultado, cuando, en realidad, éste se ha producido a través de la acción destinada a encubrirlo (segunda fase). El sujeto, como ocurre en el presente caso, actúa con dolo de matar en un primer momento, pero yerra con respecto al momento y la forma en el que se ha producido el resultado. Esta equivocación del autor hace que nos encontremos ante un supuesto particular de error, que tendrá que ser valorado siguiendo las reglas particulares establecidas para esta clase de casos.

La solución que, de forma tradicional, se daba desde la jurisprudencia y doctrina consistía en entender que, a pesar de que la acción dolosa que llevaba a cabo el sujeto no producía el resultado y lo hacía la acción posterior, el dolo de asesinar abarcaría tanto la acción primera como el resultado finalmente producido por otra acción. En el caso que nos ocupa, el dolo de matar de Julián abarcaría la acción de ahogar a su abuela con sus propias manos y el resultado final de su muerte, independientemente de que se hubiera producido por esa o por cualquier otra acción. De esta manera, se entendería que concurre un dolo general (“dolus generalis”) respecto a la muerte de la víctima, y que resultaría irrelevante la forma a través de la cual se ha alcanzado el resultado: Julián quería matar a su abuela y lo ha conseguido.

En nuestro caso y siguiendo esta solución, nos encontraríamos ante un homicidio doloso consumado, y el error que sufre el sujeto activo respecto al momento y forma de producción del resultado resultaría irrelevante.

Frente a esta solución, una parte relevante de la doctrina entiende que debería matizarse. La irrelevancia del error quizá tendría sentido para aquellos casos en los que los hechos pueden calificarse como una única acción homicida presidida por un dolo de matar,

por ejemplo, cuando el sujeto ha planificado que primero asfixiará a la abuela y luego simulará un suicidio por ahorcamiento. Sin embargo, la solución de un delito doloso consumado, no parece tan evidente cuando en los hechos pueden diferenciarse dos momentos o dos conductas, de tal manera que el error fue determinante de la segunda conducta y, por ello, de la muerte.

Según esta segunda postura, en estos casos, deberíamos distinguir entre los dos momentos y valorarlas por separado como dos conductas diferenciadas.

Así tendríamos, por un lado, la acción fallida dirigida a conseguir la producción del resultado, que supondría una tentativa de homicidio, puesto que cumple todos los requisitos de creación dolosa de un riesgo jurídicamente desaprobado que no ha llegado a producir un resultado por causas ajenas a la voluntad del autor: ahogando con sus manos a su abuela, Julián ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado de muerte que no se ha concretado en dicho resultado, pues la anciana no muere.

Por otro lado, nos encontraríamos con que tenemos que valorar la acción que efectivamente ha producido el resultado muerte: el ahorcamiento con el cable del teléfono para simular el suicidio. Considerada en sí misma, es un claro ejemplo de error de tipo, dado que en la realidad concurren todos los elementos objetivos del tipo de homicidio: persona viva a la que se causa la muerte mediante una acción peligrosa. El sujeto desconoce la presencia de un elemento del tipo, pues piensa que la abuela está muerta, cuando en realidad está viva y, por ello, tampoco se percata de la virtualidad letal de su conducta. Por lo tanto, no podemos hablar de homicidio doloso, pues dolo significa conocer y querer los elementos del tipo, y nadie puede querer matar a quien considera muerto.

La regulación del error de tipo, la encontramos en el art. 14 CP. Como indica este precepto, la consecuencia jurídica depende de si el error es vencible o invencible, lo que decidimos de acuerdo con el pensamiento de la adecuación. Si desde una perspectiva ex ante, existían datos que indicaban la posible presencia de un error, si el sujeto activo podía y debía haber previsto, en este caso, que la persona podía estar viva, el error será vencible. En supuesto que nos ocupa podemos afirmar sin problema la vencibilidad del error, ya que el sujeto podía haberse dado cuenta con facilidad de que la persona estaba con vida a través de conductas muy sencillas: tomándole el pulso, observando si respiraba, etc. No tomó ninguna de estas medidas, que, por otra parte, pueden considerarse exigibles, pues, además, el comportamiento inicial—intento de asfixia— no es tan eficaz como para asegurar la producción del resultado. Es decir, un observador objetivo colocado en el momento de la acción hubiera tenido dudas sobre la muerte de la abuela y las hubiera intentado disipar, lo que resultaba factible con conductas tan sencillas como las indicadas.

De acuerdo con lo establecido en el art. 14 CP, si el error es vencible, el sujeto responderá a título imprudente. Esta incriminación es posible en el presente caso dado que, como veremos en la lección de la imprudencia, el homicidio se castiga tanto cuando es cuando se castiga mediante imprudencia grave (art. 142 CP) como cuando se produce mediante imprudencia leve (art. 621.2 CP). A salvo una mayor profundización en la lección correspondiente, lo más adecuado sería calificar la presente imprudencia como grave.

En nuestro caso, por tanto, y siguiendo esta segunda opción, tendríamos que calificar los hechos como constitutivos de un concurso real entre una tentativa de homicidio y un homicidio imprudente.

2. Casos para resolver

a. Caso “paquete con droga”

Vicenta H. B. fue requerida por personas no identificadas, que dijeron ser familiares de Juan José M. T., interno en el Centro Penitenciario de Fontcalent, para que le llevara un paquete con ropa al establecimiento carcelario, prometiéndole la entrega de 50 euros por el servicio. Vicenta accedió a realizar la entrega porque se encontraba con el síndrome de abstinencia y necesitaba el dinero para comprar droga.

El día 30 de diciembre, Vicenta fue conducida a las inmediaciones de la cárcel por quienes la habían contratado, encaminándose aquélla al Centro Penitenciario donde hizo entrega del paquete que le habían facilitado, dando su nombre y documento de identidad a los funcionarios que se hicieron cargo del mismo, marchándose del lugar con sus acompañantes.

Los funcionarios de servicio en el establecimiento penitenciario procedieron a abrir el paquete descubriendo en el dobladillo de un pantalón que había en su interior una sustancia que parecía estupefaciente, que fue remitida a la Delegación de Sanidad, quien tras su análisis dictaminó que se trataba de 415 miligramos de heroína.

La sustancia tiene un valor de mercado de 30 euros.

Sentencia Audiencia Provincial Alicante núm. 194/2000 (Sección 1ª), de 15 marzo.

Analiza si nos encontramos ante un supuesto en el que concurre un error de tipo y su posible relevancia a la hora de imputar un delito contra la salud pública (art. 368 y ss. CP).

b. Caso “menor de doce años”

El procesado, Antonio M.L., de treinta y cinco años de edad, había contratado verbalmente a Luisa G.G. para que, un par de veces por semana, realizara en su domicilio las tareas propias del hogar. Por aquel entonces Luisa tenía la edad de doce años cumplidos, circunstancia ésta desconocida por el procesado que pensaba que tenía catorce, por ser esto lo que le había dicho la tía de Luisa con la que pactó las condiciones de trabajo, dato éste, por otra parte, creíble dado el desarrollo físico de Luisa. Fuertemente atraído por Luisa, el procesado, tras reiterada insistencia, consiguió que Luisa accediese al yacimiento, que sólo se produjo una vez, pues Luisa confesó lo ocurrido a su tía y ésta denunció los hechos a la Policía.

Analiza la conducta del procesado teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 183 CP.

c. Caso “manzanilla”

Un pastor alpujarreño es detenido por el SEPRONA cuando portaba en su cartera 190 gramos de manzanilla protegida en el Parque Nacional de Sierra Nevada, manifestando el pastor que desconocía que se trataba de una especie en peligro de extinción, pues, si no, nunca la hubiera recogido por saber que es delito destruir especies protegidas. (JP núm. 3 Granada 16-11-01, sentencia núm 510/2001)

¿Ante qué tipo de error nos encontramos? ¿Cuáles son las consecuencias de ese error a los efectos de imputar un delito contra la flora contemplado en el art. 332 CP?

d. Caso “pelea en el fútbol”

Resultando probado y así se declara que el procesado Francisco E. A., mayor de edad y sin antecedentes penales, en la tarde del 16 de enero de 1977, se encontraba presenciando el partido de fútbol Deportivo Biota- Deportivo Bayo, del primero de los cuales era presidente, y como estuviera disconforme con las apreciaciones del árbitro Don Donato P.N., le llamó sinvergüenza, contestándole en parecidos términos el árbitro, tras lo cual éste suspendió el partido, lo que determinó que Francisco en forma agresiva y vociferante se dirigiera a Don Donato, agrediendo ambos, acudiendo en ayuda del árbitro el futbolista del Bayo, Eduardo L.M., al parecer con ánimo de separarles, y al interponerse recibió del procesado Francisco un fortísimo puñetazo en el rostro, que iba dirigido al árbitro. El puñetazo le ocasionó la fractura del tabique nasal con la epistaxis subsiguiente, de resultados de lo cual y de precisar dos intervenciones quirúrgicas, tardó en curar ciento seis días durante los cuales precisó asistencia facultativa, habiendo podido trabajar durante ochenta días y sin quedarle defecto o incapacidad.

De acuerdo con la regulación de las lesiones contenida en los arts. 147, 152 y 617.1 CP, determinar la responsabilidad de Francisco respecto a las lesiones inferidas a Eduardo, razonando si han sido causadas con dolo o con imprudencia, si ha concurrido algún error y si éste es relevante.

e. Caso “batida de caza”

El día 13 de noviembre de 1994 tuvo lugar una cacería en forma de batida de caza mayor en la finca "El Castillo" del término municipal de Cabeza del Buey, de la que era organizador y titular en concepto de arrendatario de la explotación cinegética, don Manuel R. M., (...)

En dicha cacería participó el acusado José Luis P. M., que utilizó un rifle Marca Ego, para cuya utilización poseía guía de pertenencia y licencia de armas, teniendo concertado seguro obligatorio de responsabilidad civil, con la entidad "Mudespa, SA". Intervino igualmente en la cacería asimismo el acusado Jesús M. P., el cual asumió las funciones de postor de la armada "El Portugués" que le había conferido el organizador señor R. M. Participaba igualmente en la cacería Anselmo B. G. de 36 años de edad

Alrededor de las 12 horas del día señalado se dirigen al lugar de la armada referida, conducidos por quien ejercía de postor, el acusado M. P., los cazadores señores B. G., quien luego resultaría fallecido, ocupante del puesto núm. 1, el acusado señor P., ocupante del puesto núm. 2 y el señor E. G., el del núm. 3, ocupando el 4 el propio postor.

Llegados a la cima o cuchilla de la sierra, quien ejercía de postor, desde su puesto núm. 4 indica a los otros tres cazadores que integraban la expresada armada los lugares que constituían los respectivos puestos que estaban situados en orden decreciente a sus significaciones numéricas (puestos 3, 2 y 1 sucesivamente). De tal manera se colocan en los puestos designados los señores E. y P. y se desconoce si realmente accedió al suyo el fallecido señor B.

Así las cosas, al señor E., puesto núm. 3 al montar el arma que portaba se le disparó de forma fortuita impactando el proyectil en el suelo a escasos metros de sus pies. Momentos después, varios minutos, y cuando el señor B. caminaba entre las jaras

abriéndose paso por la zona de tiro correspondiente al puesto que tenía asignado el acusado, José Luis P. y como éste creyera que quien jareaba era un jabalí, le lanzó un disparo que alcanzó al señor B. al que causa gravísimas heridas en la zona supraclavicular derecha y espalda, así como en región anterior del cuello, siendo primeramente asistido en el lugar por un médico que participaba en la cacería, aunque en armada distinta y posteriormente fue trasladado en helicóptero a los Hospitales de la Seguridad Social de D. Benito e Infanta Cristina de Badajoz, donde fue intervenido sin éxito, pues falleció a consecuencia de aquellas heridas el día 1 de diciembre de 1994.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 28 de abril de 2000.

Analiza si puede tratarse de un supuesto de error de tipo y calificar los hechos centrándose en la conducta de José Luis P..

Lección 9ª

LA IMPRUDENCIA

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Recordando algunas ideas clave
 - 2. Sobre el contenido de la imprudencia
 - 3. Clases de imprudencia: la regulación de la imprudencia en el Código penal
 - a. La lesión del bien jurídico como requisito para la relevancia penal de la conducta imprudente
 - b. Sistema de *númerus clausus*
 - c. Imprudencia consciente/ imprudencia inconsciente
 - d. Imprudencia grave/ imprudencia leve
 - 4. Esquema de la tipicidad del delito imprudente de acción
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto
 - 2. Casos para resolver

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Resulta imprescindible preparar por anticipado estos materiales así como repasar las lecciones anteriores (imputación objetiva, dolo y error de tipo), recopilando los aspectos relacionados con la imprudencia ya mencionados.

Se incluye, además de un caso resuelto, en los casos para resolver extractos de dos sentencias para ahondar en los conceptos teóricos del tema.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

En alguno de los temas anteriores (imputación objetiva, dolo y error de tipo) ya se ha realizado un cierto acercamiento al concepto de imprudencia. Ahora procede sistematizar los conocimientos adquiridos sobre la imprudencia y completarlos.

1. Intenta recapitular todo lo aprendido en las referidas lecciones sobre la imprudencia en Derecho penal.

1. Recordando algunas ideas clave

- Dolo o imprudencia son requisitos imprescindibles para poder afirmar la responsabilidad penal.
- La necesidad de dolo o imprudencia se deriva de la comprensión de las normas penales como normas de motivación.
- Cuando analizamos si concurre dolo o imprudencia estamos analizando la **imputación subjetiva**.
- Según el esquema de delito aquí utilizado, el dolo y la imprudencia se estudian en la **tipicidad**.
- No debe inducirnos a error el que la exigencia de dolo o imprudencia, es decir, la exclusión de la responsabilidad objetiva, se conozca como “**principio de culpabilidad**”. Esto no quiere decir que el dolo y la imprudencia se estudien en la categoría culpabilidad, sino que la exigencia de dolo e imprudencia se integra en un principio limitador del *ius puniendi* conocido como “principio de culpabilidad”.
- Terminológicamente “culpa” se emplea como sinónimo de imprudencia (sin que tenga nada que ver con la culpabilidad). Un hecho culposo sería un hecho imprudente.

2. Sobre el contenido de la imprudencia

Ya sabemos que la imprudencia se caracteriza porque el sujeto activo NO QUIERE la lesión del bien jurídico.

2. A golpea a B en el pecho para desasirse de él. B muere porque padecía una malformación, incluso por él desconocida, que le convertía en hipersensible a una presión ejercida en los órganos respiratorios. A no quiere el resultado. ¿Del hecho de que A no quiera el resultado se deduce automáticamente que la conducta de A es imprudente?

El no querer la lesión del bien jurídico es un elemento negativo, pero la imprudencia ha de tener algún contenido que le dote de relevancia, que nos permita afirmar el desvalor de la conducta. El Código Penal no define la imprudencia. Se entiende que la esencia de la imprudencia reside en la **lesión del deber objetivo de cuidado**, es decir, en la **falta de la diligencia debida**. Ello tiene lugar cuando la conducta del sujeto crea un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico que sobrepasa las fronteras del riesgo permitido (presupuesto o primer nivel de la imputación objetiva). Una conducta imprudente es, pues, una conducta peligrosa no aceptada socialmente, una conducta que permite prever la lesión del bien jurídico. Lesión del deber objetivo de cuidado, previsibilidad objetiva y peligrosidad mayor que la permitida son, en principio, términos o conceptos equivalentes.

Si un sujeto con su conducta lesiona o no el deber objetivo de cuidado se valora, básicamente, de acuerdo con el **pensamiento de la adecuación** (remisión a la teoría de la imputación objetiva): si un hombre cuidadoso, un **hombre medio**,

colocado en el momento de la acción (*ex ante*), con los conocimientos generales y los conocimientos especiales que pueda tener el autor, hubiera previsto el riesgo y hubiera omitido la conducta o la hubiera adaptado a las normas de cuidado. Si, por ejemplo, se trata de una imprudencia médica, ese observador objetivo sería un médico con la formación y conocimientos exigibles a un médico para realizar la actividad en cuestión. Si se trata de la imprudencia de un arquitecto, el observador objetivo será un arquitecto, etc.

Fuentes del deber de cuidado:

- A veces, las reglas de cuidado que deben observarse al realizar una determinada actividad se recogen en **normas escritas**. Ej.: la Ley de Seguridad Vial determina las reglas que han de respetarse cuando se participa en el tráfico rodado; la normativa administrativa sobre utilización de atracciones de feria fija las pautas de tal actividad, etc.
- **Reglas de la experiencia y reglas técnicas** vigentes en el ejercicio de determinadas actividades (medicina, construcción, etc.). Estas reglas se conocen como *lex artis*.
- **Deber genérico de cuidado:** la mayoría de las actividades de la vida cotidiana no están reguladas (cocinar, planchar, colocar macetas en las ventanas, limpiar una escopeta, etc.). Para decidir si lesionan o no la diligencia debida se atiende a la experiencia general. Ej., no puedo irme de casa dejando la estufa encendida junto a unas cortinas inflamables. No hay normas escritas que me digan cómo he de utilizar la estufa en la vida diaria, pero esto es algo que se deduce del sentido común. Es el hombre medio, colocado en el momento de la acción..., el que determina el deber genérico de cuidado

La observancia de una norma de cuidado escrita es un indicio del carácter diligente de la conducta, pero a pesar de ello la conducta puede ser imprudente si la conducta vulnera un deber genérico de cuidado.

Ej. La STS de 18 de noviembre de 1991 condena a los responsables de un hospital que no sometieron la sangre destinada a transfusiones a las pruebas de detección del VIH, produciéndose el contagio de varios pacientes. El Tribunal entiende que la conducta de los responsables fue imprudente. En aquellos momentos no estaba aún en vigor la ordenanza que poco tiempo después obligaría a las pruebas de detección (es decir, no se produce la infracción de ninguna norma escrita), pero el Tribunal entiende que hay una infracción de un deber genérico de cuidado, porque en el momento de los hechos ya era conocido el riesgo de contagio.

Ej. Una montaña rusa de feria acaba de pasar todos los controles de seguridad. Sin embargo el dueño nota algo que le hace sospechar que puede no funcionar debidamente. Si, a pesar de estos indicios, el dueño pone permite subir a la gente a la montaña rusa y se produce un accidente, la responsabilidad por el resultado no se basa en la vulneración de las normas (escritas) que obligan a determinados controles, sino en la vulneración de un deber genérico de cuidado.

El **principio de confianza** es una idea bastante útil para determinar la responsabilidad en casos de imprudencia, sobre todo en aquellas actividades en las que opera la división de trabajo.

Según el principio de confianza, un sujeto puede confiar en que los demás se comportarán de forma prudente, con la diligencia debida, a no ser que existan indicios de lo contrario.

Ej. En el quirófano, durante una intervención quirúrgica, el cirujano puede confiar en que el anestesista, enfermeras, etc. se comportan de forma prudente, a no ser que existan indicios de lo contrario, por ejemplo, porque el anestesista presenta síntomas de ebriedad.

Ej. El conductor puede confiar en que los peatones no cruzarán la carretera por un lugar no señalizado y sin asegurarse de la ausencia de coches. Sin embargo, si observa que un peatón despistado va a cruzar sin mirar, deberá adaptar su comportamiento a esta fuente de peligro, aunque vaya a una velocidad formalmente permitida y el peatón vaya a cruzar por lugar no señalizado.

3. Clases de imprudencia. La regulación de la imprudencia en el Código penal.

a. La lesión del bien jurídico como requisito para la relevancia penal de la conducta imprudente

3. A había planeado pasar la tarde jugando al póquer con sus amigos y para ello había contratado a una cuidadora. La cuidadora no llega en el último momento, así que A decide dejar a sus hijos de seis y cinco años solos. Se marcha dejando la pistola reglamentaria (A es policía nacional) cargada encima de la cómoda del dormitorio. Al volver de la partida pueden haber sucedido dos cosas:

- Variante a: Nada más salir A, los niños encendieron la televisión y permanecieron viendo dibujos animados hasta que llegó su padre.
- Variante b: Aburridos, los niños encontraron la pistola y uno de ellos, jugando, disparó al otro causándole la muerte.
 - a. ¿De qué responde A en la variante a?
 - b. ¿De qué responde A en la variante b?
 - c. ¿Cuándo es más grave, más imprudente, la conducta de A, en la variante a o en la variante b?

Como regla general, no se castiga la imprudencia que no llega a producir la lesión del bien jurídico. Nuestro Código penal no consagra la “tentativa imprudente”. Cuando el legislador ha querido castigar conductas imprudentes que no llegan a causar la lesión del bien jurídico, lo ha hecho expresamente a través de la configuración de específicos tipos delictivos. Ej., art. 379, 380 CP

Para ello suele utilizarse la técnica de los denominados “**delitos de peligro**”.

b. Sistema de *numerus clausus*

Art. 12 CP: Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley

4. ¿Qué significa que nuestro CP consagra un sistema de *numerus clausus* en la incriminación de la imprudencia?
5. ¿Está castigada en nuestro CP la prevaricación judicial imprudente?
6. ¿Es típica según nuestro CP la conducta de la mujer que imprudentemente causa su propio aborto?
7. Relevancia del sistema de *numerus clausus* para la punición del error de tipo, conforme a las reglas establecidas en el art. 14 CP.

c. Imprudencia consciente / imprudencia inconsciente

8. Compara los siguientes supuestos: A va conduciendo su coche. Se salta un semáforo.
 - Variante a. Se salta el semáforo porque no lo ve.
 - Variante b. Se salta el semáforo porque tiene mucha prisa y teme llegar tarde a una cita

Imprudencia consciente: cuando el sujeto actúa con conocimiento de la peligrosidad de su conducta.

Imprudencia inconsciente: cuando el sujeto no se percata del riesgo que genera su conducta (riesgo que, como ya sabes, es previsible conforme a la teoría de la adecuación).

El CP no recoge la diferencia entre imprudencia consciente e inconsciente. Esta diferencia carece de efectos legales, es importante tan sólo a efectos analíticos, por ejemplo, una imprudencia inconsciente nunca planteará problemas de delimitación con el dolo eventual

9. ¿Qué tipo de imprudencia es más grave, la imprudencia consciente o la inconsciente?

La diferencia entre imprudencia consciente e inconsciente NO tiene nada que ver con la gravedad o levedad de la imprudencia

d. Imprudencia grave / imprudencia leve

Esta sí es una diferenciación utilizada en el Código penal, que hace depender el rigor de la sanción penal y, en muchos casos, la relevancia de la conducta de la gravedad o levedad de la imprudencia. A pesar de la importancia de esta diferenciación, el CP no define qué ha de entenderse por imprudencia grave ni qué

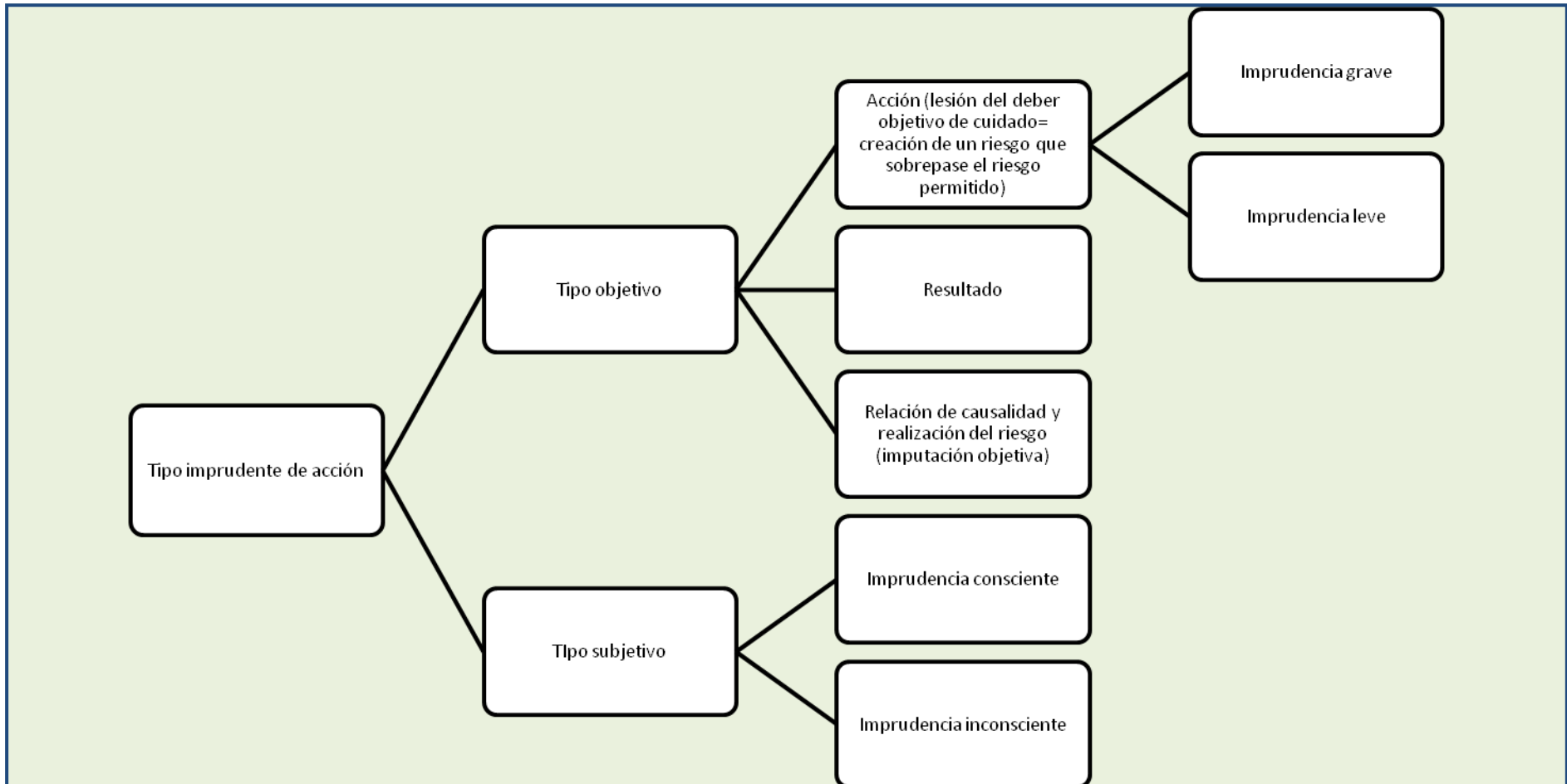
ha de entenderse por imprudencia leve. Los criterios de diferenciación son bastante inseguros.

Imprudencia grave (también denominada imprudencia temeraria): cuando se vulnera la diligencia exigible al hombre menos cuidadoso, al menos diligente; cuando se vulnera un deber básico de cuidado. Se suele valorar en función del grado de peligrosidad de la conducta y de la importancia del bien jurídico amenazado.

Imprudencia leve (también denominada imprudencia simple): supone la infracción de normas de cuidado no tan elementales, de una norma que respetaría no el ciudadano menos diligente, sino un ciudadano diligente. Los resultados típicos causados por imprudencia leve, de estar castigados, sólo son constitutivos de falta.

10. Describe dos supuestos de homicidio con imprudencia grave y dos supuestos de homicidio con imprudencia leve.
11. Busca en el Código penal la regulación de:
 - a. Homicidio doloso
 - b. Homicidio causado por imprudencia grave
 - c. Homicidio causado por imprudencia leve
 - d. Aborto doloso causado por tercero
 - e. Aborto causado por tercero con imprudencia grave
 - f. Aborto causado por tercero con imprudencia leve

4. Esquema de la tipicidad del delito imprudente de acción



III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto

a. Supuesto de hecho

Son hechos probados y así se declaran que el acusado Porfirio, mayor de edad, nacido el 03/03/69, sin antecedentes penales, sobre las 05:15 horas del día 19 de noviembre de 2008 se encontraba en su domicilio de la localidad de Almáspera. Días antes compró dos bombonas de gas butano de 6 kilogramos cada una con la intención de quitarse la vida de una forma dulce al inhalar gas. Colocó en su dormitorio las mentadas bombonas de butano junto a su cama, una a cada lado de la cama, con las espitas de los reguladores abiertas y en un momento no determinado, pero minutos después de abrir las espitas, encendió un mechero para fumar un cigarro, provocando así una enorme explosión seguida de un incendio que causó daños, no sólo en su vivienda sino también en el propio edificio y en los colindantes y en casas vecinas, así como en vehículos estacionados en las proximidades. Incluso resultaron lesionadas tres personas, que precisaron tratamiento médico quirúrgico, creando un evidente riesgo para la integridad del resto de vecinos. Porfirio sufrió un desmayo, pero pudo salir por su propio bien de la vivienda tras la explosión. (SAP de Valencia [Sección. 2ª] núm. 277/2011, de 7 de abril).

b. Resolución del supuesto

En el supuesto de hecho observamos cómo un sujeto que busca quitarse la vida inhalando gas butano provoca una gran explosión al encender un mechero con el fin de fumar un cigarro mientras espera que el aire contenga la cantidad suficiente de gas para provocar la muerte. De esa acción inicial—abrir las espitas de las bombonas de gas y encender un mechero— se siguen los siguientes resultados: el incendio y consiguientes daños y las lesiones a tres personas.

Si comenzamos analizando el tipo objetivo, se confirma tanto la relación de causalidad como la imputación objetiva, dado que es indubitado que la conducta de Porfirio—encender un mechero tras abrir las espitas del gas— está relacionada físico-naturalmente con los resultados producidos así como que ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha concretado en un resultado dentro del ámbito de protección de la norma. Por lo tanto, y siguiendo el esquema de la teoría del delito, corresponde abordar los elementos del tipo subjetivo, en concreto, procede analizar si dichos resultados son imputables a título doloso o imprudente. Si definimos dolo como conocer y querer los elementos descritos en el tipo penal, podemos excluir su presencia dado que en este supuesto el sujeto no conoce y, en consecuencia, no quiere esos elementos. Su objetivo es quitarse la vida mediante la inhalación del gas de las bombonas y esto es lo que él sabe y busca. Es consciente de que el gas es un medio apto para acabar con su vida y, por ello, coloca las bombonas en su dormitorio al lado de su cama, donde esperará a que la cantidad de gas sea suficiente para provocar la muerte. Esta situación es la buscada por el sujeto y es la que él conoce y se representa.

Por el contrario, no existen datos en el texto que nos permitan afirmar que en el momento de encender el mechero para fumar Porfirio sea consciente de la posibilidad de producción de ningún resultado lesivo a consecuencia del encendido. Es decir, ni siquiera podríamos admitir que nos encontramos ante un supuesto de dolo eventual, puesto que

esta posibilidad de imputación subjetiva requiere siempre conciencia del riesgo y, por muy alto que sea el peligro causado, por muy elevadas que sean las posibilidades de producción del resultado, no puede afirmarse dolo eventual si el sujeto no es consciente del peligro.

Descartada la presencia de dolo, ha de analizarse si puede afirmarse la otra forma de imputación subjetiva: la imprudencia. Podemos definir la imprudencia como la lesión del deber objetivo de cuidado, es decir, la falta de la diligencia debida en la realización de una acción u omisión. Hay actividades, como por ejemplo el tráfico rodado, cuya realización está expresamente regulada con el fin de mantener los riesgos que emanan de dicha actividad dentro de un determinado nivel. En estos casos se suele acudir a lo pautado por la norma para calificar la conducta como imprudente (ej. la conducción es imprudente, porque excede cierto límite de velocidad) o diligente. Sin embargo, en el presente caso hemos de determinar si se ha lesionado lo que se conoce como “deber genérico de cuidado”, inherente a toda actividad que se desarrolle en el marco de la vida cotidiana, lo cual se fija acudiendo al criterio de la adecuación. Habrá que valorar si un hombre medio, con los conocimientos del autor (se incluirían también los conocimientos especiales de éste si los tuviera), hubiera podido prever el riesgo y por tanto hubiera omitido su conducta. En el supuesto que nos ocupa tendríamos que determinar si un hombre medio, y en este caso Porfirio es un hombre medio, que no demuestra tener conocimientos especiales, ha podido prever el riesgo que mediante su conducta estaba generando: riesgo de explosión, daños y lesiones debido a la inflamación del gas butano que puede producirse por el encendido de un mechero en un ambiente con presencia de gas. La respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa, puesto que encender un mechero cuando dos bombonas de gas butano se encuentran abiertas es una actividad que, por la aplicación del sentido común, puede calificarse de peligrosa y son evidentes y generalmente conocidos los riesgos que dicha actuación conlleva. Es un riesgo que el sujeto activo debería haber previsto y, consecuentemente, debería haberse abstenido de llevar a cabo la conducta realizada.

Como ya se ha puesto de manifiesto, Porfirio en ningún momento se representó la posibilidad de la explosión. Nos encontraríamos, pues, ante un caso de imprudencia inconsciente, modalidad de imprudencia en la que el elemento cognoscitivo se encuentra totalmente ausente y en la que el reproche no reside en que el sujeto haya creado un riesgo confiando en que el resultado no se produzca, sino en no haber prestado la atención debida para percatarse del riesgo que la conducta en cuestión generaría y que era previsible.

Sin embargo, la diferencia entre imprudencia consciente e inconsciente, si bien es importante a efectos analíticos, carece de reflejo en el Código penal y no es correlativa a la diferencia entre imprudencia grave e imprudencia leve, que sí recoge el Código penal y a la que atribuye consecuencias jurídicas bien diversas. Procede, pues, determinar si la imprudencia (inconsciente) cometida por el sujeto activo es grave o leve. De esta calificación dependerá no sólo la entidad de la pena, sino en muchos casos la tipicidad penal de la conducta, por cuanto son escasos los delitos cuya comisión mediante imprudencia leve se castiga.

A pesar de la importancia de esta diferencia, el Código Penal no define qué ha de entenderse por imprudencia grave ni qué ha de entenderse por imprudencia leve, y los criterios de diferenciación son bastante inseguros. Así, se habla de imprudencia grave (también denominada imprudencia temeraria), cuando se vulnera la diligencia exigible al hombre menos cuidadoso, al menos diligente, cuando se vulnera un deber básico de cuidado y se genera un peligro que sería reconocible por un hombre medio. La imprudencia leve supondría la infracción de normas de cuidado no tan elementales, sino de un deber elevado y exigente de cuidado. Los resultados típicos causados por imprudencia leve, de estar castigados, sólo son constitutivos de falta.

En el presente caso podríamos afirmar que el sujeto activo incurrió en una imprudencia grave, pues cualquier persona con un nivel de formación mínimo conoce el peligro que supone encender un mechero cuando previamente se han abierto las espitas de las bombonas para dejar salir gas butano, es decir, cualquier persona media conoce los riesgos y los cuidados mínimos en la manipulación de gas butano. Un observador objetivo, colocado en el momento de la acción, hubiera detectado el peligro con facilidad y se hubiera abstenido de realizar la conducta analizada, por lo que la falta de cuidado del sujeto activo puede ser calificada de grave sin lugar a dudas.

Una vez establecido que nos hallamos ante un supuesto de imprudencia grave, es necesario comprobar que los delitos producidos admiten la comisión imprudente, puesto que en nuestro sistema penal la punición de la imprudencia sigue un sistema de *numerus clausus*, es decir, no se castiga la comisión imprudente de cualquier delito, sino sólo de aquellos que prevén expresamente el castigo de esta forma de comisión.

En cuanto al resultado de lesiones producidas a tres vecinos, el Código penal consagra en el art. 152 el castigo de las lesiones causadas por imprudencia grave, tipificando como falta del art. 621.3 CP las lesiones causadas por imprudencia leve. Dado que hemos afirmado la gravedad de la imprudencia, el precepto aplicable sería el primero. Respecto del incendio, resultaría aplicable el art. 358 CP, que prevé el castigo de dicho resultado causado por imprudencia grave. Respecto a los daños en la propiedad ajena, el art. 267 CP establece el castigo de los daños generados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, resultando penalmente atípica la causación imprudente de daños por un valor inferior. Cómo se articula esta pluralidad de delitos en la calificación penal de la conducta es algo que se adelantó al tratar el tema del concurso de normas (lección 2ª) y sobre la que se volverá con más detenimiento en la lección 23ª (concurso de delitos y concurso de normas).

2. Casos para resolver

a. Caso del “atropello”

Lee atentamente los siguientes fragmentos de Sentencia y extrae de los mismos el concepto de imprudencia, la diferencia entre imprudencia grave y leve y la diferencia entre imprudencia consciente e inconsciente.

El acusado Alfonso, mayor de edad, sin antecedentes penales, sobre las 22,30 horas del día 12-09-97 circulaba por el Paseo Jaime I de Salou en dirección a Cambrils conduciendo el automóvil Seat Ibiza W-....-ED, asegurado por la Cía. Mapfre; al llegar a la altura de la C/ Pedro III, donde existe señalizado un paso-cebra, tiene la calzada dos carriles por cada sentido de la circulación y se hallaba un vehículo detenido cediendo el paso a los peatones, el acusado cambió de carril y por circular con velocidad excesiva, invadió el paso de peatones por donde transitaba Elsa, a la que atropelló y causó la muerte inmediata; la calzada tenía señalización vertical y horizontal de paso de peatones y limitada la velocidad a 50 km./hora; el acusado circulaba alrededor de 80 km./hora y dejó en la vía huellas de frenada de 29 mts.– La víctima tenía 66 años de edad, estaba casada con Eusebio y con 7 hijos fruto del matrimonio. Todos ellos han percibido 23.140.536 ptas. pagadas el 22-09-98 por la Cía. Aseguradora Mapfre y han renunciado a la indemnización correspondiente».

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, con fecha 28-12-2001, absolvió al acusado del delito que se le imputaba y le condenó como autor de una falta de

imprudencia leve con resultado de muerte, a la pena de multa de dos meses con una cuota diaria de 1.000 ptas. y privación del permiso de conducir durante seis meses.

Contra la anterior Resolución la acusación particular interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, casa y anula la Resolución, dictando Segunda Sentencia en la que condena al acusado como autor de un delito de homicidio imprudente, a la pena de dos años de prisión y privación del permiso de conducir vehículos a motor durante dos años.

Los fundamentos jurídicos en los que el TS basa dicha resolución son los siguientes:

“El hecho probado relata la acción del ahora recurrido cuando circulaba por un paseo de Salou y al llegar a un lugar de la calzada dividida por dos carriles por cada sentido de circulación «donde existe señalizado un paso-cebra y se hallaba un vehículo detenido cediendo el paso a los peatones, el acusado cambió de carril y por circular con velocidad excesiva, invadió el paso de peatones por donde transitaba, a la que atropelló y causó la muerte inmediata». El paso de peatones estaba señalizado vertical y horizontalmente y el tramo donde sucedieron los hechos tenía limitada la velocidad a 50 km/h. El acusado circulaba a unos 80 km/h y dejó unas huellas de frenada de 29 metros.

La sustancia de la culpa tiene hoy un contenido esencialmente normativo por cuanto implica la **infracción de un deber de cuidado que se impone a las personas en su comportamiento o conducta social, infracción de las normas que deben ser observadas por una persona media y que alcanza dos planos fundamentales de referencia, la peligrosidad de la conducta en sí misma considerada y la valoración social del riesgo creado teniendo en cuenta las normas socio-culturales**. Conforme a este criterio normativo el vigente Código Penal distingue entre la **culpa grave**, antigua culpa temeraria, y la **leve**, que responde a la antes denominada simple. Desde otra perspectiva, atendido su contenido psicológico, la culpa puede ser **consciente** o **inconsciente**, según que el agente actúe con representación del peligro de su conducta, aunque confiando en que el resultado lesivo no se va a producir, o bien cuando dicha actuación no conlleva dicha representación aunque la misma debió ser tenida en cuenta por el sujeto activo de la infracción, dando por supuesto que en ninguno de ambos casos existe intención de lesionar el bien jurídico. Ambas clases de culpa no guardan ninguna interdependencia entre sí, pues la culpa consciente puede ser normativamente leve mientras que la grave psicológicamente puede responder a la categoría de inconsciente. En cualquier caso, lo verdaderamente sustancial es el grado de reproche normativo conforme a la actual redacción del Código Penal. La distinción psicológica tiene que ver con el deslinde de la frontera con el dolo eventual.

Pues bien, en el presente caso es patente que la desviación de la norma de cuidado por parte del condenado es singularmente grave si tenemos en cuenta la sustancial peligrosidad de su conducta que no estriba sólo en circular a una velocidad excesiva, como parece apuntar la Audiencia, sino en desconocer la existencia de un paso de peatones, la de un vehículo que se encontraba detenido ante el mismo y, no obstante ello, pasar al otro carril y rebasar el paso de cebra impactando con la víctima y dejar después 29 metros de frenada, de forma que no se trata ya de omitir una diligencia de cuidado que debe observar toda persona media sino de olvidar la más gruesa de las previsiones teniendo en cuenta las circunstancias descritas en el «factum», siendo la conducta particularmente temeraria. Y ésta evidentemente supone el despliegue de un riesgo que merece el mayor reproche social. Por ello, con independencia de la representación psicológica del peligro creado con su acción, que no impidió la cautela necesaria, objetivamente la peligrosidad de la conducta es grave y se incardina en la creación de un riesgo intensamente reprochado socialmente, lo que determina la calificación de la gravedad de la imprudencia y por ello la calificación como

delito del hecho descrito en el «factum» (Sentencia Tribunal Supremo núm. 720/2003, de 21 mayo).

b. Caso “explosión de la garrafa de gasolina”

«Que sobre las 6 horas y 20 minutos del día 6 de marzo de 1997 Wladimiro S. S., mayor de edad y sin antecedentes penales, encontrándose desarrollando funciones de guardia en el polvorín militar de Santa Gertrudis (Ibiza) como soldado de reemplazo, obtuvo del cajetín colocado en la dependencia ocupada por el cabo comandante de guardia Roberto Carlos G. C., mayor de edad y sin antecedentes penales, las llaves correspondientes a un almacén o taller, de donde extrajo una garrafa de aproximadamente 8 litros de gasolina destinada a servir de combustible para las desbrozadoras y sierras mecánicas, volviendo con ella al cuerpo de guardia sin que tal circunstancia pasara desapercibida para el cabo, y con la finalidad de reavivar los rescoldos de la estufa de leña, colocada en el dormitorio y alimentada exclusivamente con leña almacenada en el exterior de la dependencia sin más aditamentos para su utilización, dejó la garrafa a un metro de una de las literas y a unos 3 metros de la estufa, llenó su tapón con gasolina, y dejando un reguero se dirigió hasta la estufa encendida contra la que lanzó la gasolina que llevaba en el tapón, la cual prendió siguiendo el reguero hasta la misma garrafa, que explotó dispersando el combustible inflamado, dejando en llamas toda la dependencia donde se encontraba durmiendo el soldado de reemplazo Francisco David T. P., quien formaba parte de la guardia del polvorín y falleció.

Francisco David T. P., de 18 años de edad, era soltero y convivía en el domicilio parental con sus padres Leocadio T. P. y Elvira P. G., y su hermana Tania de 10 años.

Asimismo, como consecuencia de la explosión e incendio, resultaron inutilizados 34 cuchillos bayoneta y fusiles ametralladores valorados en 2.250.435 pesetas, la instalación eléctrica por valor de 60.000 pesetas, los cristales, carpintería de madera y aluminio y sistemas de seguridad por valor de 750.000 pesetas, el sistema de alarma y circuito de televisión por valor de 599.507 pesetas».

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Debemos condenar y condenamos a Wladimiro S. S. en concepto de autor de un delito de homicidio imprudente, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal:

a) a la pena de un año de prisión, accesoria de inhabilitación para ejercer el derecho de sufragio pasivo por todo el tiempo de la condena;

b) a que abone en concepto de indemnización civil:

1º) 12.081.640 pesetas por igual entre los progenitores Leocadio T. P. y Elvira P. G., y 2.196.662 pesetas para la hermana menor Tania T. P.; cantidades de las que responderá subsidiariamente el Ministerio de Defensa.

2º) 3.770.264 pesetas a favor del Ministerio de Defensa.

c) al pago de dos tercios de las costas procesales causadas, incluyendo las de la Acusación particular».

Wladimiro S. S. interpuso recurso de casación contra la referida Sentencia, alegando que tan sólo habría cometido una imprudencia leve y, por lo tanto, una falta de homicidio. El Tribunal Supremo desestima dicho recurso con la siguiente fundamentación: “La imprudencia grave, que es la que se requiere en el artículo 142.1 del actual Código Penal para la comisión del delito de homicidio imprudente, es el equivalente de la que en el Código Penal anteriormente vigente se calificaba de imprudencia temeraria y consiste en la omisión de un deber objetivo de cuidado en la que se dejan de tomar las más elementales

reglas de cautela o diligencia exigibles en la realización de una actividad determinada. Aplicando este concepto a la actividad desarrollada por este acusado en la ocasión en que se produjo el resultado de muerte y de daños materiales, se observa que su conducta consistió en realizar, en primer lugar, una utilización de una materia que estaba destinada a fin distinto del que realizó y que estaba convenientemente depositada y guardada en un lugar cerrado con llave en evitación de riesgos y para su solo uso en el empleo de aparatos mecánicos que son movidos por esa materia, que es de general conocimiento que es un líquido carburante fácilmente inflamable, y en la que el fuego se transmite con toda rapidez por el líquido y determina la explosión de los recipientes que lo contienen. Con tales premisas el acusado utilizó una garrafa conteniendo ocho litros de gasolina que trasladó del lugar donde estaba guardada y aislada, a otro en el que existía un fuego encendido procediendo tan descuidadamente a verter parte de la gasolina sobre la hoguera, tras dejar un reguero de vertidos de la misma entre el fuego y el recipiente que la contenía, que la ignición de la parte vertida sobre el fuego se extendió con rapidez por el reguero y alcanzando el recipiente en el que terminaba, produjo su súbita e inmediata explosión. Tal conducta del acusado es patentemente de grave negligencia y descuido al omitir las más elementales cautelas ya que es generalmente conocido que deben adoptarse y que su omisión determina riesgos de producirse resultados como los en este caso producidos. Por ello están bien encuadrados los hechos en la figura típica de delito y no pueden ser subsumidos en la falta en que el resultado lesivo de muerte se produce causalmente por una imprudencia leve” (Sentencia Tribunal Supremo núm. 1697/2002, de 19 octubre)

[¿Estás de acuerdo con la argumentación del Tribunal Supremo? Argumenta la respuesta.](#)

c. Caso “biberón de armil”

Se declara probado que la procesada Dolores J. C., que el 22 octubre 1979 llevaba ya varios años de ejercicio de su profesión de A. T. S., trabajando desde hacía unos dos años en el Centro Maternal y Hospital Infantil de la Seguridad Social de J., prestando sus servicios en la planta cuarta de dicho centro, en la cual desde hace unos cuatro meses antes de la fecha dicha se había roto un frasco para contener un producto detergente de gran toxicidad, cloruro de benzalconio, conocido comercialmente por «armil», y como la administración del centro no sustituyera el frasco roto, se habilitó para contener dicho producto un frasco de cristal vacío de los empleados para contener suero-glucosado, de abundante uso para la alimentación de los recién nacidos, el cual, aunque se le dejó la etiqueta original, se le pegó encima del lateral un pedazo de esparadrapo sobre el que se escribió la palabra armil, que con el tiempo se fue borrando por el uso, colocándose este frasco en el carrito o mesa de curas, bien distanciada, aunque en la misma habitación, que el armario donde se contenían los frascos de auténtico suero glucosado, situado éste junto al poyo de una ventana, donde habitualmente se preparaban los biberones conteniendo el suero, todo lo que era bien conocido por todos los A. T. S. y auxiliares de clínica que allí prestaban sus servicios. En la tarde del mencionado día 22 octubre 1979, lo hacía la procesada en el turno de las tres a las diez de la noche, cuando le fue solicitado sobre las ocho y media por la madre del niño Bartolomé R. M., nacido aquella misma tarde, a las dos, alimento para el pequeño, que la procesada preparó en la forma que creyó habitual, vertiendo en un biberón de plástico una cantidad de unos 30 cm³ del mismo frasco que había en aquel momento sobre el poyo de la ventana, sin apercibirse de que tenía adherido exteriormente un esparadrapo y contenía, por lo tanto, el armil, entregándoselo a la madre del dicho recién nacido, quién observó que el bebé no lo quería tomar, diciéndole la procesada que insistiera para hacérselo ingerir, lo que efectuó repetidamente la madre, aun después de salir de servicio la procesada, hasta que sobre las seis y media de la siguiente mañana los componentes del turno sanitario de

noche sospecharon que el biberón único hasta entonces suministrado al pequeño Bartolomé desde su nacimiento, podía contener el tóxico, el cual había ingerido en una cantidad no bien precisada, pero aproximada y no inferior a 10 cm³, conteniendo 100 mg. de cloruro de benzalconio, ya que éste era suministrado desde la farmacia en una concentración de una parte de cloruro y 100 de agua, siendo después para diversos usos de lavados ginecológicos diluido aún más, pero no el suministrado al niño Bartolomé R., al que se le puso en el biberón en la misma proporción en que estaba en el frasco, al suponer la procesada que era suero glucosado, siendo la dosis mortal para un niño de peso de 2,80 Kg., que tenía el repetido Bartolomé, de 40 a 120 miligramos del tóxico, por lo que inmediatamente que se comprobó por el personal sanitario en la mañana del 23 octubre la ingestión del arnil por el niño, que presentaba quemaduras químicas en la boca y lengua, fue llevado a una incubadora donde no reaccionó favorablemente al tratamiento que se le dio, falleciendo, sin llegar a curarse en ningún momento, el siguiente día 28 octubre a consecuencia inmediata de un paro cardíaco, y según diagnóstico médico hecho después de la muerte, habiendo podido contraer previamente a la ingestión del tóxico una neumonía por aspiración en el canal del parto, que habría sido fomentada por la presencia del tóxico, o bien haberla contraído por deficiencia inhibitoria a consecuencia de la ingestión del mismo cloruro de benzalconio. (STS 18-10-1982)

[Analiza jurídico-penalmente los hechos narrados.](#)

d. [Caso “buceador en el Mar Menor”](#)

El 27 de agosto de 1.999, D. Enrique M. S, se encontraba buceando, aunque lo hiciera únicamente con unas gafas, de modo que se metía debajo del agua para buscar cañaillas y salir de la misma improvisadamente para respirar. Ello lo hacía en el mar menor, a 305 metros de la costa, en zona de libre navegación, fuera de las redes de protección de los bañistas contra las medusas y sin indicación de su presencia por ningún dispositivo. Sobre las 20.00 horas del día 27 de Agosto de 1.999, avanzaba por esa zona de navegación libre una embarcación marítima pilotada por Dª. Noelia P.P, quien, ante la aparición sorpresiva de un buceador sin boya de señalización que emergió en tal momento, lo único que pudo hacer fue una maniobra evasiva que no evitó el impacto. Fruto del mismo resultó muerto D. Enrique M.S. (Hechos tomados de la SAP Murcia (Secc. 5ª) 151/2000, de 2 de octubre).

[Analiza jurídico-penalmente los hechos narrados.](#)

e. [Caso “accidente en un cruce”](#)

Sobre las 00:30 horas del día 5-01-04, y cuando Tomás conducía su taxi matrícula F-...-FV, llevando como ocupante a Ángel y otras dos personas que no reclaman, se detuvo ante el semáforo en rojo que tenía en el cruce de las calles, Federico Rubio y Gali, con Francos Rodríguez de esta Villa, y al ponerse el mismo en verde tras una espera, se introdujo en el cruce, de modo que cuando tenía pasados tres cuartos del mismo, un poco más allá de la mediana centra, inopinadamente, fue golpeado en su derecha por el vehículo matrícula ...-WMR conducido por Marcos y asegurado en la mutua Madrileña Automovilista, quien circulando a una velocidad muy superior a la permitida, no respetó el semáforo en rojo que le incumbía y saltándose, colisionó al taxi, causándole a Tomás las heridas que se reflejan en el informe del médico forense de 25-05-04, y a Ángel las del informe del forense de 9-6-04, quedando el taxi siniestro total, no pudiendo poner otro en servicio hasta pasados 21 días del accidente por la necesidad de los trámites administrativos y la instalación en el mismo de elementos de esa industria, como son el taxímetro, la emisora etc.». SAP Madrid (Secc. 23ª) 241/2005, de 1 de julio.

Tomás fue condenado por una falta de lesiones imprudentes graves. La Defensa de Tomás recurre considerando que no procede hacer la calificación que hace el Juzgador como grave de la imprudencia cometida por aquél, pues lo que ocurrió es que se despistó y no vio el semáforo. ¿Ha de estimarse el recurso presentado?

f. Caso “disparo en una persecución”

“El 3 de diciembre de 2000, sobre las 1.54 horas, se dio aviso por parte de la central de la Guardia Civil a las patrullas que se encontraban en la zona, del avistamiento de la embarcación sospechosa del transporte ilícito de inmigrantes y/o drogas que se dirigía a la zona conocida por "el tolmo" en el término municipal de Tarifa (Cádiz). En la embarcación iban un total de veinte inmigrantes indocumentados y de origen marroquí. Los inmigrantes, una vez fueron desembarcados en la costa de Tarifa, empezaron a alejarse de la misma andando, sin saber que se dirigían a una zona en la que se encontraban varios guardias civiles que habían acudido de inmediato tras recibir el aviso de la central. Entre estos agentes se encontraba el acusado, el guardia civil D. Gregorio, mayor de edad y sin antecedentes penales.

Una vez que la dotación de agentes, con auxilio de un aparato término de visión nocturna, pudo apreciar la arribada de un grupo nutrido de personas, se produjo la dispersión de los agentes. Tras oír el grito de "alto a la guardia civil", se inició una persecución en el decurso de la cual, uno de los inmigrantes, Romeo, en su huida en solitario, fue perseguido por el acusado, Gregorio, el cual en ese momento estaba provisto de una linterna. En el decurso de esta persecución, como quiera que Romeo siguió corriendo sin atender las órdenes de alto del agente, Gregorio, éste sacó su arma reglamentaria e hizo un disparo intimidatorio al aire, con lo que consiguió que el inmigrante se detuviera frente a un terraplén.

En ese preciso momento, estando el inmigrante de espaldas, Gregorio se acercó por detrás con la pistola en una mano y llevando el dedo en el gatillo, sin haber puesto el seguro de ningún tipo y estando el arma en condiciones aptas para disparar, y una linterna en la otra y sujetó a Romeo por uno de los brazos. Romeo se giró en ese momento y Gregorio perdió el equilibrio a consecuencia de lo resbaladizo y húmedo del terreno y la pendiente del lugar. Durante su caída al suelo, Gregorio apretó el gatillo en un movimiento reflejo, disparándose el arma. A consecuencia de este disparo una bala impactó a Romeo en la zona axilar posterior, a la altura de la 5ª costilla, tras haber rozado su brazo izquierdo. Este le produjo un shock hipovolémico-hemorrágico a causa del cual falleció”. STS 1089/2009, de 27 de octubre.

La Audiencia Provincial de Cádiz calificó los hechos como un delito de homicidio imprudente, mientras que el Tribunal Supremo estimó el Recurso de Casación y dictó una nueva sentencia en la que se condenaba a Gregorio por una falta de homicidio. ¿Quién crees que tiene razón?

g. Caso “el hijo de Dalila”.

Noticia aparecida en El País

El marido de Dalila: "No he contactado con abogados; solo pienso en mi hijo"

Un "terrorífico error profesional" causa la muerte del hijo de la primera víctima mortal de la nueva gripe en España.-El padre, muy afectado, le dará sepultura junto a la madre. La enfermera que cometió el error llevaba sólo un día en neonatología, aunque tenía 19 meses de experiencia

Elena Hidalgo / José Antonio Hernández - Madrid - 13/07/2009

"Un terrorífico error profesional" ha sido la causa de la muerte del bebé de Dalila Mimouni, la joven de 19 años que fue la primera víctima mortal de la nueva gripe en España, ha asegurado Antonio Barba, director gerente del Hospital Gregorio Marañón de Madrid, donde estaba internado el pequeño. Rayán, como se llamaba, falleció al mediodía de este lunes después de que el domingo por la noche recibiera la alimentación por vía intravenosa en lugar de por la vía nasogástrica debido a una negligencia, ha explicado el director gerente. En conversación telefónica con la agencia EFE, el padre de Rayán ha asegurado que no ha pensado ni en interponer querellas ni se ha puesto en contacto con abogados: "En este momento toda mi preocupación y mi tiempo es para mi hijo", ha dicho.

Al ser preguntado sobre si se está planteando volver a Marruecos, Mohamed se ha limitado a decir: "Bueno, yo voy a enterrar a mi hijo y ya más adelante haré lo que tenga que hacer". Minutos antes, en una conversación en las cercanías del hospital, el padre de Rayán había anunciado a EFE que el bebé será enterrado en los próximos días junto a su madre, en la localidad marroquí de Mdiq. El cuerpo del pequeño Rayán ha sido conducido al Instituto Anatómico Forense para practicarle la autopsia, han informado fuentes del velatorio del centro madrileño.

El recién nacido se encontraba en cuidados intensivos y evolucionaba bien después de nacer prematuramente a los siete meses de gestación el pasado 30 de junio. El precario estado de salud de su madre, con el virus H1N1 que derivó en neumonía, llevó a los médicos a practicar una cesárea a Dalila para intentar salvar al bebé. Pocas horas después, la madre falleció. El pequeño, con todo, no resultó contagiado por el virus.

"Carencia de personal". Mientras el bebé se recuperaba en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), el personal de enfermería "confundió la vía de administración de una fórmula láctea específica para niños prematuros y la introdujo en vena, cuando debía ir por la vía nasogástrica", ha detallado el director del centro madrileño. La enfermera que cometió el error trabajaba por primera vez en la UCI infantil del Gregorio Marañón, han revelado fuentes hospitalarias a EL PAÍS. Había trabajado durante más de 19 meses en los hospitales Doce de Octubre y Gregorio Marañón y el domingo se incorporó como refuerzo en neonatología de este último centro debido a la ausencia de una de las enfermeras del departamento, según ha informado la Consejería de Sanidad, que asegura que la decisión se adoptó en base a su experiencia en unidades de críticos y que la enfermera no tenía pacientes asignados.

Una profesional la supervisaba, pero se ausentó y fue entonces cuando la enfermera habría confundido la vía de administración de la alimentación. "Es una gravísima negligencia que no tiene excusa" porque en el envase viene "perfectamente especificado", pero, "por un error que desconocemos, el profesional se equivocó" al administrarle el producto, según Barba.

"Depurar todas las responsabilidades". Tras visitar a la familia para darle el pésame, el consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid, Juan José Güemes, declaró que el personal que atendió al bebé era "experimentado" y que las dos enfermeras han sido "apartadas de sus puestos". "Se ha abierto una inspección por parte de Sanidad para aclarar lo sucedido y el juzgado de guardia también investigará", añadió. Horas más tarde, la presidenta madrileña, Esperanza Aguirre, telefoneaba al padre del bebé para transmitirle

su "profundo pesar" y asegurarle que se va a investigar el caso "hasta los últimos detalles para depurar todas las responsabilidades".

Fuentes hospitalarias han declarado a EL PAÍS que lo ocurrido es "fruto de la falta de planificación y organización de la dirección del hospital". El secretario general de la sección sindical de Comisiones Obreras (CC OO) en el centro ha denunciado "el caos sanitario que vive Madrid". En su opinión, "el problema es que hay una grave carencia de personal en el Gregorio Marañón. En la UCI, de las 16 personas que hay, ocho son eventuales. No pasan más cosas no sé muy bien por qué. Los trabajadores estamos al 150% de nuestra capacidad. La situación es caótica. Han desmantelado este hospital para llevarse el personal a los nuevos, pero si hay algún problema tienen que volver aquí porque no están dotados".

El error se detectó el domingo hacia las 22.10, aunque se cometió aproximadamente una hora antes. Los médicos trabajaron toda la noche para intentar salvar la vida del bebé, que finalmente falleció a las 12.20 de este lunes. La causa de la muerte fue una "embolia fulminante", han indicado fuentes del centro. "Es una negligencia que no tiene excusa", ha lamentado Barba. "Ha sido un inexplicable error que viene a sumarse al dolor de familia por la muerte de Dalila", ha dicho Güemes.

La dirección del Hospital Gregorio Marañón ha comunicado que asume todas las responsabilidades posibles, tanto humanas como patrimoniales. El director ha agregado que, en el caso de la madre, "se podría discutir, pero en este no hay ninguna excusa". El viudo de Dalila anunció que emprendería acciones legales contra el hospital por presunta negligencia en la atención a su mujer, que no fue tratada hasta su cuarta visita al hospital.

"Una familia destrozada". Los familiares del pequeño se mostraron destrozados a la salida de la funeraria situada junto al hospital. Mohamed, padre del bebé, salía del edificio con la mirada totalmente ausente. Mientras, uno de los tíos del recién nacido perdía los nervios y se enfrentaba a las cámaras porque no quería que lo filmaran.

Barba ha dicho que "la familia está destrozada" y que para él, personalmente, ha sido uno de los "peores momentos" de su vida profesional. "Es una noticia terrible", ha afirmado la ministra de Sanidad, Trinidad Jiménez, desde la sede ministerial, que ha añadido que los servicios médicos intentaron salvar la vida del bebé desde el primer momento. Jiménez ha trasladado el pésame al padre de Rayán y le ha ofrecido ayuda en todo lo que sea posible.

[Analiza jurídico-penalmente los hechos narrados.](#)

Lección 10^a

LA OMISIÓN. LA COMISIÓN POR OMISIÓN

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Comisión por omisión (omisión impropia *versus* omisión pura (omisión propia))
 - 2. La regulación de la comisión por omisión en el Código penal
 - 3. Definición y esquema: tipicidad de los delitos en comisión por omisión
 - 4. La posición de garante
 - 5. Causalidad e imputación objetiva en la comisión por omisión. Especial consideración a la “teoría de la desestabilización del foco de peligro”
 - 6. El tipo subjetivo de los delitos en comisión por omisión: dolo o imprudencia
 - 7. La distinción entre acción y omisión en casos límite
 - 8. El hacer precedente como fuente de la posición de garante (pensamiento de la injerencia) y su relación con el art. 195.3 Cp.
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto
 - 2. Casos para resolver

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Quizá sea uno de los temas más complicados de la teoría jurídica del delito, dificultad a la que se suma el poco tiempo que podemos dedicar a su comprensión. Es necesario aprehender las diferencias básicas entre la tipicidad de los delitos de acción y de los delitos de comisión por omisión.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

Hasta ahora hemos ejemplificado mayoritariamente con conductas activas: disparar, sustraer el bolso, golpear en la cara, agredir sexualmente a la víctima utilizando violencia o intimidación, etc. Sin embargo, las conductas omisivas también pueden poseer relevancia penal, pueden ser conductas delictivas. El CP no sólo castiga la creación

positiva de peligros para los bienes jurídicos (normas prohibitivas), sino también la no realización de conductas debidas (normas preceptivas).

1. Idea dos supuestos de delitos cometidos mediante una omisión.
2. Hay delitos que sólo pueden cometerse mediante una acción. Hay delitos que sólo pueden cometerse mediante una omisión. Hay delitos que pueden verificarse tanto a través de una acción como de una omisión. Lee los preceptos del CP correspondientes y argumenta a qué grupo pertenecería cada uno de los siguientes delitos. Te facilitamos la labor con un ejemplo resuelto:
 - a. Detenciones ilegales (art. 163 y ss.)

El delito de detenciones ilegales consiste en privar a una persona de la libertad ambulatoria. Lo frecuente es que tal privación de libertad se lleve a cabo mediante una acción, por ejemplo, introduciendo a una persona por la fuerza en una habitación y encerrándola dentro. Pero también podemos imaginar supuestos, ciertamente menos frecuentes, en que la privación de libertad delictiva se produzca mediante una omisión: por ejemplo, el Director de un Centro penitenciario tiene que poner en libertad a un preso que ha cumplido su condena. Sin embargo, dado que la condena le parecía demasiado benigna, decide que dicha persona debe quedarse un mes más en prisión.
 - b. Delito de bigamia (art. 217 CP)
 - c. Delito de falso testimonio (art. 458)
 - d. Delito de omisión del deber de impedir determinados delitos (art 450)
 - e. Delito de denuncia y acusación falsa (art 456 CP)
 - f. Delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP)
 - g. Homicidio doloso (art 138 CP)
 - h. Aborto imprudente (art. 146 CP)
 - i. Lesiones imprudentes (art. 152, 621 CP)

En la presente lección nos ocuparemos de aquellos delitos que pueden ser cometidos mediante acción y omisión. Se trata de delitos cuya descripción típica se centra en la lesión del bien jurídico, sin que se exija una determinada forma de lesión. Cuando dicho delito se realiza a través de una omisión hablamos de “**comisión por omisión**”. En primer lugar hay que diferenciar claramente la comisión por omisión de la “omisión pura”.

1. Comisión por omisión (omisión impropia) / omisión pura (omisión propia)

3. Compara los siguientes ejemplos:
 - a. Variante A. En un hospital un visitante observa cómo un enfermo se desangra y no hace nada por auxiliarle.

Variante B. Es la enfermera encargada la que comprueba cómo se desangra el enfermo a su cargo y no hace nada por auxiliarle.
 - b. Variante A. Los padres no dan de comer a su hijo de un año, dejándole morir de inanición.

Variante B. La vecina observa que el niño cada vez está más desmejorado, llegando a temer por su vida, pero no haciendo nada para evitar la muerte.
 - c. Variante A. Un bañista observa que otro bañista se está ahogando en la piscina y a pesar de saber nadar no se lanza al agua a auxiliarle.

Variante B. El socorrista encargado de vigilar la piscina observa que un bañista se está ahogando y no se lanza al agua para auxiliarle.

- d. Variante A. El cazador A limpia descuidadamente su escopeta, sin descargarla previamente. A consecuencia de la manipulación, la escopeta se le dispara y el proyectil alcanza al cazador B, que cae malherido. A, con el fin de evitar toda responsabilidad, huye del lugar abandonando a B, que muere desangrado.

Variante B. Un tercer cazador observa lo que ha sucedido y también se marcha del lugar, abandonando a B

4. Imaginemos que en todos estos casos la persona en peligro acaba muriendo. ¿Responderían penalmente por lo mismo todos aquellos que no han actuado? ¿En qué casos el sujeto respondería por homicidio en comisión por omisión y en qué casos respondería por una omisión del deber de socorro (art. 195 CP)? ¿Por qué?

Los delitos de resultado que no exigen un especial medio comisivo (por ej. homicidio, lesiones, aborto, etc.), pueden ser realizados mediante una acción y también mediante una omisión (en comisión por omisión). Cuando hablamos de un delito en **comisión por omisión** (u omisión impropia) nos referimos a que a un sujeto se le puede **imputar el resultado lesivo** no por haberlo causado positivamente, sino **por no haber llevado a cabo la conducta exigida para salvaguardar el bien jurídico, para evitar o mantener dentro del nivel de lo tolerable el riesgo que desembocó en la lesión del bien jurídico**. Para que un no evitar el resultado (mirar mientras alguien muere sin tratar de evitar el resultado) equivalga a una acción típica (ej. estrangular) es necesario —se afirma mayoritariamente— que el omitente tenga un deber específico de evitar ese resultado. Es lo que se conoce como **posición de garante**.

5. Teniendo en cuenta la exigencia de una posición de garante, repasa los casos enunciados en el ejercicio número tres y decide en qué casos de los anteriores estaríamos ante un homicidio en comisión por omisión.

Los **delitos de omisión pura o propia** son aquellos en los que el sujeto responde por la no realización de la conducta debida, sin que su responsabilidad dependa o esté condicionada por la producción o no de un ulterior resultado. Ejemplo típico de un delito de omisión pura es el delito de omisión del deber de socorro (art. 195), o el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos (art. 450 CP). Se dice que son “delitos comunes” porque pueden ser realizados por cualquiera.

6. Un sujeto, A, va conduciendo por una autopista y ve que ha habido un accidente. Para, se baja y observa que hay una persona malherida. No obstante, porque no quiere meterse en líos, se marcha del lugar sin auxiliar y sin recabar ayuda. Determina razonadamente la responsabilidad de A en los siguientes supuestos:
- Tras marcharse, no aparece ningún coche y la víctima del accidente muere desangrada.
 - Tras marcharse aparece un coche que llama a una ambulancia. Ésta lleva a la víctima al hospital donde consiguen salvarle la vida.

2. La regulación de la comisión por omisión en el código penal

No existe el delito de comisión por omisión. La responsabilidad en comisión por omisión se forma poniendo en relación el concreto delito de resultado (homicidio, aborto, etc.) con el art. 11 CP, que establece una cláusula general sobre la relevancia penal de la no evitación del resultado.

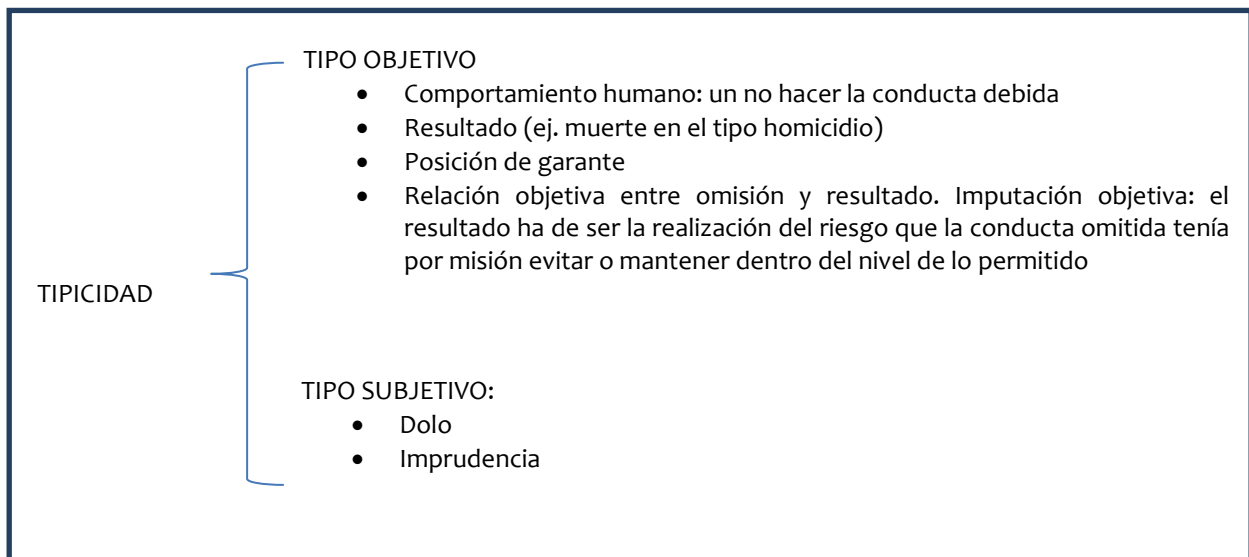
Artículo 11.

Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

3. Definición y esquema: tipicidad de los delitos en comisión por omisión



Una primera definición:

Realiza un delito en comisión por omisión quien incumpliendo el deber que le obliga no evita un riesgo para el bien jurídico o no mantiene el riesgo preexistente dentro del nivel de lo permitido, siendo el resultado la realización de dicho

4. La posición de garante

Para que la no evitación del resultado (no lanzarse a la piscina, no alimentar a un bebé o no auxiliar a quien se está desangrando) equivalga a la causación activa del

resultado (ahogar, estrangular, etc.), es necesario que el sujeto activo esté en **posición de garante**, es decir, tenga un deber de velar por el bien jurídico en cuestión (por eso hay quien dice que los delitos en comisión por omisión son delitos especiales, en cuanto no pueden ser cometidos por cualquiera, sino sólo por quienes ostentan una posición de garante en relación con el bien jurídico)

La posición de garante es, pues, un elemento del tipo objetivo de los delitos en comisión por omisión.

7. En los ejemplos del ejercicio núm. 3 que son delitos de comisión por omisión, comprueba en qué casos el sujeto omitente tiene posición de garante y en qué se basa dicha posición, cuál es su fundamento.

El problema básico, lógicamente, consiste en determinar en base a qué se tiene posición de garante, cuáles son las **fuentes de la posición de garante**.

8. Lee el art. 11 CP y di cuáles son según este precepto las fuentes de la posición de garante. ¿A qué fuente de las que menciona el art. 11 CP reconducirías las posiciones de garante detectadas en el ejercicio núm. 3?

El art. 11 CP, introducido en 1995, fue sumamente criticado porque aparentemente asume la denominada **“teoría formal”** de la posición de garante, una teoría muy criticada y que se consideraba superada, siendo mayoritaria en la doctrina penal la denominada **“teoría de las funciones”** (consultar manual).

Según el art. 11, las fuentes del deber de garante serían **la ley** (“cuando exista una especial obligación legal de actuar”), ej. relaciones paternofiliales, entre cónyuges, etc., **el contrato** (“o contractual”), ej. médicos, funcionarios de policía, cuidadores de ancianos o de niños, etc. y **la injerencia o hacer precedente** (“cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”, ej. A secuestra a B encerrándole en una casa abandonada. A, en un momento dado, decide no volver por la casa y B muere de inanición).

Esta teoría se **critica** justamente por el carácter “formal” de las fuentes de la posición de garante, especialmente la ley y el contrato, que no garantizarían por sí mismas un desvalor material equivalente al de las causaciones activas.

9. Analiza los siguientes casos y argumenta si piensas que en ambos casos se debe responder por un homicidio doloso, si ambos tienen el mismo desvalor: A y B están casados, pero hace tiempo que no se llevan nada bien, aunque por diferentes motivos no se deciden a divorciarse
- Una noche A apuñala a B.
 - Una noche B sufre un infarto inesperado y A ni pide ayuda ni hace nada para auxiliarle y B muere.

¿Castigamos por un homicidio en comisión por omisión en el caso de la mujer que no hace nada frente al infarto? Quienes niegan esta posibilidad pueden argumentar a través del requisito de que la omisión ha de haber creado un riesgo relevante (vid. epígrafe dedicado a la causalidad hipotética e imputación objetiva)

También se critica que hay supuestos en los que, a pesar de no existir un vínculo legal o contractual, intuitivamente parece que debiéramos afirmar la posición de garante y la responsabilidad por el resultado:

10. Ejemplo: Una vecina me hace el favor de quedarse cuidando a mi hijo. Éste sufre un accidente y la vecina no llama al médico, muriendo el niño. ¿Crees que la vecina debería responder por un homicidio en comisión por omisión o tan sólo por una omisión del deber de socorro? ¿Existe posición de garante en este caso? ¿En virtud de qué fuente podría afirmarse la posición de garante?

Realmente en estos casos ni una ley ni un contrato generan la obligación de actuar. Para poder afirmar la responsabilidad por la muerte se proponen dos soluciones:

- a. A través de una **interpretación del tenor del art. 11**, según la cual la mención a las fuentes de la posición de garante es sólo ejemplificativa, pudiendo subsumirse en el art. 11 otras fuentes de la posición de garante como, por ejemplo, la asunción informal de una función de control de una fuente de riesgo (la vecina ha asumido cuidar al niño pequeño). Por otra parte, también se afirma que lo determinante para responsabilidad en comisión por omisión no es tanto la existencia de una posición de garante como que pueda argumentarse que la omisión equivale estructuralmente a una acción. Vid. epígrafe causalidad hipotética e imputación objetiva).
- b. Quizá supuestos de **asunción voluntaria de la función de control de una fuente de peligro pueda reconducirse al 11b**: “cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico mediante una acción u omisión precedente”. La vecina habría creado una ocasión de riesgo en la medida que crea una apariencia de que el bebé está cuidado cuando no lo está, excluyendo o impidiendo que otras personas puedan desarrollar esa función de protección. Quizá en este sentido amplio podría interpretarse la idea de injerencia recogida en el 11 b CP.

La crítica de que la ley y el contrato como fuentes de la posición de garante no aseguran el desvalor material de la comisión por omisión no es extensible a la injerencia o hacer precedente como segunda fuente de la posición de garante. Por su parte, esta fuente suscita el problema que planteamos en el epígrafe “el hacer precedente como fuente de la posición de garante (pensamiento de la injerencia) y su relación con el art. 195.3 CP”.

5. Causalidad e imputación objetiva en la comisión por omisión. Especial consideración a la “teoría de la desestabilización del foco de peligro”

El segundo de los requisitos establecidos en el art. 11 CP es que la “la no evitación del mismo (del resultado) equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”. Esto es lo que se denomina “equivalencia de la omisión con la acción”, que constituye requisito imprescindible que, junto a la posición de garante, nos permite afirmar que nos encontramos ante una comisión por omisión. Para determinar si concurre esta equivalencia, vamos a ver si hasta qué punto se pueden trasladar a la omisión los criterios que utilizábamos para confirmar la imputación del resultado en los delitos de acción: causalidad e imputación objetiva.

Como ya sabes, en los delitos de acción para que un sujeto responda por el resultado es necesaria la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado, es decir un nexo objetivo entre acción y resultado.

Sin embargo, no podemos encontrar una **relación de causalidad** en sentido científiconatural entre la omisión y el resultado porque la omisión no “causa” nada, deja simplemente que “las cosas sigan su curso”. Ello no quiere decir que no haya que exigir una relación entre omisión de la conducta debida y resultado para que el sujeto responda por consumación, sólo quiere decir que dicha relación habrá de configurarse de forma diversa.

Así, un primer intento de configurar el nexo objetivo entre omisión y resultado fue tratando de adaptar la fórmula de la *conditio sine qua non*, y así se viene exigiendo una relación de **“causalidad hipotética” o “cuasicausalidad”**, afirmándose que el resultado es objetivamente imputable cuando, **si el sujeto omitente hubiera realizado la conducta debida** (si los padres hubieran dado de comer al bebé, si el socorrista se hubiera lanzado al agua para auxiliar a quien se ahogaba, si la enfermera hubiera intervenido para cortar la hemorragia), **el resultado se hubiera evitado con una probabilidad rayana en la seguridad.**

11. Comprueba si puede afirmarse la causalidad hipotética en los siguientes casos:
 - a. Los padres que no dan de comer al niño dejándole morir de inanición
 - b. El socorrista que no se lanza a la piscina a auxiliar a quien se está ahogando.
 - c. La enfermera no da al paciente la medicación que le permite mantenerse vivo.

Además de lo cuestionable que resulta trabajar con supuestos hipotéticos haciendo depender la responsabilidad de lo que “hubiera sucedido si...”, en muchos casos vamos a encontrar dificultades para afirmar esa causalidad hipotética.

12. Comprueba si puede afirmarse la causalidad hipotética en los siguientes casos:
 - a. Un médico no detecta un cáncer y por lo tanto no recomienda la operación pertinente de acuerdo con la *lex artis*. Esta operación sólo consigue salvar la vida de los pacientes en un 50% de los casos.
 - b. Un socorrista abandona su puesto y se va a tomar unas cañas al chiringuito de la playa, por lo que no ve cómo un bañista se está ahogando. Las condiciones del mar eran adversas, por lo que no puede asegurarse que el socorrista hubiera podido concluir con éxito la labor de salvamento.

El exigir la causalidad hipotética para poder hacer responder al sujeto por consumación puede conllevar resultados político-criminalmente insatisfactorios en cuanto no se podría castigar en casos como los anteriores: no sabemos si la víctima hubiera salvado la vida en caso de haberle sido diagnosticado el cáncer y de haberle sido prescrito el tratamiento médicamente indicado, ni puede afirmarse con seguridad que el socorrista hubiera podido sacar al bañista de entre las olas.

Para evitar estos problemas hay quien (inicialmente Roxin) propone sustituir la causalidad hipotética por un **incremento del riesgo, en el sentido de que sería suficiente para la imputación del resultado el que la no actuación debida incrementó las probabilidades de producción del resultado, o lo que es lo mismo, que la conducta debida y que no se llevó a cabo hubiera disminuido relevantemente la probabilidad de**

producción del resultado, incremento/disminución que se comprueba tanto *ex ante* como *ex post*.

En realidad, desde hace tiempo se viene introduciendo en la doctrina y jurisprudencia de la comisión por omisión **“requisitos de imputación objetiva”**, paralelos a la exigencia de creación de un riesgo y realización del riesgo en el resultado en el sentido explicado en la lección correspondiente.

El intento más logrado de establecer una equivalencia estructural entre la responsabilidad por acción y en comisión por omisión es el ofrecido por la que podríamos denominar **“teoría de la desestabilización de un foco de peligro”**, elaborada por Gimbernat, según la cual **“la comisión por omisión imprudente vendrá caracterizada por que el resultado ha sido causado con toda seguridad por un foco de peligro que, como consecuencia de una omisión imprudente, se ha transformado de permitido en ilícito”** (“Causalidad, omisión e imprudencia, en ADPCP, septiembre-diciembre 1994, p. 38). A nuestro alrededor existen “focos de peligro”, que no pueden ser reducidos a cero bien porque es imposible (enfermedades, fenómenos meteorológicos, etc.), o bien porque reportan alguna utilidad social (tráfico rodado, energía nuclear, etc.), estableciéndose una serie de normas de cuidado con la finalidad de mantener ese riesgo dentro de un determinado nivel, el nivel de lo permitido.

El foco de peligro puede desbordarse y pasar de un riesgo permitido a uno prohibido bien por una acción (apretar el acelerador y aumentar la velocidad por encima de la permitida) o bien mediante una omisión (no frenar ante la aparición de un obstáculo). “Con otras palabras: Si el legislador fomenta, acepta o se resigna con focos de peligro sólo en la medida en que éstos no rebasan el riesgo permitido, y para alcanzar esa finalidad impone normativamente a determinadas personas que apliquen medidas estabilizadoras de precaución, entonces es obvio que si éstas no se aplican y, con ello, el foco deja de estar permitido, el *responsable normativo* del rebasamiento será precisamente quien estaba encargado específicamente de controlar el foco dentro de los límites tolerados por el ordenamiento jurídico” (supra cit. pp 40-41) (los padres que han de cuidar a su niño pequeño, el médico respecto al paciente, el conductor de un coche, es decir, todos aquellos que, en terminología clásica, podríamos considerar garantes porque tienen la misión de controlar una determinada fuente de peligro)

Así, el médico que, a pesar de existir indicios reconocibles, no diagnostica un cáncer y, por lo tanto, no lo trata adecuadamente, transforma el riesgo de morir de cáncer en un riesgo que rebasa las fronteras del riesgo permitido, en un riesgo prohibido. El cuidador de los leones que olvida cerrar la jaula igualmente desestabiliza un foco de peligro que hasta el momento estaba controlado, convirtiéndolo en prohibido. Si el enfermo muere de cáncer o el león devora a unos visitantes, dicho resultado supone la realización del riesgo un riesgo no permitido, siendo imputable dicho riesgo y dicho resultado a quien, por no observar las medidas de cuidado necesarias (actuando imprudentemente) ha desestabilizado el foco de peligro que se ha realizado en el resultado.

“La pregunta a formular no es ya si la acción omitida *hubiera* (con mayor o menor probabilidad) evitado el resultado, sino si *consta* que la inactividad, —al no haberse aplicado una medida de precaución preceptiva— ha *transformado* (normativamente) un foco de peligro de permitido en prohibido, y si *consta* igualmente que ese foco de peligro (ilícito ya) ha *causado materialmente* el resultado” (supra cit. p. 55)

Ello no quiere decir que siempre que la persona encargada omite las normas de cuidado destinadas a mantener el foco de peligro en un determinado nivel va a responder por el resultado. Al igual que sucedía en los resultados causados por una acción, para ello es necesario que **el resultado sea la realización del riesgo que la norma infringida tenía por misión mantener dentro de un determinado nivel** (teoría del fin de protección de la norma de cuidado). Si, por ejemplo, el enfermo de cáncer muere por un fallo cardíaco no pudiéndose determinar si es o no consecuencia de los efectos del cáncer, el autor no responderá por ese resultado, pues no se ha podido probar que sea la realización del riesgo que las normas de cuidado omitidas tenían por finalidad mantener dentro de un determinado nivel o, por el contrario, ha sido la realización de otro riesgo imprevisible, no reconducible a una conducta dolosa o imprudente del autor.

13. Compara los siguientes supuestos:

Cuando el socorrista de nuestro ejemplo anterior, vulnerando el deber de cuidado que le obliga a permanecer pendiente de la piscina, se ausenta al chiringuito para tomar unas cañas, pueden suceder dos cosas:

a. Un bañista sufre un calambre y muere ahogado.

b. Un bañista es ahogado por un psicópata.

¿Crees que el socorrista debe responder por un homicidio imprudente en comisión por omisión en ambos casos? Argumenta la respuesta.

6. El tipo subjetivo de los delitos en comisión por omisión

El tipo subjetivo de los delitos en comisión por omisión coincide con el tipo subjetivo del delito de acción. Es necesario dolo o imprudencia y pueden concurrir todas las clases de dolo e imprudencia estudiados.

14. Razona si estamos ante homicidio doloso u homicidio imprudente en comisión por omisión en los siguientes casos:

a. La cuidadora de un anciano no le proporciona la medicación que ha de serle suministrada con la intención de que muera. Sin embargo, es descubierta y despedida.

b. Ana, madre de un niño de 5 años, no lleva a éste al médico a pesar de los vómitos, mareos y bruscos cambios de temperatura corporal que el niño sufre cada vez con más frecuencia y a pesar de que la abuela del niño le alerta de la gravedad de la situación. Ana tiene miedo de que, como está en el paro y tiene problemas de adicción, los servicios sociales le quiten a su hijo. Cuando finalmente accede a llevar al niño al médico y se detecta que padece un tumor cerebral, ya no es posible salvarle la vida, lo que se hubiera podido conseguir de haber sido tratado en los primeros síntomas.

c. A, que acaba de llegar de un largo viaje por África, sufre fiebre, mareos, dolores musculares habiendo tenido varios episodios de pérdida de la vista en los dos últimos días y pérdida momentánea de la capacidad para armar frases. El médico diagnostica una gripe y le da un volante para el oculista. En realidad A había adquirido una extraña enfermedad originaria de África que le produjo la muerte dos semanas después, resultado evitable si hubiera sido tratado cuando visitó la consulta.

- d. El socorrista de una piscina se queda dormido a consecuencia del cansancio y no advierte que un niño se está ahogando, muriendo éste.
15. Idea un ejemplo de
- a. Homicidio en comisión por omisión doloso (con dolo eventual) consumado
 - b. Homicidio imprudente (con imprudencia grave) en comisión por omisión consumado
 - c. Homicidio imprudente (con imprudencia leve) en comisión por omisión consumado
 - d. Tentativa de homicidio en comisión por omisión

7. La distinción entre acción y omisión en casos límite

Hay casos en los que no resulta sencillo decidir si estamos ante una acción o ante una omisión.

16. ¿Estaríamos en los casos siguientes ante una acción o ante una omisión?
- a. Un lazarillo acompaña a un ciego cruzando la calle. Cuando está a medio cruzar le abandona.
 - b. Alguien enciende un fuego en el bosque para calentarse la comida y después se marcha sin apagarlo provocando un incendio.
 - c. Un cirujano inicia una operación y, cuando el paciente está a medio operar, abandona el quirófano.
 - d. La matrona corta el cordón umbilical del recién nacido y posteriormente no lo pinza, muriendo el bebé.

Se trata de una cuestión de gran transcendencia práctica porque los requisitos de la tipicidad en comisión por omisión son (según la doctrina mayoritaria) diferentes y más estrictos que los que se exigen para afirmar la tipicidad de un delito de acción.

Es muy difícil establecer un único criterio de diferenciación. En principio, estamos ante un delito activo cuando al tiempo de ejecutarla se actuó con dolo o imprudencia (el lazarillo acompaña al ciego con el fin de dejarle en medio de la calle), aunque ya sabemos que un hacer precedente puede fundamentar la responsabilidad en comisión por omisión (ej. enciende el fuego en el bosque y posteriormente surge en mí la idea de no apagarlo para causar un incendio). En otros casos, aunque concurriera dolo en el momento de la acción, la responsabilidad se fundamentaría en la omisión porque el comportamiento activo es el exigido de acuerdo con las circunstancias. Así, por ejemplo, tras el nacimiento lo exigido de acuerdo con la *lex artis* es cortar el cordón umbilical. Aunque la matrona en el momento de cortarlo supiera ya que no va a pinzarlo, no estaríamos ante un delito de acción, sino ante uno de omisión, pues el comportamiento activo era el correcto.

17. Comenta los casos anteriores siguiendo la idea expuesta.

8. El hacer precedente como fuente de la posición de garante (pensamiento de la injerencia) y su relación con el art. 195.3 cp.

Intentaremos plantear el complejo problema del ámbito de aplicación del art. 11b) (injerencia o hacer precedente como fuente de la posición de garante) a través de la resolución del siguiente caso práctico:

18. **Lee atentamente el siguiente caso práctico.**

Andrés A. salió el día 28 de diciembre de 1998 a tomar unas copas a una barra americana. Allí entabló conversación con Dolores B., conocida como “Katya”, que trabajaba en dicho establecimiento. Tras tomar unas copas, Dolores accedió a ir a casa de Andrés para mantener con él relaciones sexuales a cambio de 100 euros.

Una vez en el piso, se sirvieron unos whiskys. En un momento de descuido de Andrés, Dolores vierte en una copa de éste el contenido de una cápsula de un fuerte narcótico. A los diez minutos de haberla tomado, Andrés se queda dormido. Dolores aprovecha la ocasión para sustraer diferentes objetos valiosos que se hallaban en la casa, así como el dinero en efectivo que encontró.

Cuando se disponía a marchar se percató de que Andrés respira con mucha dificultad y que sufre espasmos musculares. Acercándose a él, observa que tiene alta fiebre y taquicardia. Asustada por el mal aspecto de Andrés y por las complicaciones que podría acarrearle su muerte, huye sin auxiliarle y sin recabar ayuda, abandonando en la vivienda los efectos sustraídos. Andrés muere a la hora de quedar sólo por insuficiencia cardiorrespiratoria.

El informe forense determina que la muerte se produjo a consecuencia de la mezcla del narcótico con alcohol y que la muerte probablemente se hubiera podido evitar de haber recibido la víctima asistencia médica a tiempo.

Cabe destacar que el prospecto del narcótico advertía expresamente que no debía ser mezclado con alcohol, aunque no aludía al riesgo que ello podría entrañar para la vida. Dolores no dio importancia a la advertencia por haber utilizado el fármaco en varias ocasiones con anterioridad en la misma dosis y también mezclado con alcohol, sin que se hubieran producido complicaciones.

19. **Para un correcto análisis puede resultar interesante diferenciar dos partes: ¿qué dos grandes momentos diferenciarías en los hechos narrados?**

El presente caso es, en principio, susceptible de dos calificaciones jurídico penales:

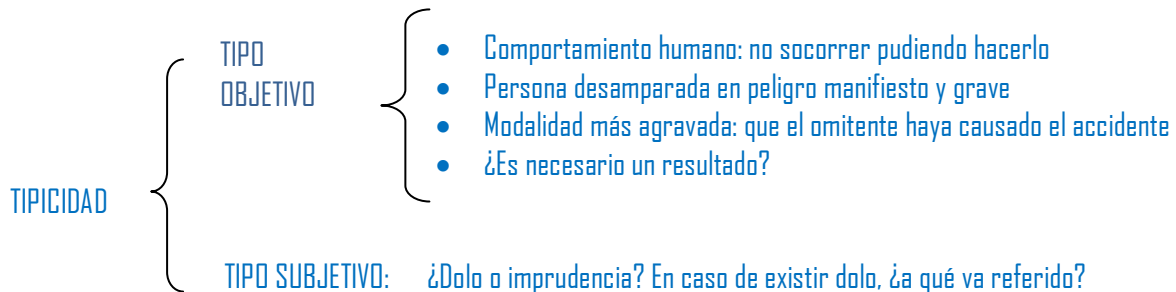
- Homicidio imprudente en concurso (de delitos) con una omisión del deber de socorro cualificada (195.3 CP)
- Homicidio en comisión por omisión

20. **Transcribe el contenido del art. 195.3 CP**

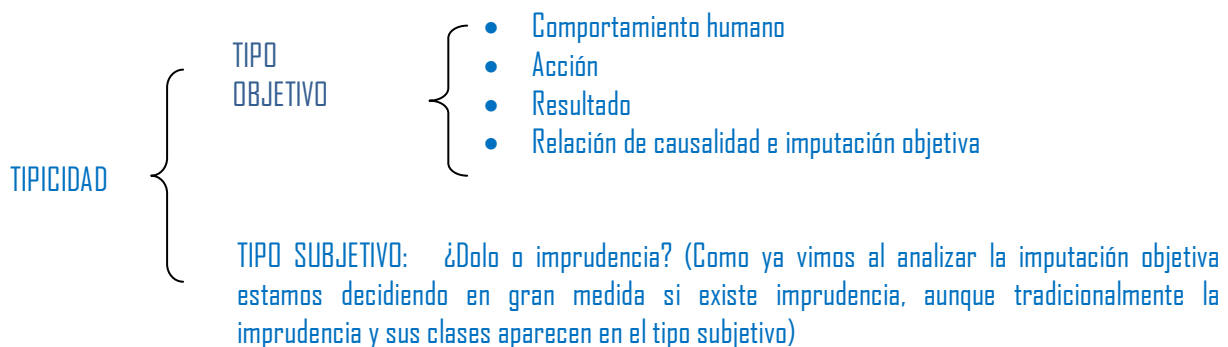
21. **El siguiente cuadro recoge los elementos de la tipicidad de ambas soluciones. Deberás completarlo identificando dichos elementos en los hechos probados, argumentando si concurren o no los referidos elementos típicos, para comprobar así si son posibles las calificaciones propuestas.**

Calificación A: OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO CUALIFICADA (ART. 195.3) EN CONCURSO (DE DELITOS) CON HOMICIDIO IMPRUDENTE

A. OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO CUALIFICADA (195.3)

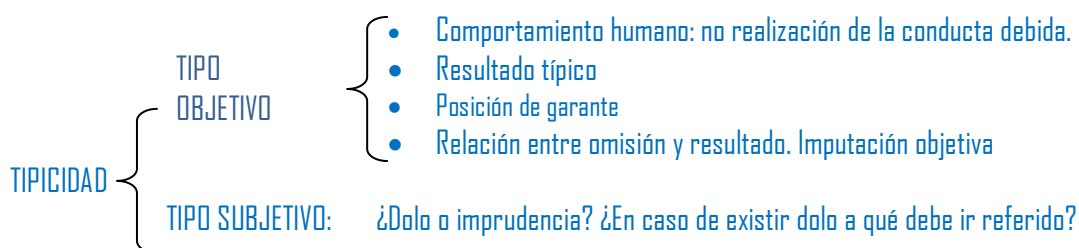


B. HOMICIDIO IMPRUDENTE



Cuestión adicional: ¿Supone una vulneración del *non bis in idem* calificar por homicidio imprudente en concurso con la modalidad agravada de omisión del deber de socorro en atención a que supondría valorar doblemente la conducta imprudente del sujeto activo? Argumenta la respuesta

Calificación B: HOMICIDIO EN COMISIÓN POR OMISIÓN



Como puede apreciarse, el caso propuesto aparentemente podría calificarse de las dos formas propuestas como un homicidio doloso (dolo eventual) en comisión por omisión y también como un homicidio imprudente en concurso con una omisión del deber de socorro. ¿Qué calificación debe prevalecer? Esto plantea el difícil problema de delimitar el ámbito de aplicación del 11 b) en relación con el 195.3. Se han esgrimido diferentes criterios de diferenciación, aunque ninguno totalmente concluyente. **Algunas ideas:**

- Hay casos que claramente caerán en el ámbito del 11 b). Por ejemplo. Unos sujetos secuestran a B. Son detenidos por la policía por otros motivos y no dicen nada sobre el secuestro, por lo que B muere de inanición.
- Hay supuestos de “hacer precedente” que nunca configurarían una comisión por omisión ni una omisión del deber de socorro. Ej. A apuñala a B con intención de matarle. Comprueba que está malherido y le abandona, muriendo desangrado (si le hubiera auxiliado B hubiera podido salvar la vida). El no auxilio posterior en estos casos es una consecuencia lógica del dolo inicial, no configura una omisión autónoma y con relevancia penal, sería más bien un “autoencubrimiento” impune.
- Nótese que es más sencillo fundamentar una omisión del deber de socorro más la responsabilidad por los resultados derivados de la conducta inicial activa que un homicidio en comisión por omisión (ej. causalidad e imputación objetiva, normalmente el dolo se presentará, como mucho, en su modalidad eventual, etc.). En muchos casos, además, puede que el resultado muerte no llegue a producirse, por lo que como mucho podría castigarse por una tentativa (con dolo normalmente eventual) de homicidio en comisión por omisión. Aunque éste, desde luego no es un elemento determinante, la calificación A sería más fácil de argumentar.

Ej. A causa un accidente de coche y se marcha sin auxiliar al herido. En muchos casos el sujeto será auxiliado con posterioridad y no morirá. Para castigar por una tentativa de homicidio en comisión por omisión será necesario que concurra dolo y en muchos casos será difícil de probar ni siquiera el dolo eventual. La mayor practicidad de la solución A explica su mayor aplicación jurisprudencial, aunque es una constatación que no decide el ámbito de aplicación de ambos preceptos ni es definitiva respecto a la cuestión de la mejor solución.

III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto

Te ofrecemos ahora un caso en el que aplicamos los principios que rigen la responsabilidad en comisión por omisión. Además de como caso resuelto, puede servir a su vez de una práctica en la que se podrán poner en común los resultados. Para ello habrá que responder las siguientes cuestiones:

Además de leer atentamente el supuesto de hecho y su análisis, deberás elegir del texto dos ideas básicas de la teoría jurídica del delito que hayamos estudiado o estemos estudiando en la Parte General del Derecho Penal y acompañarlas de un comentario que añada alguna información más a la consignada en el texto. Por último, deberás comparar las ideas destacadas con las escogidas por otro compañero de clase y añadir alguna que no hubieras detectado o recogido y que te parezca interesante.

- Ej. Idea básica de la Parte General: sólo pueden dar lugar a responsabilidad penal las conductas dolosas o imprudentes.
- Comentario: se trata de un principio básico del Derecho penal, que suele conocerse como principio de culpabilidad. El CP lo recoge en el art. 10. Esta exigencia también puede derivarse de la función preventiva del Derecho penal, pues la norma penal sólo puede pretender con éxito que los ciudadanos no realicen aquellas conductas encaminadas a la lesión del bien jurídico o aquellas conductas que generan un riesgo objetivamente reconocible de lesión del bien jurídico.

a. Supuesto de hecho

Joaquín A., de 61 años de edad y de profesión médico, examinó en calidad de tal, en el marco de las prestaciones asistenciales de la Seguridad Social a Jorge B. Jorge, de 20 años, sufría una subluxación congénita de rótula en la rodilla izquierda, lo que originó que el citado médico llevara a cabo una intervención quirúrgica a éste el día 17 de octubre de 1975. Dicha operación se desarrolló con entera normalidad.

Pasados cuatro días Jorge comenzó a quejarse de cosquilleos y dolores en la rodilla que se intensificaron en los días siguientes; mostrándose un cuadro de ligera fiebre, sudores, taquicardia, hiperestesia y envaramiento de la espalda con cierta contractura o agarrotamiento de la mandíbula que le impedía abrir normalmente la boca para comer. Ante los presentes síntomas, Joaquín ordenó que se le suministraran calmantes como “Valium” o “Ansiowar”, estimando que no tenían relación con la operación y que se trataba sólo de algún problema o alteración psíquica.

En tales condiciones y sin que hubieran remitido los mencionados síntomas, sino acentuándose, llegando la taquicardia el día 24 a 130 pulsaciones por minuto, al día siguiente a las 10 de la mañana, procedió el médico a retirar el vendaje y los puntos de sutura y a dar de alta al hospitalizado. Extendió una carta de su puño y letra para el médico de cabecera de Jorge en la que manifestaba que la operación y la cicatrización de la herida habían sido normales, pero añadía textualmente: “estos últimos días ha hecho unos cuadros neuróticos con actitudes y palabras incoherentes, envaramiento de los músculos de la espalda, etc., cuadro que no tiene relación con su afección de la rodilla y creo sólo afecta a su esfera psíquica. Le hemos suministrado “Valium” y posteriormente “Ansiowar”, pero sin resultado. Creo conveniente le vigiles o lo hagas ver por un psiquiatra”.

Al ser dado de alta el día 25 a las cuatro de la tarde fue llevado por sus padres a casa, pero a los pocos momentos, alarmados por la alta fiebre y mal estado general que presentaba, optaron por llamar al médico de urgencias. El médico de urgencias se personó en casa de Jorge a las 3 de la tarde, reconociéndole y apreciándole los siguientes síntomas: envaramiento de los músculos de la nuca con agarrotamiento de la mandíbula y espasmo de los músculos masticadores, arruga en la frente, en la comisura de los ojos y labios con aspecto de risa sardónica, y fiebre alta e hipersensibilidad, diagnosticando sin duda una infección tetánica, aconsejando su ingreso en un centro hospitalario, lo que se llevó a efecto inmediatamente. Su ingreso tuvo lugar a las 8 de ese mismo día diagnosticándosele tétanos del grado XI y pronóstico muy grave. Se le practicó una

limpieza quirúrgica de la pierna, traqueotomía y otros cuidados; sin embargo, Jorge falleció pasada la medianoche.

De la pericial forense se extraen las siguientes conclusiones: el origen de la infección tetánica no se ha determinado, aunque se estima probable fuera quirúrgica por catgut o material de sutura contaminado. No hay prueba de que en la intervención quirúrgica se omitiesen las precauciones usuales de asepsia. Se hizo constar igualmente que el tétano es una enfermedad siempre grave y de alta mortalidad que se cifra en el 50 por ciento aproximadamente, y en los casos más favorables de individuos jóvenes y de buena constitución desciende algo al bajar del 20-25 por ciento.

Análisis y calificación penal de los hechos, de estimarse delictivos.

b. Resolución del supuesto de hecho

I. Evidentemente lo que hemos de averiguar en este caso es si Joaquín es penalmente responsable de la muerte de Jorge, entrando, por lo tanto, en consideración el tipo de homicidio. Para ello, la muerte ha de poder ser reconducida penalmente a algún comportamiento de Joaquín. En la actuación de éste pueden distinguirse dos momentos.

A: Un primer momento sería la acción de operar. Resulta imposible fundamentar la responsabilidad por homicidio en la operación realizada por el sujeto activo, pues, según consta en los hechos probados, no ha quedado acreditado que la infección tetánica tenga su origen en la operación y, además, según el texto, el actuar del médico durante la intervención fue correcto, es decir, la operación se verificó, según la *lex artis*. Textualmente se dice: “de la pericial forense se extraen las siguientes conclusiones: el origen de la infección tetánica no se ha determinado, aunque se estima probable fuera quirúrgica por catgut o material de sutura contaminado. No hay prueba de que en la intervención quirúrgica se omitiesen las precauciones usuales de asepsia”.

Si el médico observó las exigencias higiénicas, tampoco respondería en el supuesto hipotético de que quedara acreditado que el origen de la infección estaba en la utilización de material de sutura contaminado, a no ser que el médico se hubiera dado cuenta o debiera haberse dado cuenta de que dicho material se hallaba contaminado. El responsable sería, por ejemplo, la empresa fabricante del producto si lo había distribuido contaminado, pero no el médico, pues el cirujano puede confiar en que cada cual hace correctamente su trabajo, a no ser que exista algún indicio de lo contrario. Es lo que se denomina “principio de confianza”. En resumen: la responsabilidad por homicidio no puede fundamentarse en la conducta de operar, pues dicha conducta fue diligente y sólo pueden dar lugar a responsabilidad penal las conductas dolosas o imprudentes.

B. Pero asimismo existe un momento omisivo en el supuesto de hecho: no diagnosticar la infección tetánica y, por consiguiente, no aplicar el tratamiento médico adecuado. También existe la posibilidad de fundamentar la responsabilidad penal en un no hacer, en un no llevar a cabo la conducta debida, en este caso la que médicamente hubiera sido prescrita para tratar de evitar el resultado muerte.

Constatada la conducta omisiva, a los efectos de la calificación penal, hay que diferenciar entre los delitos de resultado en comisión por omisión y los delitos de omisión propia (ej. 195CP). La figura de la comisión por omisión permite imputar a un sujeto que, a pesar de estar obligado a ello, no ha adoptado las medidas necesarias para su protección.

Como en este caso lo que nos planteamos es la responsabilidad por homicidio, procede analizar si se podría hablar de un homicidio en comisión por omisión. Los elementos del tipo de homicidio en comisión por omisión se derivan de poner en conexión el delito de homicidio (art.

138, 142 o 621.2 CP) con el artículo 11CP. El art. 11 CP consagra la posibilidad de fundamentar la responsabilidad por el resultado en una conducta omisiva.

II. Pasemos, por tanto, a analizar si concurren elementos del tipo de un homicidio en comisión por omisión.

A. Ya hemos visto que tenemos un comportamiento omisivo y un resultado.

B. Además será necesaria una posición de garante, pues no responde por el resultado todo aquel que no lo ha evitado, sino tan sólo quien tenía el deber de evitarlo. Es lo que se conoce como posición de garante. De acuerdo con el tenor del art. 11, que establece como fuentes de la posición de garante la ley, el contrato o el hacer precedente, no existirían problemas en fundamentar que Joaquín tenía un especial deber de velar por la vida de Jorge y de llevar a cabo las actuaciones necesarias para salvar su vida, en atención a que se trata del médico responsable del postoperatorio, posición laboral asimilable al contrato. No cabe ninguna de que el médico es responsable de mantener controlados los riesgos propios del posoperatorio.

C. Pero además de no haber llevado a cabo la conducta debida (diagnóstico más tratamiento), entre omisión y resultado es necesaria una relación para que el sujeto responda del resultado típico, en este caso la muerte. En los delitos de resultado activos esta relación es la causalidad e imputación objetiva. En los delitos de omisión, el art. 11CP debería interpretarse en el sentido de que no basta una relación formal entre el sujeto activo y el bien jurídico, sino que es necesario una “equivalencia” valorativa y estructural entre la acción y la omisión. Para afirmar esta equivalencia será necesario poder afirmar que la omisión crea un riesgo o bien desestabiliza un foco de peligro, pasando el riesgo de permitido a prohibido (en terminología de la teoría propuesta por Gimbernat). La mencionada equivalencia podría afirmarse en el presente caso pues un sujeto pasivo en una situación de postoperatorio como la que describe el caso supone un foco de peligro que debe ser mantenido en un determinado nivel. La omisión analizada hace que el peligro se des controle con las consecuencias conocidas, al no identificar el médico los síntomas el tétano y no actuar en consecuencia. Podríamos decir que dicha omisión “crea un riesgo o descontrola un foco de peligro”.

Pero hay que seguir precisando la relación entre omisión y resultado que, en principio, se definía como “causalidad hipotética”, afirmándose la relación entre acción y resultado cuando “si el sujeto hubiera realizado la conducta debida y que no realizó, el resultado se hubiera evitado con una probabilidad rayana en la certeza. La aplicación de esta fórmula al supuesto de hecho a analizar, no nos permitiría afirmar dicha relación, pues si el médico hubiera diagnosticado la enfermedad y hubiera prescrito el tratamiento adecuado, no puede afirmarse con una probabilidad rayana en la certeza que la víctima hubiera salvado la vida, dado que, tal y como dice el texto, “el tétano es una enfermedad siempre grave y de alta mortalidad que se cifra en el 50 por ciento aproximadamente, y en los casos más favorables de individuos jóvenes y de buena constitución desciende algo al bajar al 20-25 por ciento”.

La fórmula de la causalidad hipotética conlleva el resultado insatisfactorio de no poder castigar en muchos casos de imprudencias médicas en las que se interviene para reducir un riesgo muy elevado, como ocurre en el supuesto de hecho, por lo que la doctrina ha elaborado otra fórmula, de acuerdo con la cual el resultado sería imputable cuando la conducta omitida hubiera reducido de forma relevante la probabilidad de resultado típico. Esta fórmula, aplicada al caso, nos permitiría imputar el resultado, puesto que si el médico hubiera diagnosticado la infección tetánica y hubiera prescrito el tratamiento adecuado se hubieran reducido del 100% al 20-25% la probabilidad de resultado letal.

Conviene, no obstante apuntar, que esta fórmula tiene sus detractores en el sentido que permite hacer responder a un sujeto por no haber evitado un resultado que no sabemos si en el supuesto concreto se hubiera podido evitar. Esta sería una posible vía para fundamentar la

defensa del médico con argumentos de Derecho penal material. Si bien, no serían argumentos para la teoría del descontrol de la fuente de peligro, puesto que al no haber actuado el médico (como veremos más adelante) de acuerdo con la *lex artis*, habría descontrolado el riesgo de morir por infección tetánica, siendo éste riesgo el que se ha realizado en el resultado, por lo que, afirmada la imprudencia de su conducta no habría problema en hacer responder al médico por el resultado, con independencia de si de haber actuado hubiera evitado la muerte o no.

D. Pero para que el sujeto responda por un homicidio no basta con que con la conducta omitida hubiera podido evitar el resultado o disminuir relevantemente el riesgo de lesión, sino que dicho resultado ha de ser subjetivamente imputable, es decir, tenemos que poder afirmar la presencia de dolo o imprudencia.

Resulta evidente que en el presente caso no concurre dolo directo de primer grado, puesto que el médico no persigue la muerte del paciente. Resulta igualmente evidente que no concurre dolo eventual, puesto que requisito básico para poder afirmar esta figura es que el sujeto sea consciente del riesgo que ha creado, lo que no ocurre en el supuesto de hecho, en el que al médico no es consciente, ni se representa la posibilidad de la infección. Parece más bien que se trata de una imprudencia.

Sin embargo, la presencia de la imprudencia hay que fundamentarla positivamente, sin que baste la afirmación de que el sujeto no quiere el resultado. La imprudencia se define por su contenido propio, siendo necesario que el sujeto haya lesionado el deber de cuidado, creando un riesgo para el bien jurídico lo que hacía previsible desde una perspectiva *ex ante* la producción del resultado. Para valorar este aspecto en el caso concreto, hemos de preguntarnos si un médico de la especialidad de Joaquín en las circunstancias concurrentes hubiera diagnosticado la infección tetánica, es decir, si a Joaquín le era exigible percatarse de dicha infección (en el proceso penal el Juez, habida cuenta de su falta de conocimientos en este terreno, normalmente tendrá que contar con la opinión de expertos). La respuesta parece que ha de ser positiva, pues existían indicios bastante elocuentes (fiebre, sudores, hiperestesia, enervamiento de la espalda, etc, que no remiten con los calmantes suministrados) de que algo no evolucionaba correctamente, ante lo cual la lógica indica que el médico debería haber prescrito una serie de pruebas para averiguar el origen de estas manifestaciones anómalas, sobre todo teniendo en cuenta que se producen en el postoperatorio. Otro indicio para poder afirmar que el médico no actuó con la diligencia debida es que el médico de urgencias, probablemente no especialista en ese tipo de casos, rápidamente diagnostica la enfermedad tetánica.

E. Estas consideraciones nos permitirían afirmar que estamos ante una imprudencia grave y no ante una imprudencia leve. Como sabemos, esta calificación no depende de la entidad del resultado que se ha producido, sino de la entidad del deber de cuidado lesionado, es decir, es una calificación que afecta al desvalor de la acción y no al desvalor del resultado. Aplicando esta idea al caso concreto concluiríamos que estamos ante una imprudencia grave, pues un médico con una formación estándar se hubiera diagnosticado la infección o, como mínimo, hubiera ordenado las pruebas necesarias para averiguar qué iba mal antes de ordenar el alta del paciente. Para ello no hace falta ser un médico especialmente diligente, sino un médico mínimamente cuidadoso.

La conducta de Joaquín podría calificarse, por lo tanto, de un homicidio causado por imprudencia grave, por lo que el tipo aplicable es el art. 142 del CP (el 138 recoge el homicidio doloso y el 621.2 el homicidio producido por imprudencia leve).

Del texto no se deducen la presencia de circunstancias que afecten ni excluyan la antijuridicidad ni culpabilidad, por lo que podemos afirmar que Joaquín es autor penalmente responsable de un delito homicidio imprudente tipificado en el art. 142 del Código penal.

2. Casos para resolver

a. Caso de la zanja abierta

Una contrata de obras de mantenimiento realizando los trabajos de alcantarillado en la calle Arjona de Sevilla. En dicha obra estaba contratado como guardia nocturno Antonio, quien tenía la obligación de vigilar las cuerdas y mantener encendidos los faroles que para seguridad de los transeúntes se ponían alrededor de la zanja abierta en dicha calle. La zanja tenía muchos metros de longitud y dos de profundidad. En la noche del 16 al 17 de mes de febrero, Pedro no colocó los citados faros y la zanja no podía ser vista por falta de luz suficiente. Esa noche al no apercibirse de la existencia de la zanja cayó en ella Francisco produciéndose fractura de la pierna izquierda.

Analiza la conducta de Antonio y argumenta si podría considerarse realizado un delito en comisión por omisión.

b. Caso del joyero

Concha, mayor de edad, contrajo matrimonio con Felipe, titular de un negocio de joyería. En octubre de 1995 Felipe sufre un accidente quedándole como secuelas una tetraplejía que le impedía moverse hasta el punto de necesitar ayuda de otra persona para comer, beber, asearse, administrarse la medicación precisa, realizar sus necesidades fisiológicas y aun simplemente cambiar de posición, por lo que contaba con la atención de dos fisioterapeutas y una empleada de hogar. Tras el accidente, los rendimientos del negocio de joyería fueron disminuyendo hasta tener que venderlo. Las relaciones de Concepción con las dos hijas que su esposo tenía de un matrimonio anterior (ambas, de la misma edad que aquella) fueron desde el primer momento tan tensas que dieron lugar a que ambas dejaran de visitar a su padre. Diferencias económicas y personales provocaron que Concha prescindiera de los fisioterapeutas y de la empleada, retirando además la llave de casa al portero de la finca so pretexto de que pudiera entrar alguien en la vivienda. Concepción se desentendió del cuidado de ésta, dejándola en completo desorden, así como del aseo personal de su esposo.

El día 22 de diciembre de 1995, Concha salió de la vivienda dejando en ella a Felipe y no avisando a nadie de su ausencia. Los dos teléfonos estaban fuera del alcance del enfermo y uno de ellos estaba descolgado. Concha, aun conociendo la dependencia de Felipe, no regresó hasta el día 28 de diciembre, comprobando que su marido estaba muerto, tras comprobar lo cual se marchó nuevamente del piso. El día 30 siguiente, siguiendo el consejo de su abogado, Concepción se personó en el Juzgado de Instrucción en servicio de guardia, refiriendo su particular versión de lo ocurrido.

Fernando Pareja falleció, por insuficiencia respiratoria, en un momento posterior a la salida de Concepción, entre el 22 de diciembre y no más allá del 24 siguiente (Supuesto de hecho de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de abril de 1992 y de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 1994)

1. *Analiza la posible responsabilidad jurídico-penal de Concha.*

2. *Contesta en concreto a las siguientes preguntas:*

a. *¿Cómo podría fundamentarse la posición de garante de Concha? ¿Cambiaría la calificación penal y con ello su responsabilidad si Felipe y Concha no hubieran estado casados?*

b. *¿Podría argumentarse la calificación como autora de una tentativa de homicidio en comisión por omisión en atención al necesario nexo objetivo entre omisión y resultado? Razona por escrito la respuesta.*

c. Caso del colchón ardiendo

Se declara probado que sobre las cinco horas del día 26 de octubre de 1985, los procesados Roberto Ángel M. C. y José Antonio A. S., de 20 y 19 años de edad, respectivamente, y sin antecedentes penales, penetraron con la intención de orinar en el bajo de un inmueble en ruinas sito en la Plaza Marqués de Busianes, número 5, de Valencia y al incendiar un colchón de goma espuma, con el fin de alumbrarse, vieron sentado en un viejo sillón de skay a un vagabundo que resultó ser Francisco Alberto P. P., de 58 años de edad, al que le preguntaron, mientras le daban patadas al sillón, riéndose, cómo se llamaba, vertiendo el procesado José Antonio A. los restos de comida que había en un puchero sobre la cabeza del vagabundo, el cual al hacer ademán de levantarse, recibió una patada en la cara que le propinó el procesado José Antonio A. con las botas que calzaba, tirándolo del sillón, en cuyo apoyacabezas quedaron manchas de sangre, al suelo, huyendo despavorido el citado vagabundo hacia una escalera próxima por donde subió a la primera planta seguido por ambos procesados quienes, al alcanzarlo, le golpearon entre risas mientras el vagabundo les suplicaba «matadme si queréis pero dejadme tranquilo ya», procediendo ambos procesados a arrojarlo por el hueco de un balcón sin barandilla en cuyo marco quedaron manchas de sangre, cayendo aquél, desde una altura de 5,30 metros al suelo del patio donde se hallaba el citado sillón, bajando ambos procesados y, mientras el procesado José Antonio A., que vestía con botas marrones, pantalón tejano azul, camisa a cuadros escoceses rojos, negros y blancos y cazadora caqui con tirantes blancos colgando, pasa primero evitando el colchón ardiendo, el procesado Roberto Ángel M. que vestía con botas de media caña marrones, pantalón negro, camisa blanca, jersey negro, chaqueta gris con tirantes por debajo del jersey, lanza el citado colchón al medio del patio, percatándose de que había caído encima de la persona a la que habían tirado por el balcón, y no obstante ello, sigue hacia la puerta de salida donde le esperaba el procesado A. quien también se percata, al oír los gemidos del vagabundo, de que el colchón ardiendo le había caído encima, abandonando ambos el inmueble. Francisco Alberto P. que como consecuencia de las agresiones sufrió traumatismo en el lado derecho de la cara con un gran hematoma profundo, una herida contusa en la nariz con fractura del caballete nasal, herida contusa en cuero cabelludo de la región occipital y fractura de la cabeza del húmero izquierdo de las que habría tardado en curar al menos 180 días, falleció como consecuencia de las quemaduras el día 6 de noviembre de 1985.

Supuesto de hecho de la STS de 25 abril de 1988.

[Analiza la posible responsabilidad jurídico-penal de los sujetos intervinientes.](#)

d. Caso del atropello

Juan conducía de madrugada su vehículo por la carretera de Cornellá, cuya calzada es estrecha y con arcenes inutilizables, con manifiesta desatención y una velocidad excesiva para el reducido campo visual que a luz de cruce iluminaba. Sin prever la posible existencia de peatones en la calzada, atropelló a Carolina, de trece años de edad, llevándola sobre el capó del vehículo durante 150 metros y causándole diversas lesiones, dándose a la fuga no obstante ser consciente del accidente. Posteriormente regresó al lugar de los hechos y colaboró en la búsqueda de la menor junto con otras personas. Juan encontró a Carolina y la llevó a un cobertizo reteniéndola durante diez días sin atención médica. Ante lo insalubre y frío del lugar, Carolina contrajo una neumonía, lo que junto a las lesiones causó su fallecimiento. El informe pericial indicó que una intervención quirúrgica a tiempo de las heridas hubiera permitido una recuperación de la menor sin mayores problemas.

[El Tribunal Supremo condenó a Juan, entre otros, por un delito de homicidio en comisión por omisión. ¿Estás de acuerdo con esa calificación?](#)

e. Caso de la madre que no interviene

En la jurisprudencia encontramos bastantes casos de la madre que no impide la violencia del padre o de su pareja sobre sus hijos. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de marzo de 2005 declaró autora de un delito de lesiones y otro de detención ilegal a la madre de una niña de diez años que no reaccionó ante la situación de barbarie a la que su compañero sentimental sometía a la niña, a quien golpeaba con objetos contundentes, quemaba con cigarrillos y mantenía atada con una cuerda al cuello.

1. ¿Crees que, en términos generales, es correcta esta calificación?
2. ¿Crees que podría castigarse también como autora de un delito de agresión sexual (por. ej. arts. 183 y ss.) en comisión por omisión a la madre que no impide las agresiones sexuales a las que su compañero sentimental somete a su hija de doce años? ¿Existe alguna diferencia sustancial entre este caso y el anterior?

f. El caso de Daniel y Oscar

Se declara probado que Antonia F. J. afecta a una psicopatía de carácter leve, contrajo matrimonio en Suria el 19 de febrero de 1983 con José A. D., fijando su domicilio conyugal en la calle Santa Lucía de Manresa, conviviendo en el mismo además del matrimonio los dos hijos Daniel y Oscar A. F., nacido el primero el 29 de agosto de 1979 y el segundo el 3 de octubre de 1980, que la mujer había obtenido fruto de sus relaciones anteriores con personas no identificadas, a pesar de lo que, el marido, impulsado por su amor conyugal quiso reconocerlos, actos que efectuaron expresamente y de un modo conjunto el 26 de febrero de 1983 en el que se incoó expediente en virtud de aquella petición inscripcional y fuera de plazo formándose un núcleo familiar integrado por los cuatro miembros y en el que el padre realizaba las funciones propias del hogar y las derivadas del cuidado, alimentación, limpieza, higiene y vestir a los niños, y mientras que la mujer trabajaba como camarera de un bar de los denominados de alterne, confirmándose esta vida familiar hasta noviembre de 1985 en que ambos cónyuges llegaron al acuerdo amistoso de cesación en la convivencia conyugal, quedando los niños bajo la guarda y cuidados de la madre dándole efectividad fáctica a lo convenido en la indicada fecha, permaneciendo la madre y los hijos en el domicilio que fuera el conyugal al cual acudía el marido en diferentes ocasiones para recoger sus pertenencias de uso personal y contactar con los niños a los que llevaba a jugar en las inmediaciones exteriores de la vivienda, siendo la última vez a primeros de febrero de 1986; Antonia F. una vez cesada su convivencia matrimonial, compartió su vida con Juan C. B., en diferentes estamentos de establecimientos de hostería, primero en el Hostal la Masía, después en casa de unos conocidos suyos, llegando a concederle a uno de ellos un préstamo para la obtención de un piso y en el Hostal Mundial, todos ellos de Manresa y en otros situados en diferentes localidades cercanas a la citada ciudad, a la que ambos acudían días esporádicos y sucesivos y mientras la procesada se encontraba trabajando en el bar Barón Rojo de Cardona obteniendo unos ingresos mensuales de 100.000 pts- aproximadamente fuera de su casa y en compañía de su amigo con el que mantenía y le unían relaciones sentimentales íntimas y al que le manifestaba que sus hijos se encontraban bajo el cuidado de su abuela en Granollers, éstos se hallaban solos en la vivienda sin la presencia en la misma de las más elementales condiciones higiénicas, sanitarias y alimenticias y necesidades que precisaban además de estar huérfanos y ausentes de sus más mínimos cuidados infantiles, soledad que se prolongaba por espacios más o menos largos, siendo sabedora y consciente de todo ello la acusada hasta que a mediados de marzo de 1986, la pareja, efectuando una de sus múltiples excursiones, se desplazó a Sitges, localidad en la que se encontraban el día 30 de marzo de dicho año, cuando el Cuerpo Superior de Policía de Manresa alertado por la denuncia auxiliadora de una de las vecinas de la

casa en donde se hallaban los niños totalmente desamparados y abandonados, llorando desde hacía unos dos días y llamando a su madre, procedió previa colaboración de los servicios del parque de bomberos de la indicada ciudad, a la averiguación y esclarecimiento de los hechos, efectuando para ello las llamadas oportunas en el indicado domicilio, y contestando desde su interior uno de los niños demandando auxilio, el cual al no poder abrir la puerta procedieron aquéllos a penetrar en el interior de la vivienda a través de una ventana exterior, y una vez en su interior, se observó, que las demandas de socorro procedían de una habitación en la que para penetrar en ella había que romper previamente una cuerda que amarrada fuertemente sujetaba los picaportes de las hojas que componían la puerta de entrada a aquélla, permitiendo solamente un resquicio de unos quince centímetros entre ambas, careciendo dicha habitación de luz eléctrica, encontrándose sus ventanas y contraventanas totalmente cerradas, así como todo su conjunto en completo desorden y abandono, hallándose en su interior el cadáver del menor Oscar, envuelto en una manta en una posición encogida similar a la fetal y de aspecto esquelético con desaparición de su tejido subcutáneo corporal y con el muscular totalmente reducido, siendo la causa de su muerte la grave inanición sufrida como consecuencia de su desnutrición anterior, habiendo logrado su hermano Daniel por ser mayor que él supervivir, aunque hubiere fallecido en breve espacio temporal si hubiera permanecido en la casa en aquel estado de desnutrición, suciedad y frialdad, al haber podido salir de la habitación por aquel pequeño resquicio que la puerta con la cuerda atada le dejaba, presentando un aspecto totalmente desnutrido y casi esquelético con inexistencia de grasa y con un peso y talla por debajo de la normalidad, sufriendo un grave traumatismo psíquico, ya no solamente por su estado, sino, por haber presenciado y sentido su impotencia y la de su hermano en la angustia de su muerte, dejándole como secuelas psíquicas un evidente retraso en el lenguaje y en la adquisición de sus aprendizajes psicomotores, unido a una inmadurez futura con cierto déficit mental.

Supuesto de hecho de la STS 30 junio 1988

[Analiza la posible responsabilidad jurídico-penal de los intervinientes.](#)

g. [El caso de Samba Martine](#)

El Juzgado de Instrucción num. 30, a fecha 30 de abril de 2012, instruye diligencias para dilucidar la responsabilidad penal por la muerte de Samba Martine. Dado que el resultado final ha sido la muerte y que ésta no se ha producido mediante una acción, sino que el reproche será el “no haber actuado”, habrá de investigarse si se dan los requisitos de un homicidio en comisión por omisión.

Tomado de la prensa:

UN JUEZ EXIGE INFORMACIÓN AL SERVICIO SANITARIO DEL CIE DE ALUCHE

Los médicos del CIE descartaron nueve veces la gravedad de la interna fallecida

Samba Martine fue trasladada al Hospital 12 de Octubre seis horas antes de morir

Mónica Ceberio Belaza Madrid 24 ENE 2012

La congoleña Samba Martine falleció a los 41 años en el hospital 12 de Octubre de Madrid el pasado 19 de diciembre. Ocurrió sobre las siete y media de la tarde. A la una, solo seis horas y media antes, había ingresado en ese hospital, al que había sido trasladada desde el Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) de Aluche (Madrid), en el que estaba internada para ser expulsada del país. Martine llevaba desde el 12 de noviembre, más de un mes, encerrada en el centro y, desde el primer día, se había quejado de distintas dolencias, como acredita el informe del servicio médico del CIE, elaborado tras su fallecimiento, que refiere hasta 10 visitas de la mujer precisando asistencia.

Los síntomas que constan en el escueto primer informe, de apenas folio y medio, son generales: cefaleas, estreñimiento, gases, dificultad para dormir, dolor de garganta, un cuadro catarral leve con el que ingresó en el CIE... En el informe solo consta que en una de estas visitas, llevada a cabo el 14 de diciembre,

estuvo acompañada de intérprete. Sobre las otras nueve no se dice nada. Y, según la documentación policial sobre Martine, esta no hablaba español.

Los últimos días antes de fallecer acudió en tres ocasiones quejándose de dolor de cabeza. Finalmente, el día 19, una agente de policía la vio en el comedor, se dio cuenta de que se encontraba mal y la acompañó al consultorio médico del centro —un servicio externalizado en manos de la empresa Servimedes—, según relató después la propia agente. La mujer estaba hiperventilando. La trataron con diazepam, oxigenoterapia y metamizol y, “en vista de que no mejoraba la hiperventilación”, la remitieron al hospital 12 de Octubre a las 12 de la mañana”. Fue trasladada en un coche de la policía y no en una ambulancia.

La coordinadora de la Cruz Roja que trabaja en el CIE ha relatado después a la policía que sabía que la mujer “estaba enferma desde hacía tres semanas”, que la vio en una camilla del servicio médico, que no le pareció “oportuno” el traslado en un coche policial y que “tendría que haber sido trasladada en ambulancia”.

Aún no hay una conclusión definitiva sobre la causa de la muerte

Los propios policías del CIE, según el relato de la coordinadora de la ONG, debieron ver mal a la mujer, porque preguntaron a la enfermera si Martine se encontraba en situación de ir en un vehículo no acondicionado para el traslado de enfermos y si no sería mejor pedir una ambulancia. La enfermera contestó que no presentaba síntomas tan graves. Los agentes insistieron, preocupados por quién sería el responsable si a la interna le sucedía algo durante el traslado. La enfermera respondió que no se preocuparan, que Martine no se encontraba “tan mal, ya que había subido por su propio pie al servicio médico”, según consta en las declaraciones de la coordinadora de Cruz Roja, que afirma, sin embargo, que la mujer hiperventilaba continuamente. Cuando fue ingresada en el hospital, según el informe del 12 de Octubre, padecía “insuficiencia respiratoria, bajo nivel de consciencia, hipoglucemia severa y acidosis metabólica”. Horas más tarde falleció.

Tras la muerte, la hipótesis que manejó en un principio el hospital fue la de la meningitis, por lo que se trató a los policías, trabajadores e internos del CIE para prevenir el contagio. Después, el hospital cambió el diagnóstico al de “neumonía neumocócica”, y más tarde se señaló que la muerte podría haber sido provocada por una infección derivada del VIH —Martine era seropositiva—.

La autopsia, que no ha llegado a una conclusión definitiva, no habla de meningitis. El informe del 20 de diciembre de 2011 del Instituto Anatómico Forense señala que la causa de la muerte podría estar en el riñón; que podría tratarse de “una nefritis intersticial que evolucionó a un cuadro de septicemia con posterior shock séptico y muerte por parada cardiorrespiratoria”. La forense recogió sangre y contenido gástrico para realizar un estudio toxicológico y tomó muestras de tejido para llevar a cabo pruebas adicionales. El resultado definitivo aún no ha llegado al juzgado.

La muerte de Martine está siendo investigada por el juzgado 38 de Madrid por si los hechos pudieran constituir un delito de negligencia médica. Pero, además, los tres jueces que ejercen de forma rotatoria el control sobre el CIE también se han interesado por el caso. Uno de ellos, el titular del número 6, Ramiro García de Dios, requirió “de forma urgente” a la doctora jefa del centro el pasado 16 de enero para que le informara sobre los médicos que asistieron a Martine en cada una de las 10 visitas; sobre los medios técnicos de los que dispone el CIE para realizar las exploraciones; sobre los concretos medios técnicos que se utilizaron en el caso de la congoleña; y cómo se entendieron con ella los días en los que no consta que hubiera intérprete.

La doctora ya ha respondido. En ocho de las visitas, Samba Martine fue atendida por médicos, y en dos —una de ellas la del día anterior a su fallecimiento—, por una enfermera. No se especifican en cada caso los medios técnicos que se utilizaron en los diagnósticos. Y, sobre la cuestión del idioma, la doctora jefa del servicio, María de los Ángeles de Andrés Ventosa, señala que “la comunicación con doña Samba Martine se realizaba con mediación de Cruz Roja en unas ocasiones, a través de una compañera en otras, y en alguna ocasión mediante el poco francés que se habla en la consulta y el lenguaje no verbal”. Algunas ONG se plantean personarse en el procedimiento para seguir de cerca la investigación del caso.

Lección 11^a

EL ITER CRIMINIS

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Introducción
 - 2. Fases de realización del delito: primera aproximación
 - 3. Fundamento y técnica del castigo de la tentativa y de los actos preparatorios
 - 4. Los actos preparatorios punibles
 - 5. La tentativa: principios rectores
 - 6. El comienzo de ejecución: la delimitación de la tentativa frente a los actos preparatorios
 - 7. Elementos del tipo en la tentativa
 - 8. Especial consideración de la denominada “tentativa inidónea”
 - 9. El desistimiento
 - a. Eficacia del desistimiento: la evitación del resultado
 - b. Voluntariedad del desistimiento
 - c. El desistimiento en la participación delictiva
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto
 - 2. Casos para resolver
 - 3. Manejando la jurisprudencia

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Esta lección deberá prepararse por el alumno por anticipado. Su extensión impide que se planteen en los materiales todas y cada una de las cuestiones implicadas, por lo que es imprescindible completar los materiales y las explicaciones en clase con la bibliografía recomendada y realizar las prácticas con detenimiento.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

1. Introducción

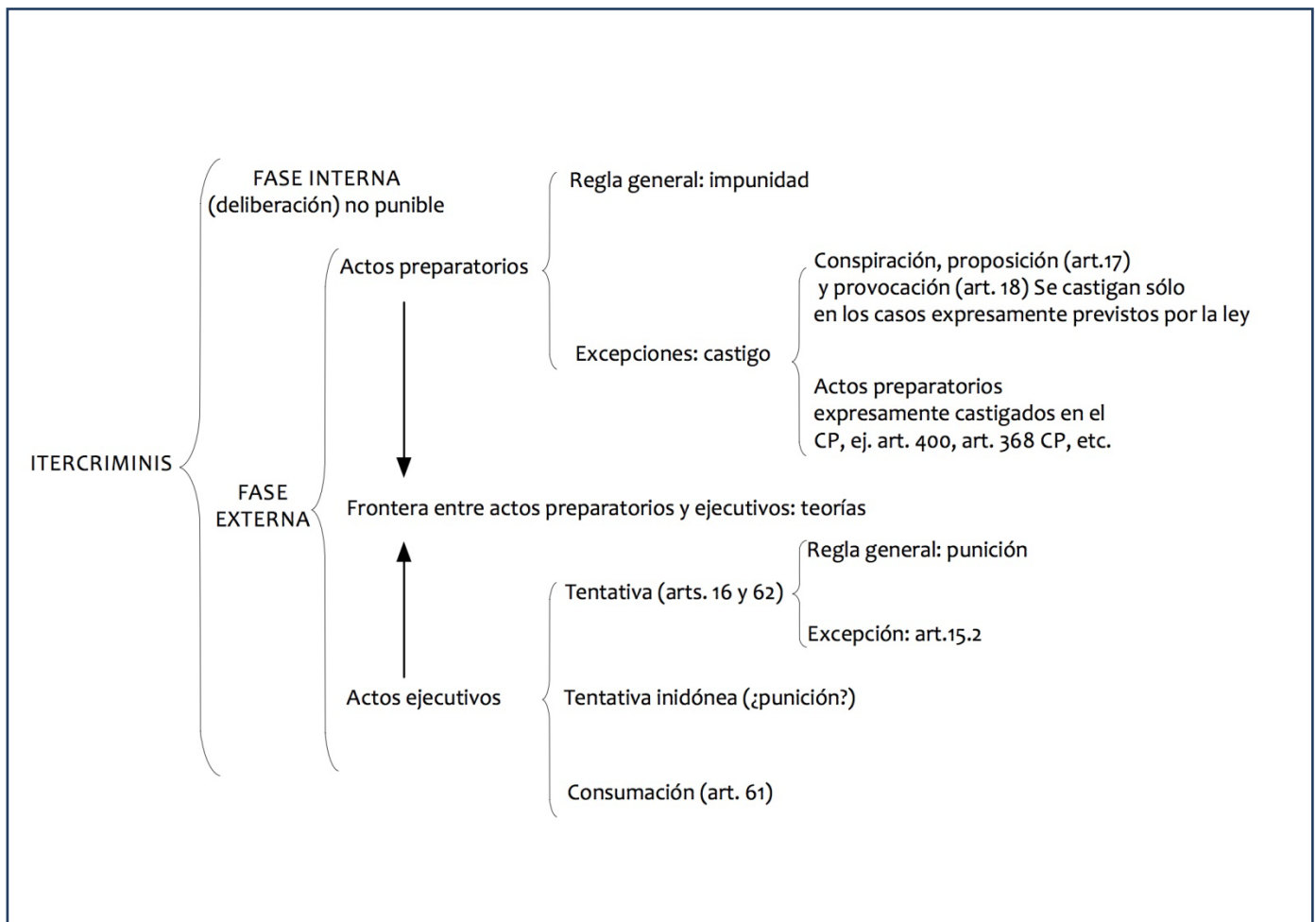
Hasta ahora hemos venido utilizando supuestos en los que de la conducta del sujeto derivaba un resultado, pero el sujeto no siempre responde por el delito consumado. La realización de un delito (doloso) es un proceso que se desarrolla en el tiempo. Desde que el autor concibe la idea criminal hasta que realiza el delito de modo completo, la acción dolosa pasa por una serie de fases o etapas distintas más o menos presentes y más o menos duraderas. Este conjunto de fases o etapas de desarrollo del delito es lo que se denomina *iter criminis* (camino hacia el delito).

En relación con las fases de realización del delito se plantean numerosas cuestiones a las que intentaremos aproximarnos en lo sucesivo.

1. ¿Has visto la película *Ocean's Eleven*? Si no es así, intenta conseguirla y verla. Es un magnífico ejemplo para ilustrar las lecciones 11ª y 12ª del programa: *iter criminis* y autoría y participación.
2. Primero intuitivamente, y después de forma razonada, trata de decidir a partir de qué momento la conducta de A podría ser objeto de sanción penal
 - a. A, debido a su fundamentalismo político, decide librarse del político B.
 - b. Para ello consigue comprar en el mercado negro una rifle de mira telescópica con el que piensa acabar con B.
 - c. A averigua que en un par de semanas B dará un mitin en una plaza pública, por lo que acude a dicha plaza para buscar un lugar adecuado para disparar, encontrándolo finalmente en la azotea de un edificio abandonado desde donde podría alcanzar a su víctima.
 - d. El día del mitin, previsto para las 12:00 h., A se levanta a las 8:00 h de la mañana y a las 10:00h ya está escondido en la azotea.
 - e. A las 11:30 empieza a montar las piezas del fusil y a probar cómo apuntar y sujetarlo.
 - f. A las 12:10 h aparece el político e inicia el discurso.
 - g. A apoya el arma sobre la valla de la azotea y mira a través de la mirilla y coloca suavemente el dedo en el gatillo.
 - h. Dispara, pero falla y la bala no produce ningún daño.
 - i. Es detenido por la policía

2. Fases de realización del *iter criminis*: primera aproximación

Podemos representar las diversas fases del *iter criminis* a través del siguiente ESQUEMA:



Ya desde un principio es posible distinguir dos grandes fases en la realización del delito: **fase interna** (fase de deliberación, de gestación del delito en el fuero interno del agente) y **fase externa** (fase en que el sujeto comienza a realizar actos externos encaminados a la realización delictiva).

La fase interna no interesa al Derecho penal (*cogitationis poenam nemo patitur*). Dentro de esta fase externa se pueden distinguir, a su vez, dos grandes etapas o fases: **fase preparatoria** y **fase de ejecución**.

3. Identifica la fase interna y la fase externa en el supuesto del francotirador.

La **fase preparatoria** es una fase intermedia, que no tiene por qué producirse necesariamente, entre la fase puramente interna (se ha traspasado la esfera de la simple deliberación) y la fase de ejecución material del delito. Esta fase se inicia cuando el sujeto realiza los llamados *actos preparatorios*. P. ej., comprar el veneno, vigilar a la víctima, observar el lugar del crimen, prepararse una coartada. El sujeto que compra un veneno

está realizando un acto de preparación de la muerte, pero no se puede decir que haya comenzado a ejecutar la acción de matar; el que vigila para conocer los hábitos de la futura víctima de un secuestro no está privando de libertad, etc.

Por **regla general, los actos preparatorios no se castigan**, con las excepciones que se precisarán en el epígrafe correspondiente, sobre todo las figuras de la conspiración, provocación y proposición cuando su punición está expresamente prevista.

La **fase de ejecución** se inicia cuando el autor realiza los primeros *actos ejecutivos*, esto es, aquellos actos que suponen un inicio de la conducta típica (matar, sustraer la cosa mueble ajena, etc.).

Dentro de la fase de ejecución podemos encontrar dos situaciones distintas: tentativa y consumación.

- La **tentativa** se puede definir como la ejecución completa o incompleta sin éxito. A diferencia de los actos preparatorios, **la regla general es el castigo de la tentativa**. El autor realiza todos o parte de los actos ejecutivos, pero sin éxito, esto es, sin producir como resultado el delito. Ej.: el autor coge el arma, apunta, dispara, pero la pistola se encasquilla y no llega a producirse la muerte. O bien, el autor coge el arma, apunta y, en este momento, un tercero interviene arrojándolo al suelo e impidiendo el disparo. O bien, el autor coge el arma, dispara y alcanza a la víctima que es operada de urgencia en el hospital salvando la vida.
- La **consumación** se puede definir como la ejecución completa con éxito, es el momento en el que se realizan en el hecho todos los elementos que exige el correspondiente tipo penal, de modo que el hecho encaja de modo pleno en el tipo. Ej., el autor coge el arma, dispara y la víctima muere en el acto. La consumación marca el momento en el que el hecho despliega todas sus consecuencias penales.

Dado que los actos preparatorios por regla general son impunes y los actos ejecutivos generalmente punibles, resulta sumamente importante señalar **la frontera entre lo actos preparatorios y los ejecutivos**, decidir en qué momento del *iter criminis* se pasa de la fase preparatoria a la fase ejecutiva, es decir, señalar la frontera entre ambas fases, cuándo comienza la tentativa.

En los epígrafes siguientes desarrollaremos estas figuras y los principales problemas del *iter criminis*, cuyas líneas generales acabamos de señalar.

4. Considera la siguiente línea una línea del tiempo, intenta situar en ella las distintas fases del *iter criminis* en el caso del francotirador.

A decide librarse de B

Dispara pero falla

3. Fundamento y técnica del castigo de la tentativa y de los actos preparatorios

Por regla general, los tipos delictivos que recoge el Código penal y otras leyes penales describen delitos consumados (ej. el que matare a otro -art. 138 CP-) y la pena que establecen lo es para los supuestos de consumación. Si no existieran los arts. 17, 18 y 16 CP, no podría castigarse, por ejemplo, la conspiración al homicidio o la tentativa de homicidio, porque, como hemos dicho, los tipos penales describen normalmente delitos consumados, siendo el resultado un elemento del tipo. Por eso se dice que los referidos preceptos son **normas extensivas** de la responsabilidad penal, en cuanto amplían el castigo a conductas (conspiración, proposición o provocación y tentativa) que no serían subsumible directamente en el tipo penal en cuestión.

Dichos preceptos son, además, **normas accesorias**. Así, por ejemplo, **no existe un delito de tentativa sin más, existe una tentativa de homicidio, una tentativa de robo, etc. Tampoco existe un delito de conspiración, sino, por ejemplo, una conspiración para el robo, una conspiración para el homicidio, etc.**

¿Cuál es el **fundamento** del castigo de las fases anteriores a la consumación: el fundamento del castigo de la tentativa de delito así como incluso la de determinados actos preparatorios? Dicha punición suele fundamentarse en la finalidad preventiva del *ius puniendi*. Se castigan fases anteriores a la consumación para intentar evitar, mediante la función de motivación de las normas de conducta, no sólo la lesión del bien jurídico, sino ya la realización de conductas que puedan resultar peligrosas para el bien jurídico.

No obstante, dicha anticipación de la tutela penal ha de venir modulada en atención a ciertos límites de naturaleza garantística que permitan llegar a una síntesis razonable entre esa finalidad legítima de prevención y el respeto a la libertad de actuación de la persona. Esos límites son fundamentalmente dos:

- Principio de lesividad: sólo aquellas conductas que conlleven un cierto riesgo para la indemnidad de los bienes jurídicos habrán de ser sancionadas bajo pena.
- Principio *cogitationes poena nemo patitur*: el Estado debe respetar el fuero interno de la persona, sin que resulte legítimo el castigo de la mera exteriorización de las ideas o de las intenciones criminales. Sería una concreción del principio de lesividad.

Desde la premisa de que la finalidad esencial del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, el castigo de las conductas de tentativa y determinados actos preparatorios se limitará a los supuestos en los que puede apreciarse en los actos preparatorios o ejecutivos un riesgo para el bien jurídico, excluyendo del ámbito de lo punible conductas que sólo manifiestan una intención criminal exenta de peligro en el caso concreto. Es la tesis que defienden las denominadas **teorías objetivas**.

4. Actos preparatorios punibles

Regla general: los actos preparatorios son impunes (ej. comprar un raticida, un cuchillo para matar, seguir a una persona para preparar un secuestro, obtener una información para penetrar en el banco que se piensa atracar, etc.). Esta regla general de la impunidad quizá responda al carácter equívoco que generalmente tienen estos actos (no resulta evidente por sí mismo para qué alguien compra un cuchillo), unido a la lejanía de estos momentos respecto a la lesión del bien jurídico.

5. Argumenta si puede castigarse o no a A, quien, tras decidir quitar la vida a su marido, adquiere un producto tóxico que en determinadas dosis puede tener carácter letal, confesando a su amiga, B, su intención de matar a su marido en la primera buena ocasión que se le presente. B, que ha grabado dicha conversación, acude a la policía.

Dicha regla general conoce **excepciones**. Es decir, hay determinados actos preparatorios que sí resultan punibles.

1. En primer lugar, **aquellos actos preparatorios expresamente tipificados como delitos autónomos** por el Código penal u otras leyes penales. Ej. el art. 400 CP castiga la mera tenencia de útiles, materiales, máquinas, programas de ordenador, etc. especialmente destinados a la comisión de falsificaciones. El art. 371 CP castiga la posesión de equipos, materiales, sustancias, etc. que van a ser utilizadas para el cultivo o la fabricación ilícita de drogas. El art. 564 castiga la tenencia de armas de fuego careciendo de permiso o licencia, etc.
2. En segundo lugar, cuando en dichos actos preparatorios intervienen varias personas, revistiendo su intervención la forma de conspiración, proposición (art. 17 CP) o provocación (art. 18 CP) y estando expresamente previsto la punición de estos actos preparatorios respecto al delito concreto en cuestión. Es decir, el Código penal (al igual que sucedía con la imprudencia) sigue un sistema de números *clausus* para la punición de los actos preparatorios: sólo se castiga la conspiración, la proposición y la provocación y sólo cuando así esté expresamente previsto en la regulación del delito en cuestión (art. 17.3 y 18.2 CP).

Artículo 17.

1. *La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.*
2. *La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.*
3. *La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley.*

Artículo 18.

1. *La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.*
Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.
2. *La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.*

Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

6. Lee los arts. 141, 151, 304 y 373 CP. ¿Cuál es la pena que prevé el legislador para los actos preparatorios? ¿Por qué crees que esa pena es inferior a la prevista en los delitos preparados (homicidio, lesiones, detenciones, etc.)?
7. Consulta tu Código penal y contesta las siguientes preguntas: ¿es punible la conspiración para el delito de aborto? ¿y la conspiración para el delito de estafa? ¿y la provocación a un delito de detenciones ilegales?

A pesar de la aparente simplicidad de los arts. 17 y 18 CP, la calificación de una determinada conducta como conspiración o proposición plantea algunos **interrogantes** que tan sólo nos limitamos a apuntar (y que podrán entenderse mejor tras la lección dedicada a la autoría y participación). Estas dudas puedes consultarlas en el material bibliográfico recomendado.

Respecto a la conspiración se plantea si, para poder ser castigado alguien como conspirador, su papel en el delito planeado ha de consistir en la realización de actos ejecutivos o no es necesario. Para poder calificar a A de conspirador en un robo, ¿su papel ha de consistir simplemente en aportar el número de la caja fuerte o ha de realizar actos ejecutivos de robo (intimidar, sustraer el dinero, etc.)?

En relación con la proposición, fundamentalmente se plantea si el art. 17.2 CP incluiría supuestos en los que una persona que no tiene intención de participar con actos ejecutivos en la realización del delito convence a otro para cometer un delito, siendo éste quien realizará actos ejecutivos según el plan trazado; o, si, por el contrario, quien propone deberá participar en la ejecución del delito. (Sobre esta cuestión *vid.* la Sentencia transcrita al final de esta lección).

Como regla general, puede afirmarse que para que un sujeto pueda ser castigado por los actos preparatorios realizados, **no tiene que haber dado comienzo la fase ejecutiva**. Del mismo modo que a quien mata a una persona no se la sanciona por tentativa de homicidio y homicidio consumado (sería un *bis in idem*), tampoco a quien realiza un acto preparatorio punible se le puede sancionar por el mismo si, además, comenzó la ejecución del delito. Las fases posteriores del *iter criminis* absorben a las anteriores.

8. Lee los siguientes supuestos. Teniendo en cuenta los artículos 17 y 18, así como los artículos 234 y ss. del CP, ¿cómo calificarías los siguientes casos?
 - a. A y B trabajan juntos en un banco, por lo que conocen su sistema de seguridad. Cansados de trabajar, en la comida del jueves deciden aprovechar esa circunstancia y robar el domingo saboteando el sistema de alarma. El domingo, mientras se dirigían juntos al banco en el vehículo de B, sufren un accidente e ingresan en el hospital con lesiones graves.
 - b. A ha decidido robar el banco el domingo saboteando el sistema de alarma. En la comida del jueves propone a B robe el banco con él. B declina la invitación
 - c. A es entrevistado en la televisión, donde incita al público indignado a que se lleve todo lo que pueda de las tiendas como forma de denunciar el capitalismo.

Variaciones de los ejemplos:

- a. ¿Cómo se calificarían los hechos si en el supuesto a, A y B lograran entrar al banco, pero fueran detenidos por la policía antes de salir del mismo?
- b. ¿Cómo se calificarían los hechos si en el supuesto b, B aceptase y A y B fueran detenidos por la policía el domingo mientras estaban robando en el banco?

- c. ¿De qué respondería A, si en el supuesto c, 20 personas influidas por sus soflamas anticapitalistas hubieran visitados los almacenes “El Corte Inglés” y se hubieran llevado prendas por un valor de 2.000 euros?

5. La tentativa: principios rectores

La **tentativa** de delito aparece regulada en los artículos 15, 16 y 62 del CP.

Artículo 15.

1. *Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.*
2. *Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio.*

Artículo 16.

1. *Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.*
2. *Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.*
3. *Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.*

Artículo 62.

A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

Dicha regulación incorpora los siguientes puntos de partida:

1. En lo tocante a la **penalidad**, establece el legislador una **punición general de la tentativa**, respecto a todos los tipos de la parte especial constitutivos de delito, y una **atenuación obligatoria** de la pena de la tentativa respecto a la del delito consumado (la pena inferior en uno o dos grados).
2. **No existe un delito de tentativa**, sino un delito concreto en grado de tentativa, que se articula poniendo en relación el delito en cuestión con la previsión general de la tentativa (art 16 CP) Ej., si A dispara contra B pero la bala no da en el blanco, A respondería por un delito de homicidio en grado de tentativa, o lo que es lo mismo, por una tentativa de homicidio, calificación que se articula poniendo en relación el art. 138, que contempla el tipo de homicidio, con el art. 16 CP, que establece la punición de la tentativa.
3. Para poder hablar de tentativa, tienen que **haber comenzado los actos ejecutivos**, el comienzo de la tentativa supone pues el comienzo de la fase ejecutiva. La cuestión clave de **cuándo se puede hablar de inicio de ejecución** se abordará en el epígrafe siguiente.
4. Según la definición del art. 16 CP, existe tentativa tanto cuando el sujeto da inicio a la ejecución pero **no practica todos los actos que debieran producir el resultado**

(lo que en el Código penal anterior se denominaba tentativa en sentido estricto y hoy se denomina “**tentativa inacabada**”). P. ej., A se ha propuesto matar a B distribuyendo la dosis letal de veneno en cinco tomas, a la tercera toma B se da cuenta de que está siendo envenenado y acude a la policía. O A fuerza la puerta de la casa de B para sustraer los efectos de valor que encuentre, sin embargo, es sorprendido por la policía antes de que pueda apropiarse de dichos efectos y huir con ellos. También hay tentativa cuando el sujeto **practica todos los actos que deberían haber producido el resultado**, pero éste no se produce (como veremos posteriormente, por causas diferentes a su desistimiento). Este supuesto en el Código penal anterior se conocía como frustración, terminología de la que ha prescindido el CP actual. La doctrina se refiere a estos supuestos como “**tentativa acabada**”. P. ej., A dispara a B, pero no da en el blanco, A consigue completar todas las dosis hasta alcanzar la cantidad letal de veneno, pero B no muere debido a la rápida intervención médica. El Código penal no diferencia expresamente entre tentativa acabada e inacabada, siendo ésta una distinción útil a efectos analíticos. En cuanto a las consecuencias jurídicas, puede ser un criterio para la determinación de la pena (en tanto el art. 62 CP establece que se bajará en un o dos grados atendiendo al peligro inherente al intento y al *grado de ejecución alcanzado*).

5. Se introduce un criterio *objetivo* en la definición del comienzo de la realización típica, con la clásica fórmula de principio de ejecución: “da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores”.
6. Se regula expresamente la figura del *desistimiento*, que estudiaremos en el epígrafe correspondiente.

9. Señala de qué preceptos se infieren los principios señalados.

6. El comienzo de ejecución: la delimitación de la tentativa frente a los actos preparatorios

Si, conforme al Código penal, la regla es que se sanciona la tentativa y que los actos preparatorios son impunes, es fundamental trazar la línea que separa la preparación de la ejecución del delito. El CP en su art. 16 acoge para definir cuándo hay tentativa (fase de ejecución) la fórmula del “**comienzo de la ejecución**”, de carácter eminentemente objetivo, al exigir que el sujeto “dé principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores”.

Esta definición implica la necesidad de ver cómo el tipo penal describe la conducta típica: matar, entrar en morada ajena, etc. Hay delitos cuya descripción incluye determinados medios comisivos, por ejemplo, las agresiones sexuales, que consisten en tener relaciones sexuales a través de la violencia o intimidación. En estos casos se entiende mayoritariamente que la conducta típica no es sólo la relación sexual, sino que comienza ya con la aplicación de violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima.

Sin embargo, la fórmula del “comienzo de la ejecución” no es suficiente para conseguir una delimitación nítida entre actos ejecutivos y preparatorios, por lo que se han desarrollado diversas teorías para establecer mejor cuándo comienza la ejecución del

delito. Ente estas teorías podemos destacar, por su influencia jurisprudencial, la teoría objetivo-formal y la teoría objetivo-material, también denominada de la inmediatez o de los actos intermedios.

Según la teoría objetivo-formal, el autor daría comienzo a la ejecución cuando empieza a realizar la conducta típica, cuando comienza a conjugar el verbo típico, es decir, a matar, a lesionar, a sustraer la cosa, etc. Esta teoría, que se ajustaría muy bien al tenor literal del art. 16 CP, presenta un importante problema y es que reduce demasiado el ámbito de la tentativa, sobre todo en aquellos delitos de actividad donde la conjugación del verbo típico supone la consumación. Incluso en los delitos de resultado restringiría demasiado la fase ejecutiva, pues el comienzo de la acción típica, por ejemplo, “lesionar”, supondrá simultáneamente la consumación.

10. El delito de abusos sexuales con menor de 13 años castiga el tener relaciones sexuales con una persona menor de dicha edad (art. 183.1 CP). ¿Sería posible una tentativa de abusos sexuales según la teoría objetivo-formal? ¿Qué dificultad entraña el afirmar una tentativa en este tipo de delitos?
11. Responde esta misma cuestión respecto al delito de allanamiento de morada (art. 202 CP)

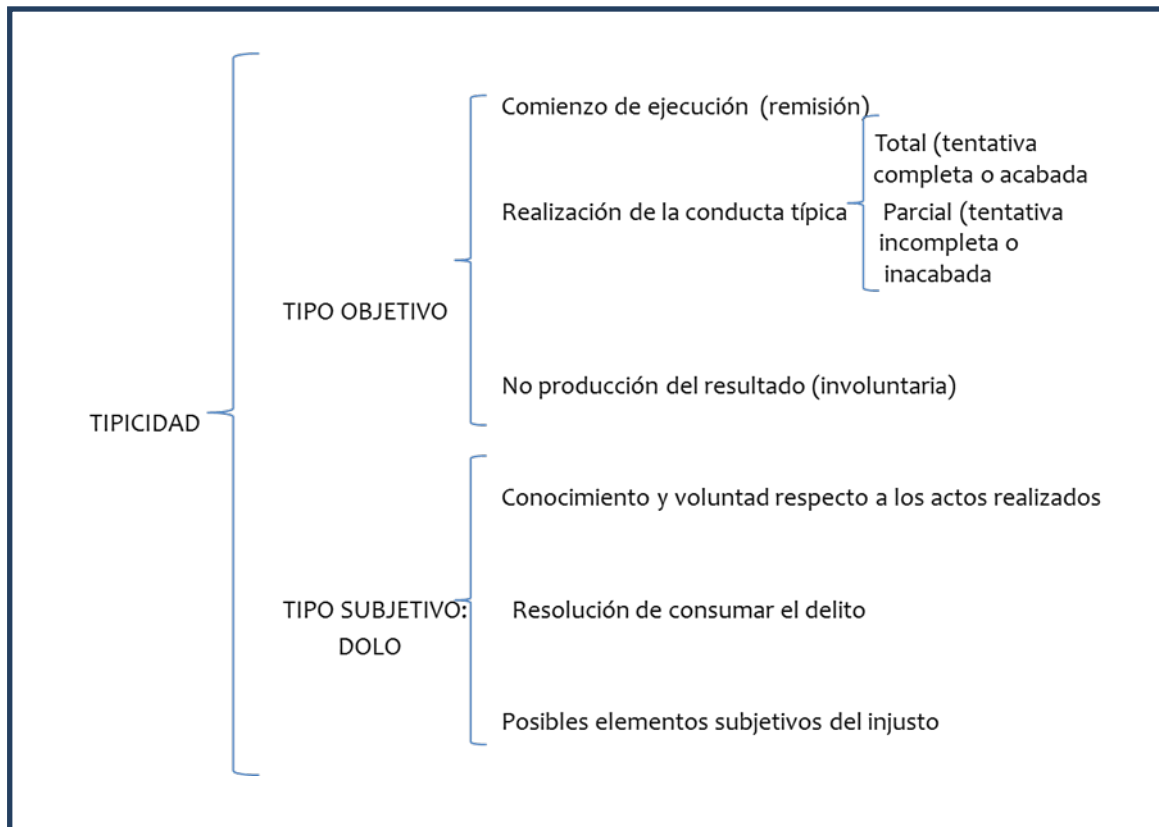
Ante estas dificultades, se buscan otras fórmulas que amplíen el ámbito de los actos ejecutivos y permitan adelantar la intervención del Derecho penal. Y así surge la teoría objetivo-material, también denominada de la inmediatez, de los actos intermedios, etc. Estaremos ante el comienzo de la ejecución del delito, pudiéndose ya afirmar la tentativa, no sólo cuando el autor realice actos típicos, sino también con la realización de actos previos que se hallen en una relación de inmediatez con aquéllos. Esa inmediatez se dará cuando entre el acto realizado y la acción que ya realiza el verbo típico no existan fases intermedias esenciales, conforme al plan del autor, pudiendo entenderse entonces como una unidad. Dicha fase intermedia puede consistir en la necesidad de realizar acciones (por el agente o por terceros) para llegar a la realización de la acción típica, o bien en la necesidad del transcurso de un lapso temporal. Es decir, según esta teoría, estaremos ante una tentativa cuando el autor realiza los actos que preceden inmediatamente a la conducta típica.

Tanto el Tribunal Supremo como importantes autores españoles se sirven de la teoría de la inmediatez para decidir cuándo hay comienzo de ejecución. Conforme a esa tesis, por ejemplo, no podremos afirmar el comienzo de la tentativa de violación (art. 179 CP) cuando el autor entra en la vivienda de la víctima, porque entre la acción de entrar en la casa y la acción típica todavía faltan actos esenciales, como, por ejemplo, aproximarse al dormitorio, acercarse a la víctima y comenzar con los actos de violencia o intimidación. Tampoco cabrá considerar un comienzo de un homicidio la acción de apostarse para disparar con el arma lista si la víctima todavía tardará varias horas en aparecer.

12. ¿Te acuerdas del caso del francotirador? ¿En qué momento habría tentativa, es decir, comienza la ejecución del homicidio?

7. Elementos del tipo en la tentativa.

En el siguiente esquema puedes ver los elementos que han de concurrir para poder afirmar que estamos ante una tentativa (siempre, como sabes, referida a un delito concreto)



13. Idea un supuesto de tentativa y desgrana los elementos típicos

8. Especial consideración de la denominada “tentativa inidónea”.

14. Compara los siguientes supuestos. ¿Existe alguna diferencia entre ellos? Si fueras B, ¿cuál de estas situaciones preferirías?, ¿por qué?

- A arrebató al policía que le intentaba detener la pistola reglamentaria. Sin embargo, al disparar, comprueba que la pistola estaba descargada.
- A suministra una dosis mortal de veneno a B, pero C le suministra de inmediato el antídoto.
- A dispara a B creyendo que dormía cuando en realidad B había salido, dejando en la cama una almohada que simulaba su cuerpo.
- A intenta matar a B disparándole, pero debido a su mala puntería la bala no da en el blanco.
- A intenta matar a B suministrándole una dosis insuficiente de raticida.

- f. A, persona muy supersticiosa, desea matar a B, para lo cual construye un muñeco que le representa y sobre él realiza prácticas de vudú.
- g. A intenta provocarse un aborto fuera de los casos permitidos por la ley. Para ello ingiere un abortivo, pero posteriormente se pone de manifiesto que en realidad no estaba embarazada.
- h. Un sujeto es sorprendido forzando con una palanca de hierro la puerta de madera de una vivienda con intención de entrar. Con posterioridad se descubre que la puerta estaba blindada con una lámina de acero, concluyendo los peritos que con la palanca de hierro el autor nunca habría podido forzar la puerta y entrar.
- i. A suministra subrepticamente a B un producto abortivo, pero en una dosis insuficiente para provocar la muerte del feto.
- j. A intenta provocar un aborto a B ofreciéndole un zumo de naranja, pues le han contado que es un eficaz método abortivo.
- k. A, firme creyente, reza sin cesar para que B enferme.

Se califican como **tentativa inidónea** aquellos supuestos en los cuales, si bien desde una perspectiva *ex ante* la conducta puede ser calificada de peligrosa, desde una perspectiva *ex post* se pone de manifiesto su inidoneidad para la lesión del bien jurídico, ya sea por la inidoneidad de los medios empleados, por la del objeto o bien por la del sujeto. Estas características permiten diferenciar la tentativa inidónea de la **tentativa idónea** (supuesto normal), donde la percepción *ex ante* de peligro coincide con la valoración una vez conocidas las circunstancias concurrentes (*ex post*). También en atención al peligro podemos diferenciar la tentativa inidónea de la denominada **tentativa irreal o supersticiosa**, donde ni siquiera desde una perspectiva *ex ante* puede afirmarse el peligro para el bien jurídico. La falta completa de peligro permite excluir ya de lo punible los supuestos llamados de tentativa irreal, que podrían definirse como los casos en los que el agente pretende producir el resultado a partir de una representación aberrante de las relaciones causales.

Como sabemos, la tentativa de cometer un delito es punible, y la tentativa irreal no lo es, de acuerdo con lo explicado. Pero **¿es punible la tentativa inidónea?**

15. Lee de nuevo el art. 16 CP. ¿Crees que el CP contempla la punición de la tentativa inidónea? ¿Resulta compatible el criterio de la peligrosidad *ex ante* con la referencia del CP a “los actos que objetivamente deberían producir el resultado”?

El art. 52 del Código penal anterior (CP de 1973) establecía expresamente el castigo de los supuestos de “imposibilidad de ejecución o de producción del delito”. En el Código penal actual no hay un precepto equivalente. Más bien, la definición de tentativa del art. 16 CP, al introducir el adverbio objetivamente, parecería poder sustentar la no punición de la tentativa inidónea (“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”).

Sin embargo, se contraargumenta que la peligrosidad *ex ante* de la conducta, a pesar de ser un juicio de pronóstico de futuro en el que se tienen en cuenta los conocimientos del autor, es un juicio objetivo, por lo que bastaría esa peligrosidad *ex ante* para hablar de “actos que objetivamente deberían producir el resultado”

El criterio *ex ante*, como ya sabemos, consiste en situar en el momento de realización de la acción a un espectador objetivo, dotado de unos conocimientos medios de la realidad más los conocimientos especiales que tuviera el concreto autor, para determinar si, desde esa perspectiva (perspectiva *ex ante*), la acción muestra peligrosidad para el bien jurídico.

Este fundamento y límite de punición –la peligrosidad *ex ante* de la conducta– parece el más adecuado para establecer un equilibrio entre las exigencias de prevención, adelantando la protección al momento en que el sujeto se dirige contra la prohibición penal de la conducta, y el límite impuesto por el principio de lesividad que debe imperar en un Derecho penal orientado al fin inmediato de protección de bienes jurídicos.

	Peligrosidad <i>ex ante</i>	Peligro <i>ex post</i>
Tentativa idónea	SI	SI
Tentativa inidónea	SI	NO
Tentativa irreal	NO	NO

16. Intenta calificar los supuestos anteriores de tentativa idónea, tentativa inidónea o tentativa irreal y argumenta por qué. Puedes servirme de los siguientes ejemplos resueltos:
 - a. A arrebató al policía que le intentaba detener la pistola reglamentaria. Sin embargo, al disparar, comprueba que la pistola estaba descargada. En el presente caso podría considerarse un supuesto típico de tentativa inidónea en cuanto desde una perspectiva *ex ante*, es decir, un observador objetivo colocado en el momento de la acción y con los conocimientos del autor hubiera previsto la producción del resultado, dado que nada hacía indicar que la pistola arrebatada al policía pudiera estar descargada, y disparar con una pistola es una conducta idónea para lesionar el bien jurídico vida, es peligrosa para la vida. Esta impresión de peligro se desvanece cuando el sujeto dispara y se pone de manifiesto que la pistola no tenía balas, por lo que jamás se hubiera producido la muerte. Es decir, no hay peligro *ex post*, no hubo una puesta en peligro concreta y real del bien jurídico.
 - b. A suministra una dosis mortal de veneno a B, pero C le suministra de inmediato el antídoto. Estaríamos ante un supuesto típico de tentativa idónea. La conducta de suministrar un veneno es perfectamente apta para causar la muerte, tanto desde una perspectiva *ex ante* como *ex post*. La no producción de la muerte se debe en este caso a un hecho ajeno a la conducta y es la intervención de un tercero que proporciona un antídoto.

9. El desistimiento.

17. Compara los siguientes supuestos:
 - a. A decide matar a B distribuyendo la dosis mortal de veneno en cinco tomas:

- a.1.A la tercera toma A cambia de opinión y no completa la dosis mortal.
- a.2.A la tercera toma B se percató de que está siendo envenenado y denuncia a A.

b. A dispara contra B, dejándole malherido.

- a.1.A se arrepiente y traslada rápidamente al herido al hospital donde salvan la vida de B gracias a la rápida intervención médica.
- a.2.A se marcha dejando a B desangrándose. A los pocos minutos aparece C, que traslada al herido al hospital donde le salvan la vida.

Vuelve a leer atentamente la definición de tentativa del art. 16.1 y el art. 16.2 CP e intenta determinar la responsabilidad de A de acuerdo con dichos preceptos.

El art. 16 CP, al definir la tentativa, especifica que el resultado “no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”, esto es, si son dependientes del autor, parece que no habría tentativa. Por otro lado, el art. 16.2 CP establece que “quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado”.

Como ves, el Código penal consagra la **relevancia del desistimiento**, de tal manera que un sujeto que ha iniciado los actos ejecutivos, que ha comenzado la tentativa, puede no ser castigado por dicha tentativa si evita voluntariamente el resultado. Así, mientras que en la variante i) de los ejemplos anteriores el sujeto no respondería de tentativa de homicidio o asesinato, en la variante ii) sí respondería de tentativa de homicidio o asesinato.

La consecuencia jurídica del desistimiento radica en la exención de la pena que correspondería aplicar por la tentativa de delito ya realizada. No obstante, la impunidad de quien ya ha realizado una conducta peligrosa para un bien jurídico, no resulta evidente por sí misma. ¿Qué **razones** fundamentan esa exención de pena? A grandes rasgos se vienen manejando diversos tipos de argumentos.

1. Falta de merecimiento y necesidad de pena: el sujeto ha retornado a la senda del Derecho penal, poniendo de manifiesto el desistimiento que la pena no es necesaria ni desde el punto de vista preventivo general ni preventivo especial.
2. Las denominadas teorías político-criminales entienden el desistimiento como un estímulo que pretende actuar frente al sujeto activo para que evite el resultado mientras esto está en su mano (“A enemigo que huye, puente de plata”).

En cualquier caso, y con independencia de la motivación que se pueda atribuir al legislador, lo importante es que nuestro Código penal reconoce la impunidad por la tentativa realizada, “**sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta**”. Es decir, la exención de responsabilidad por la evitación del resultado no puede alcanzar a las lesiones de bienes jurídicos ya consumadas.

18. En el caso en el que A dispara contra B causándole graves heridas pero evitando que muera al trasladarle urgentemente al hospital, donde logran salvarle la vida, A no respondería de tentativa de homicidio, pero ¿de qué respondería?
19. En el caso en el que A inicia el envenenamiento de B e interrumpe voluntariamente la administración de las dosis letales, trasladando a B al

hospital donde se efectúa un lavado de estómago a B, que sufre lesiones severas en el intestino, lesiones que requieren tratamiento médico-quirúrgico para sanar. A no respondería de una tentativa de asesinato, pero ¿de qué respondería?

El desistimiento puede definirse como la evitación voluntaria de la consumación por parte del autor de una tentativa. Y su consecuencia jurídica es la de eximir de pena por tentativa

Para que el desistimiento conlleve la impunidad por los actos ejecutivos realizados, es necesaria la concurrencia de dos **requisitos**:

- a. **Evitación del resultado**
- b. **Voluntariedad del desistimiento**

a. Eficacia del desistimiento: la evitación del resultado

20. Compara estos supuestos y determina la calificación jurídico penal que les correspondería.

A dispara a B con dolo de matar.

- a. A huye del lugar de los hechos dejando a B malherido. A los pocos minutos aparece C, que llama a una ambulancia que le traslada al hospital donde consiguen salvar la vida de B.
- b. Tras disparar, A se arrepiente y traslada a B al hospital, haciendo todo lo que está en su mano para salvarle la vida, lo que finalmente consigue.
- c. Desgraciadamente, A encuentra una serie de obstáculos en el camino y cuando llegan al hospital resulta demasiado tarde para salvar la vida de B.

Como hemos visto, la tentativa consiste en la realización de actos ejecutivos dirigidos a la producción de un resultado típico que no llega a producirse. Si no se produce porque el sujeto activo lo impide voluntariamente, no se castiga por la tentativa llevada a cabo. Para merecer la impunidad a pesar de los actos ejecutivos realizados, **el sujeto tiene que evitar el resultado, no basta con que lo intente**.

El comportamiento que ha de desplegar para evitar la consumación, dependerá de si estamos ante una **tentativa inacabada** (cuando el sujeto solamente ha iniciado la ejecución del delito, pero aún debe realizar otros actos dirigidos a la producción del resultado) o de una **acabada** (el agente ya ha realizado todo lo necesario para consumir el delito). En el primer caso, dado que el autor no ha realizado aún todos los actos necesarios para producir el resultado, bastará para impedir la consumación del delito con que omita continuar con la realización delictiva; bastará, en otras palabras, con **un desistimiento pasivo** (art. 16.2 CP: “desistiendo de la ejecución”). En cambio, cuando ya se han realizado todos los actos necesarios para producir el resultado, el desistimiento tendrá que ser **activo**: para la evitación del resultado lesivo el autor tendrá que realizar acciones dirigidas al salvamento del bien jurídico puesto en peligro, dado que ya ha

generado un peligro para el bien jurídico(art. 16.2 CP: “impidiendo la producción del resultado).

21. Analiza las características del desistimiento en cada uno de los siguientes casos
 - a. La bomba tiene instalado un temporizador y explotará sola a las 9:00h
 - b. La bomba debe ser explotada por el terrorista mediante un mando a distancia a las 9:00h

Si el sujeto no evita el resultado, aunque lo intente, responderá por un **delito consumado**. Una posibilidad de valorar su esfuerzo infructuoso para evitar la consumación podría ser la aplicación del atenuante quinta del art. 21 CP: “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral”. Sin embargo, con independencia de que pueda aplicarse la atenuante transcrita, la responsabilidad es por el delito consumado.

Una constelación problemática de casos, relacionada con el requisito de la evitación del resultado, hace referencia a supuestos en los cuales, **a pesar de que no llega a producirse el resultado y a pesar de que el autor realizó actos encaminados a ese fin, resulta razonable dudar del merecimiento de la exención de pena que conlleva la afirmación de un desistimiento voluntario**. Fíjate en el siguiente caso:

22. Después de una brutal paliza, realizada con dolo eventual de matar, el procesado traslada a su mujer malherida hasta las proximidades de un hospital, dejándola a unos 95 metros del mismo para que siguiera ella sola, alejándose el sujeto del lugar. Aproximadamente a 40 metros de la puerta del hospital, la mujer, como ya le había ocurrido durante el trayecto, pierde el conocimiento y queda tendida en la acera, donde es recogida por dos transeúntes, trasladándola inmediatamente al hospital, siendo atendida y salvada de la muerte. ¿Cabe hablar de un desistimiento eficaz?

Hay quien entiende que para poder afirmar la exención de pena por tentativa, no bastaría con que el autor haya condicionado de alguna manera la evitación del resultado, sino que dicha evitación ha de poder ser considerada obra del autor de la acción de desistimiento. Se afirma que, al igual que en la fundamentación del injusto, para imputar un resultado lesivo a su autor no basta con una mera relación causal, sino que deben aplicarse otros **criterios de imputación objetiva** – básicamente: que el resultado se explique por el riesgo creado por el autor-; también en el desistimiento la evitación del resultado debe poder serle imputada al autor, y para ello puede ser razonable exigir algo más que la mera relación de causalidad, aplicando, *mutatis mutandis*, los criterios de la imputación objetiva. La duda que plantea esta tesis es, además de la necesaria adecuación de los criterios de imputación a estos supuestos, es el tenor literal del art. 16 CP, si dicha tesis no vulneraría el principio de legalidad al exigir para la exención por desistimiento unos requisitos no deducibles claramente del tenor literal de dicho precepto.

23. A pesar de la dificultad de estos casos, argumenta desde la perspectiva apuntada, si hay desistimiento eficaz en el caso anterior de la paliza y en los siguientes:
 - a. Tras apuñalar a su mujer con dolo de matar, el acusado abandonó la habitación, exigiendo antes a su madre, que se encontraba en la casa, que hiciera todo lo posible para evitar la muerte. Tras llamar el casero, a petición de la madre, a una ambulancia, la mujer pudo ser salvada.
 - b. Tras haber iniciado un fuego en una habitación de la casa del señor y señora M, estando ambos ausentes, el procesado, entrándole remordimientos de

conciencia por la presencia de un niño pequeño en la casa, llamó anónimamente al restaurante donde sabía que se encontraba la señora M, limitándose a decir al camarero: “Diga por favor a la señora M que debería ir a casa”. Habiendo hecho caso a la llamada, la señora M llegó a su casa y descubrió el incendio, que pudo ser apagado por los bomberos, llamados por aquélla, antes de que se hubiera extendido al resto de la casa.

En ocasiones, aunque el autor logre evitar el resultado que perseguía, su conducta desencadena otros resultados lesivos, debiendo responder de todas aquellas infracciones consumadas. Conforme al art. 16.2 CP, la exención de pena por el desistimiento no alcanzará a los resultados que ya se hubieran producido con anterioridad y que fueran constitutivos de otra infracción penal diferente. Es lo que la doctrina denomina **“tentativa cualificada”**.

24. Después de dar una paliza a su víctima con intención de producirle la muerte, el autor se arrepiente y la lleva al hospital, donde consiguen salvarle la vida. En este caso, el desistimiento eficaz respecto de la muerte anularía la pena de la tentativa homicidio (o asesinato), pero ¿qué ocurre con las lesiones sufridas?

b. Voluntariedad del desistimiento

25. Compara los siguiente ejemplos. ¿En qué casos crees que podemos calificar el desistimiento de voluntario y en qué casos sería involuntario?
- En el momento en que A tiene encañonado a B y se dispone a disparar, aparece la policía y A sale huyendo.
 - En el momento en que A tiene encañonado a B y se dispone a disparar, B rompe a llorar, suplicándole clemencia, lo que conmueve a A, que baja el arma y se marcha del lugar.
 - A se dispone a sustraer el bolso de un transeúnte, B; a quien ha amenazado con una navaja. En ese momento observa que pasa otro transeúnte, C, con aspecto mucho más pudiente, lo que hace que deje a B y se marche tras C.
 - Al sicario A le han ofrecido 12.000 euros por matar a B. A dispara a su víctima hiriéndole gravemente. B le ofrece 24.000 euros si le traslada al hospital y le salva la vida, a lo que A accede consiguiendo finalmente que B no muera.
 - A con intención de tener relaciones sexuales con B le amenaza con una navaja. B le propone tener relaciones sexuales consentidas al día siguiente, propuesta que A termina creyendo y aceptando.
 - A había planteado deshacerse de B. En el momento en que se dispone a disparar, se da cuenta de que un testigo inesperado e indeseado le observa escondido tras unos setos.

En los anteriores ejemplos, el que el sujeto responda o no por la tentativa realizada dependerá de si calificamos o no su desistimiento de voluntario. El requisito de la voluntariedad viene expresamente recogido por el art. 16.2 CP (evite voluntariamente), así como en la regulación de la tentativa del art. 16.1 CP, en la medida en que las causas de la no producción del resultado han de ser independientes del autor de la tentativa. ¿Cuándo puede hablarse de un desistimiento voluntario? Se trata de una cuestión difícil de resolver en la medida en que el Código no nos ofrece ningún criterio, limitándose a exigir este requisito.

Durante un tiempo, la jurisprudencia identificaba voluntariedad con espontaneidad del desistimiento, entendiendo por tal el desistimiento que se debe exclusivamente a motivos autónomos y no a aquel desistimiento motivado por estímulos heterónomos o externos. Este criterio hace tiempo que fue abandonado pues no se ve la razón por la que un desistimiento provocado, por ejemplo, por el llanto o las súplicas de la víctima no pueda ser calificado de voluntario por el solo hecho de haber sido motivado por un estímulo externo.

Para resolver la cuestión de la voluntariedad del desistimiento se han elaborado una serie de teorías, de las que pueden destacarse fundamentalmente las teorías psicológicas, las teorías normativas y las que podíamos denominar intermedias.

Las **teorías psicológicas** entienden la voluntariedad como un fenómeno psicológico, de tal manera que el desistimiento se calificará de voluntario cuando pueda ser conceptualizado como una decisión libremente adoptada e involuntario cuando sea consecuencia de una presión o coacción psicológica.

Como instrumento de ayuda dentro de esta concepción, se propuso la denominada “Fórmula de Frank”, según la cual “es voluntario si el sujeto no quiere alcanzar la consumación, aunque puede; y será involuntario si, aunque quiera, no puede”. Es decir, es voluntario el desistimiento cuando el sujeto se dice: “puedo, pero no quiero”, e involuntario cuando el sujeto se dice: “quiero, pero no puedo”. Sin embargo, la aplicación de esta fórmula conduce a resultados insatisfactorios, en cuanto maneja un concepto demasiado amplio de “voluntario”, pues lo sería todo lo que no esté físicamente condicionado. Compruébalo:

26. A se dispone a disparar y matar a su víctima. En el momento de apretar el gatillo observa que alguien le observa, circunstancia ésta con la que no había contado, por lo que se marcha sin disparar.
27. ¿Crees que se trata de un desistimiento voluntario a los efectos del art. 16.2 CP? Aplica la fórmula de Frank y analiza sus resultados

Efectivamente, la aplicación de la fórmula de Frank a este caso parece conducirnos a afirmar la voluntariedad del desistimiento, pues A se marchó pudiendo haber disparado y, no obstante, no lo hizo.

Ésta forma de entender la voluntariedad como posibilidad física de consumir no resulta muy satisfactoria. En efecto, nada me impide físicamente apretar el gatillo a pesar de un testigo inesperado o la sirena de la policía que se acerca, pero afirmar que desisto voluntariamente no resulta muy convincente. Entendida de esta manera, la fórmula de Frank sólo negaría la voluntariedad del desistimiento en los casos de imposibilidad absoluta de consumir (por ejemplo, porque las herramientas resultan claramente insuficientes para forzar la caja fuerte cuyo contenido se pretendía sustraer o porque el violador no consigue una erección), pero en estos casos, más que ante un desistimiento, estaríamos ante una tentativa que ha fracasado sin más.

Sin embargo, no se entiende por qué va a poderse negar la voluntariedad sólo en los casos de “imposibilidad absoluta” y no en los de “imposibilidad relativa”: si un sujeto decide matar a una persona impunemente y en el momento de disparar aparece un testigo inesperado, evidentemente, desde un punto de vista fáctico, la consumación es todavía posible, pero no parece una vulneración del significado común de las palabras

afirmar que su desistimiento es involuntario en cuanto las circunstancias sobrevenidas imposibilitan o dificultan relevantemente la realización del plan del autor, la obtención de la finalidad perseguida. En estos casos puede negarse la voluntariedad del desistimiento, y no sólo en los casos de imposibilidad absoluta o cuando la razón desencadenante del desistimiento tuvo tal grado de influencia psíquica que excluyó la libertad de decisión. Esta línea más amplia sería la defendida por las que podríamos denominar **teorías intermedias**.

Las **teorías normativas** son aquellas que consideran que la decisión sobre la voluntariedad del desistimiento constituye una cuestión eminentemente valorativa, de tal manera que el desistimiento sólo debe ser calificado de voluntario cuando obedezca a unos motivos que le hagan merecedor de la impunidad. Así, se afirma que será voluntario el desistimiento que pueda ser interpretado como un retorno del sujeto a la legalidad, como una reconciliación con el ordenamiento jurídico, que resulte poco razonable desde la óptica del operar delictivo, que ponga de manifiesto la falta de necesidad de la pena desde el punto de vista preventivo especial y general, etc., en definitiva, que pueda ser valorado positivamente desde una óptica político criminal.

28. Intenta aplicar estas ideas de las teorías normativas a los siguientes supuestos:
- A se dispone a sustraer el bolso de un transeúnte, B; a quien ha amenazado con una navaja. En ese momento observa que pasa otro transeúnte, C, con aspecto mucho más pudiente, lo que hace que deje a B y se marche tras C.
 - Al sicario A le han ofrecido 12.000 euros por matar a B. A dispara a su víctima hiriéndole gravemente. B le ofrece 24.000 euros si le traslada al hospital y le salva la vida, a lo que A accede consiguiendo finalmente que B no muera.
 - A, sicario experimentado, en el momento de disparar a su víctima sufre un ataque de ansiedad que le paraliza psicológicamente.

Aunque las teorías psicológicas pudieran ofrecer resultados político-criminalmente más satisfactorios, también son objeto de crítica. Así, se ha afirmado que entender el término “voluntariedad” tal y como lo hacen desbordaría las fronteras de la interpretación, pues mientras el Código penal hable de desistimiento voluntario y no de desistimiento altruista, o motivado por el deseo de volver a la legalidad, irracional desde la óptica del delincuente, etc., la exigencia de móviles “valiosos” para afirmar la voluntariedad, podría lesionar el principio de legalidad.

c. El desistimiento en la participación delictiva

Para finalizar con este tema, queremos llamar tu atención sobre lo sorprendente que resulta el doble régimen del desistimiento diseñado en el punto 2 y en el punto 3 del art. 16 CP. Mientras que el 16.2 CP exige la evitación del resultado y la voluntariedad del desistimiento, el punto 3 habla de impedir o intentar impedir, seria, firme y voluntariamente la consumación, sin que se haga mención expresa a la voluntariedad.

29. Pon un ejemplo que caiga dentro del ámbito de aplicación del art. 16.2 CP y otro ejemplo al que le sea aplicable el art. 16.3 CP. ¿Cuál es el dato determinante de la aplicación de uno u otro? ¿Te parece acertado el diferente régimen jurídico?

Art. 16

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto

a. Supuesto de hecho

El acusado, Federico, conocido como "Nota" o "Chato", mayor de edad y de nacionalidad ecuatoriana, sin antecedentes penales, tras mantener conversaciones con algún trabajador de la empresa "DIRECCIONooo", sita en la CALLEooo núm. NUMooo de la localidad de San Vicente del Raspeig, y propiedad de Bruno, pudo averiguar que se realizaba la entrega de los sobres de las nóminas los días 5 y 20 de cada mes. En la tarde del día 5 de noviembre de 2003, Federico concertó una cita con David, que se había desplazado desde Madrid, y con el acusado Jesús, y éste les recogió en la Avda. Oscar Esplá de Alicante con el vehículo turismo marca Peugeot modelo 405 matrícula K...-KH, propiedad de José Carlos, dirigiéndose los tres hacia la localidad de San Vicente del Raspeig, guiados por el acusado, Federico, que les explicaba la hora y el itinerario que debían seguir para llegar a dicha mercantil. Los acusados, tras regresar de nuevo a Alicante, estacionaron el vehículo en las proximidades de la Iglesia de los Ángeles y se reunieron con el otro acusado Héctor, al que comunicaron sus intenciones de sustraer los sobres de las nóminas.

Sobre las 17.00 horas de ese día, los acusados, Héctor, José Carlos y Federico, puestos de común acuerdo con los otros dos acusados, Jesús y David, y con ánimo de ilícito beneficio, se dirigieron a bordo del vehículo Nissan modelo Sunny matrícula U...-NN, propiedad del primero y portando una pistola y una navaja, hacia las proximidades de la empresa descrita de la localidad de San Vicente, con el fin de acceder al interior de las oficinas y amenazar y exigir a sus empleados la entrega del dinero y todo lo que de valor encontraren, no consiguiendo su propósito al ser detenidos en la puerta de la empresa por agentes de la Guardia Civil, que se encontraban de vigilancia en las proximidades, tras haber tenido noticias de los planes de los acusados por una intervención telefónica.

Supuesto con modificaciones tomado de la SAP Alicante 16/2005, de 7 de enero.

Argumenta si se podría afirmar que se ha dado comienzo a la tentativa del delito patrimonial.

b. Resolución

El presente supuesto plantea la cuestión específica del momento de inicio de la ejecución de un delito, esto es, de la presencia de una tentativa, en este caso de un robo con intimidación previsto en el art. 242 CP; momento que habitualmente marca la relevancia penal de la conductas, pues la fase preparatoria es impune.

El Código penal contempla la tentativa en su art. 16 y emplea una fórmula para definir cuándo hay tentativa de carácter eminentemente objetivo, al exigir que el sujeto “dé principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores”.

Sin embargo, como es sabido, la fórmula del “comienzo de la ejecución” del art. 16 CP no es suficiente para conseguir una delimitación nítida entre actos ejecutivos y preparatorios, por lo que se han desarrollado diversas teorías para establecer mejor cuándo comienza la tentativa del delito. Ente estas teorías podemos destacar dos por su compatibilidad con la impronta objetiva del tenor literal: la teoría objetivo-formal y la teoría objetivo-material, también denominada de la inmediatez o de los actos intermedios.

Según la teoría objetivo-formal, el autor daría comienzo a la ejecución cuando empieza a realizar la conducta típica, cuando comienza a conjugar el verbo típico, es decir, a matar, a lesionar, a sustraer la cosa, etc. En el caso presente no habría una tentativa de robo con violencia o intimidación, pues hasta que el sujeto activo no intimida o ejerce violencia y se apodera de la cosa no realiza *stricto sensu* las conductas típicas. Esta teoría, sin embargo, no cuenta con un apoyo mayoritario ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, por cuanto, si bien reproduce prácticamente las palabras del art. 16 CP, presenta importantes déficit, pues limita en exceso el ámbito de la tentativa, ya que no se supera la fase preparatoria hasta que se realizan actos típicos. Con ello se elimina la posibilidad de tentativa en aquellos delitos de actividad donde la conjugación del verbo típico supone la consumación y se restringe en extremo en delitos de resultado como las lesiones, donde la acción de lesionar supone ya la tentativa y la consumación.

Estas dificultades explican el éxito de la teoría objetivo-material, también denominada de la inmediatez, de los actos intermedios, etc., que amplía el ámbito de los actos ejecutivos. Conforme a esta propuesta, existe comienzo de la ejecución del delito, pudiéndose ya afirmar la tentativa, no sólo cuando el autor efectúa actos típicos, sino también con la realización de actos previos que se hallen en una relación de inmediatez con aquéllos. Esa inmediatez se dará cuando entre el acto llevado a cabo y la acción que ya realiza el verbo típico no existan fases intermedias esenciales, conforme al plan del autor, pudiendo entenderse entonces como una unidad. Dicha fase intermedia puede consistir en la necesidad de efectuar acciones (por el agente o por terceros) para llegar a la realización de la acción típica, o bien en la necesidad del transcurso de un lapso temporal. Es decir, según esta teoría, estaremos ante una tentativa cuando el autor realiza los actos que preceden inmediatamente a la conducta típica.

En el supuesto analizado, los autores se encontraban en las puertas de la empresa en la que iban a robar, preparados para entrar y dotados de las armas destinadas al ejercicio de intimidación. Puede por ello quizá entenderse que el robo estaba a punto de materializarse y, con él, el ataque a los bienes jurídicos de la libertad y el patrimonio, dándose la inmediatez a la conducta típica: esgrimir las armas para intimidar exigiendo la entrega de la cosa. Sin embargo, esta solución no es tan evidente, sobre todo si en el presente caso desde que entran por la puerta donde fueron parados hasta la intimidación tuvieron que tener lugar episodios intermedios o un cierto lapsus temporal que impidiera afirmar la inmediatez, como por ejemplo que los autores tuvieran que guardar cola o acceder previamente a otras habitaciones. Ante la duda, nos inclinamos a afirmar la existencia de tentativa, puesto que la redacción del supuesto de hecho parece indicar que la exigencia mediante amenaza de la entrega del dinero se produciría tras franquear la puerta. En este momento, en un contexto espacio-temporal adecuado para llevar a cabo el delito, inmediatamente, con éxito, se interrumpe la acción por la intervención de los agentes de la Guardia civil. Ni falta una acción intermedia relevante antes de la acción típica de intimidar ni era preciso un lapso de tiempo elevado, por lo que se da asimismo la relación de inmediatez temporal. En conclusión, se afirmaría la presencia de una tentativa de robo con violencia o intimidación, conforme los art. 242 y 16 CP.

Más indubitado sería el supuesto en el que los sujetos fueran detenidos antes de montar en el coche o a kilómetros de su destino. Faltaría aquí la inmediatez con la acción típica, pues faltarían bien actos intermedios esenciales (desplazarse hasta el lugar donde se va a robar) o mediaría un período de tiempo demasiado elevado para hablar de inmediatez temporal. En ese caso, dado que los sujetos, tras la proposición del delito por Federico, llevan a cabo un planeamiento conjunto del robo, se configuraría un acto preparatorio de conspiración (que absorbería la proposición efectuada por Federico), que conforme al art. 17.1 CP “existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. Esa conspiración, según establece el art. 17.3 CP, sólo se castiga en los casos especialmente previstos en la Ley, lo que precisamente ocurre en este caso, a tenor del art. 269 CP, donde se sanciona la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de robo –entre otros– con una pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado.

2. Casos para resolver

a. Comienzo de ejecución: caso del teléfono público

Sobre las 2,10 h. del día 18 de Diciembre de 2000, el acusado Angel A. F., mayor de edad y sin antecedentes penales, tras coger una barra de hierro de una obra próxima, colocó una madera junto al cajetín de recaudación de un teléfono público, propiedad de telefónica, sito en la calle Cuatro de Agosto de esta ciudad, para comenzar a hacer palanca con ella en con el fin de hacer suyas las monedas que pudiera encontrar, lo que no consiguió por haber sido sorprendido por funcionarios policiales. El acusado no ocasionó desperfecto alguno en el aparato reseñado. Supuesto con modificaciones tomado de la SAP Zaragoza (Sección 3ª) 87/2002, dezo de marzo modificados.

Argumenta si se podría afirmar que se ha dado comienzo a la tentativa de robo con fuerza en las cosas.

b. Comienzo de ejecución: caso de los terroristas y el concesionario

“Los procesados Miguel y Domingo, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, desde el año 1998, formaban parte de la organización armada ETA.

Específicamente, los dos procesados durante la segunda quincena de octubre de 1999, recibieron en Tirose (Francia) un cursillo sobre utilización de pistolas, realizando ambos prácticas de tiros, cursillo que les fue impartido por un miembro de ETA, que actuaba como responsable de la organización, el que además les comunicó que su misión concreta consistiría en la sustracción de vehículos, de placas de matrícula y de máquinas troqueladoras para la confección de inauténticas placas de matrículas de automóviles, y les señaló como objetivo inmediato el apoderamiento de un máquina troqueladora en el concesionario de la empresa Ford "Vertiz" ubicado en el polígono industrial del barrio de Vahonda de la localidad de Irún perteneciente a los hermanos D. Antonio y D. Imanol.

Para la realización de semejante cometido, Miguel y Domingo, junto con una tercera persona llevaron a cabo vigilancias sobre el lugar y las personas que trabajaban en el establecimiento elegido, así como sobre el horario de cierre del concesionario, percatándose los procesados que siempre se producía a la misma hora y por una sola persona encargada de ello, que resultó ser su propietario D. Imanol, diciendo ambos entonces que el momento más idóneo para perpetrar los hechos era precisamente al cierre del repetido concesionario y resolviendo

también retener al mencionado Sr. Imanol y encerrarlo en un taller anexo después de maniatarlo y vendarle los ojos para evitar así que pudiera reconocerlos.

Y así, una vez recabada y obtenida toda la posible información al respecto, Miguel y Domingo se la comunicaron a un dirigente de ETA, el que, conforme con la misma, facilitó a los procesados un vehículo marca Renault 19, con placas de matrículas inauténticas, así como varias pistolas e instrumentos adecuados para perpetrar los proyectados actos descritos, tales como una pistola inmovilizadora eléctrica y una abrazaderas para reducir al propietario del concesionario, unos Walkie-Talkies y las herramientas necesarias para desmontar la máquina troqueladora.

Con todos los efectos mencionados, en la segunda semana del mes de noviembre de 1999 Miguel y Domingo, acompañados de otro individuo, a bordo de los vehículos Renault 19 con placa de matrícula inauténticas YO-...-OK y Peugeot 505, matrícula francesa XU, perteneciente este último al procesado Miguel, se dirigieron al concesionario Vertiz con el firme propósito de llevar a cabo los decididos hechos, que sin embargo no llegaron a ejecutar al observar que en dicho lugar, y a la hora de cierre, se hallaban múltiples personas.

Pero volvieron a intentarlo entregados en su empeño, y así, el 16 de noviembre de 1999 salieron de la localidad francesa de Bidart, yendo en primer lugar Miguel pilotando su vehículo a fin de inspeccionar la zona para evitar ser descubiertos en la frontera franco-española, y siguiéndole Domingo a bordo del Renault 19, junto con el tercero. De tal forma, los procesados penetraron en España y se dirigieron a Irún, localidad a la que llegaron alrededor de las 20 horas, dirigiéndose los dos procesales hasta las proximidades del concesionario en el Renault 19, convencidos de que en esta ocasión consumirían sus planes.

Mas tampoco en esta ocasión lograron su propósito al ser descubiertos por las fuerzas de policía que venían realizando vigilancias y seguimientos a los procesados, y que procedieron a la detención de Miguel y Domingo, logrando huir el tercero. Hechos tomados de la STS 1511/2003, de 17 noviembre

Argumenta si se podría afirmar que se ha dado comienzo a la tentativa del delito patrimonial. No hay que calificar la conducta desde la perspectiva de otros delitos como, por ejemplo, el de pertenencia a banda armada.

c. Tentativa y tentativa inidónea: caso del "cuchol"

El día 10 de diciembre de 1969, el procesado X sobre las cuatro de la tarde regresó a su casa y pidió a su mujer y a su hija, con quienes mantenía muy tensas relaciones, un plato de comida, que éstas le negaron, diciéndole que trabajase y dejase de beber, por lo que el procesado, X, se retiró a su habitación, acostándose, y al levantarse, después de haber observado que se hallaba solo en casa, decidió privar de la vida a todos sus familiares, incluida a su nieta de cuatro meses de edad que convivía en la casa, a cuyo fin tomó una botella de "cuchol", líquido insecticida empleado para exterminar cucarachas, sustancia que, como aparece en el envase, es de moderado poder tóxico, capaz de ocasionar la muerte de un niño de pocos años de edad, aunque carente por lo general de efectos letales en personas adultas, y con propósito de dar muerte a su esposa, hija, nieta y yerno, vertió parte de su contenido en un bote de leche condensada, empleada para la alimentación de la niña, que se hallaba en el interior del armario de la cocina, y en una cafetera que estaba bajo la hornilla utilizada por el resto de familia para el consumo de café, dejando seguidamente tanto la lata como la cafetera en su sitio, cerrando la botella de "cuchol" que volvió a dejar sobre el armario. Cuando poco después de las siete de la tarde regresaron a casa su esposa y su hija, y, al coger ésta la lata de la leche condensada para prepararle el biberón a la niña, sospecharon inmediatamente, por el aspecto y fortísimo olor que despedía, que la leche se encontraba impregnada de alguna sustancia extraña, comprobando

poco después que el frasco de insecticida se hallaba falto de contenido, por lo que procedieron a denunciar los hechos

Argumenta si se podrían imputar al procesado tres tentativas de asesinato.

d. Desistimiento: caso del tendedero

El procesado Domingo C.G., casado con Flora B. G., la mañana del 19 de febrero de 1996, sostuvo una discusión con la misma, porque ésta había encontrado una nota escrita por el acusado en la que se hacía constar las horas en que la esposa salía y entraba de casa, por lo que ella le pidió explicaciones por tal actitud. Terminada la conversación, él se marchó de casa, y no volvió hasta las 15:30 horas. Domingo se dirigió a la cocina donde abrió la ventana, que, desde el piso séptimo, da a un patio de luces, y que está situada a la derecha de la lavadora, por encima de la cual hay un armario empotrado; después fue al dormitorio conyugal, donde estaba su mujer, y le dijo que le había traído un pequeño regalo y que lo buscara en el armario de la cocina situado encima de la lavadora. Flora, sorprendida por la actitud de su marido, fue a la cocina y subiéndose en una silla, que previamente había colocado Domingo, se puso a buscar el regalo, momento en que éste, que estaba detrás de ella, con ánimo de causar la muerte, la empujó para que cayera por la ventana al suelo del patio, lo que no ocurrió porque la esposa se trabó en el tendedero que había en la ventana, cogiéndose con fuerza con las manos de las cuerdas del mismo. Domingo, continuando con su propósito de cayera al vacío, intentó desasirle las manos de las cuerdas, pero al observar que algún vecino se había asomado a la ventana por lo gritos de socorro de la víctima, cesó en su empeño y se esforzó en tratar de salvarla, empezando también a solicitar socorro y a decir que avisasen a la policía, hasta que Flora logró abrir dando una patada la ventana del piso inferior e introducirse por ella.

Condenado por un delito de asesinato en grado de tentativa, Domingo recurre la sentencia alegando que no podía ser responsable de una tentativa porque había desistido voluntariamente de su acción. Argumenta si tiene razón.

e. Desistimiento: caso de la promesa de convivencia

Roberto, mayor de edad y sin antecedentes penales, tras varias discusiones con Maite en las que la acuciaba para reanudar la relación sentimental que habían mantenido hasta hacía unos meses, sobre las 22,30 horas del día 8 de octubre de 2001, la invitó a acompañarle en su coche con el fin de convencerla para que volviese con él. Ya en el interior del vehículo le pidió insistentemente que volviese a convivir con él; y, como ella no accedió a sus deseos, Roberto cogió un cuchillo de cocina con hoja de sierra y de 16 cm. de longitud, que llevaba en la guantera de la puerta del conductor, y le propinó varias puñaladas, causándole contusiones superficiales en el cuello y dos heridas inciso punzantes en ambos hemitórax, en el izquierdo a nivel de la glándula mamaria y en el derecho a la altura del cuarto espacio intercostal, penetrando esta última en la cavidad torácica y provocando un hemoneumotórax derecho (obstrucción respiratoria con hemorragia interna). Maite fue intervenida quirúrgicamente con carácter urgente en el Hospital General de Elda, hasta donde la condujo el mismo Roberto, tras obtener de ella la promesa de que volvería a convivir con él si se curaba de sus heridas. Roberto dejó a Maite en las cercanías del citado Centro donde, merced al tratamiento médico-quirúrgico prestado, curó de sus heridas a los 58 días.

Determina fundadamente el grado de ejecución alcanzado en los hechos expuestos y si resultan punibles.

f. Tentativa, desistimiento y actos preparatorios: caso del marido advertido

La procesada Ana María A. J., de 26 años de edad mantuvo en el domicilio familiar una agria discusión con su esposo Avelino T. A., de 56 años de edad, con quien convivía, no obstante la Sentencia de separación dictada 3 años antes, en el transcurso de la cual Avelino le manifestó que le quitaría a los hijos y que echaría de la casa a su hermano y también procesado Jesús A. J. de 30 años de edad, en cuya búsqueda salió Ana María. Lo encontró sobre las 20 horas en el Bar "Cafetín" en compañía de los también procesados Juan José R. F. de 16 años de edad y Pedro R. A. de 18 años, ambos sin antecedentes penales. Tras relatarles la discusión mantenida con su esposo les propuso que si le mataban les haría entrega de 500 euros, a lo que accedieron los otros tres procesados motivados no por la recepción de dicha cantidad por cuanto conocían las muy graves dificultades económicas de Ana María y práctica imposibilidad de dicha entrega dineraria, sino por el resentimiento que Jesús tenía hacia su cuñado, solidarizándose con él Juan José y Pedro, acordando matar a Avelino. Con dicho fin Jesús se fue a su domicilio en el que se apoderó de un cuchillo trasladándose al bar "El Quijote" donde le esperaban los otros tres procesados y en el que continuaron hablando todos juntos sobre la forma de realizar el hecho. Posteriormente los cuatro procesados se trasladaron al Bar "El Candil" en el que concretaron la forma de ejecución de lo acordado para lo que Ana María mandaría a su esposo a una zona conocida por "El Santo" próxima a una obra en la que esperarían los otros tres procesados hasta que apareciese Avelino a quien apuñalaría Jesús, y si éste no podía con él, intervendrían Juan José y Pedro. Ana María volvió a su domicilio y los otros tres procesados se dirigieron al lugar pactado, portando Jesús el cuchillo de 12 cm de hoja y cogiendo Juan José una barra de hierro de 120 cm de largo y Pedro una estaca de madera de 75 cm de largo, donde estuvieron esperando durante una hora aproximadamente el paso de Avelino, lo que no realizó al ser advertido por su esposa de que no saliese de casa, pues había unas personas que le estaban esperando para matarle, sin que llegase a conocimiento de los otros tres procesados la referida advertencia. STS de 16 de diciembre de 1998 (RA. 1998\10316).

¿Puede entenderse comenzada la tentativa de delito contra la vida?

- En caso de responderse afirmativamente, ¿quién responde por tal?
- En caso de responderse negativamente, ¿cabe imputar responsabilidad penal por otro título?

IV. MANEJANDO JURISPRUDENCIA

1. Proporcionar un teléfono móvil a la propia víctima: ¿desistimiento? (Sentencia 809/2011, de 18 de julio de 2011, del Tribunal Supremo).

¿Has buscado alguna vez una resolución jurisprudencial? Inténtalo con la Sentencia 809/2011, de 18 de julio, del Tribunal Supremo.

Esta Sentencia conoce un interesante y polémico supuesto de hecho de tentativa de homicidio y desistimiento, que resumimos a continuación. Tras consultar la referida resolución, contesta las siguientes preguntas:

1. ¿En concepto de qué condena la Audiencia Provincial de Tarragona al acusado?

2. El acusado recurre en casación (ante el Tribunal Supremo) la Sentencia de la Audiencia, alegando que debería haberse apreciado desistimiento voluntario. ¿Estima el Tribunal Supremo el recurso del procesado? ¿Cómo califica el los hechos el Tribunal Supremo?
3. Resume en un máximo de diez líneas el razonamiento del Tribunal Supremo sobre la concurrencia o no de desistimiento voluntario (Vid. Fundamento Jurídico Primero. En éste encontrarás algunos argumentos de naturaleza procesal. Interesan en nuestro contexto los argumentos de Derecho penal sustantivo).

Hechos probados:

“De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral, ha resultado acreditado que:- El día 23 de julio de 2008, alrededor de las 06:30 horas Marco Antonio y su esposa Marisa estaban acostados en la cama del dormitorio de la vivienda familiar sita en Calle Pere IV, de El Vendrell (Tarragona) cuando, después de que sonara el despertador, de repente, el Sr. Marco Antonio se puso encima de su esposa, a quien tapó la boca con una mano al tiempo que con la otra mano sacaba un cuchillo de cocina que le clavó en el costado izquierdo. La Sra. Marisa reaccionó levantando los brazos para protegerse, clavándole el acusado el cuchillo en el brazo derecho. La Sra. Marisa consiguió levantarse de la cama, momento en que el acusado le asestó varias puñaladas en la espalda, tras lo cual, la mujer quedó tumbada en el suelo del dormitorio, ensangrentada y sin poder moverse.- La Sra. Marisa permaneció tendida en el suelo sin recibir ayuda hasta las 13:30 horas. Desde las 06:30 horas hasta las 13:30 horas, el acusado entraba en la habitación diciendo a su mujer que no gritara, que si chillaba se quitaría la vida, dándole agua para que bebiera. El acusado se provocó cortes a nivel de la muñeca de una mano y se puso el cuchillo en el estómago. Finalmente, alrededor de las 13:30 horas el acusado le dio el teléfono móvil a la Sra. Marisa que llamó a Fermina, compañera de trabajo, pidiendo auxilio. La Sra. Fermina se personó en el domicilio momentos más tarde, abriendo la puerta el Sr. Marco Antonio.- El arma empleada era un cuchillo de cocina, de punta afilada, con mango de color negro, de 32'5 cm de longitud, de los que 20'5 cm correspondían a la hoja del arma”.

A consecuencia de la agresión, Marisa sufrió heridas lineales, incisas, penetrantes y profundas de entre 2 y 3 cm de longitud en varias partes de su cuerpo: en la región paravertebral derecha e izquierda, en la zona inframamaria izquierda, en la región epigástrica, en las palmas y los dedos de la mano derecha con lesión de los tendones de los músculos flexores. Asimismo, sufrió otras muchas lesiones de consideración, incluyendo un hemoneumotórax derecho y un neumotórax izquierdo. La curación de las lesiones requirió, además de la primera asistencia médica, laparotomía, sutura de tendones de la mano derecha y colocación de dos drenajes torácicos, precisando 112 días en sanar en los que estuvo impedida para el desempeño de sus ocupaciones habituales, permaneciendo 62 días hospitalizada. A la Sra. Marisa le han quedado secuelas de tal importancia en la movilidad de la mano derecha y en la pierna izquierda, así como una resección parcial del estómago, agravación de trastornos mentales y perjuicio estético moderado, que el Departament d'Acció Social i Ciutadania de la Generalitat de Catalunya, CAD, ha reconocido a la Sra. Marisa un grado de disminución física y psíquica del 49%.

2. ¿Cuándo proponer un delito es una proposición del art. 17 CP? (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2001)

Resulta sumamente importante que el alumno se ejercite en la búsqueda, lectura y manejo de la jurisprudencia. Por ello te proponemos que leas atentamente la Sentencia del Tribunal Supremo transcrita y que contestes razonadamente las siguientes preguntas (Es recomendable realizar esta práctica una vez se haya estudiado el tema de la autoría y participación, para una mejor comprensión del problema planteado)

1. La cuestión fundamental radica en si José M^a A. A debe responder o no por una proposición para el delito de lesiones. ¿Cuál fue la resolución judicial en primera instancia? ¿El Tribunal Supremo ratifica o casa la Sentencia de la Audiencia?
2. ¿Por qué resulta dudosa en el presente caso la calificación de proposición para un delito de lesiones?
3. Resume en cinco líneas el principal argumento jurídico en el que sustenta el fallo la Sentencia transcrita.
4. ¿Constituye esta concepción de la proposición jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo?
5. ¿Cuál es tu opinión personal sobre el problema planteado?
6. Imagina que José M^a M. L. hubiera aceptado el encargo y causado las referidas lesiones. ¿De qué respondería José M^a M. L.? ¿De qué respondería José M^a A. A.?

RJ 2002\10874

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1994/2002 (Sala de lo Penal), de 29 noviembre

Recurso de Casación núm. 1621/2001.

Jurisdicción: Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

PROPOSICION PARA DELINQUIR: Posturas doctrinales y jurisprudenciales en torno a la tipicidad o no de la proposición en función de si la persona que invita a otro a cometer delito ha resuelto o no participar en el mismo; razones para estimar punible la proposición aun cuando el proponente haya resuelto no participar en el delito al que invita a tercero a perpetrar; existencia: es punible la conducta de empresario que entrega dinero para que otro dé un escarmiento a terceros, habiendo resuelto el proponente no participar en los hechos delictivos, los que no llegaron a cometerse al poner en conocimiento de las víctimas la proposición la persona encargada de dar el escarmiento; aplicación del tipo básico de lesiones al no detectarse un dolo especial de causar los resultados del art. 149 CP/1995 por el proponente.

DELITO: Actos preparatorios: no punición como regla general: problemas relativos a la participación del sujeto del acto preparatorio en el delito objeto de conspiración, provocación o proposición.

La Sentencia de la Audiencia de Navarra (Sección 1^a) de 20-03-2001, absolvió a don José María A. A. como autor de proposición de un delito de lesiones que le era imputado.

Contra la anterior Resolución recurrió en casación la acusación particular don Pedro José G. L. y don Rafael María L. S. , alegando un único motivo que se estudia en los fundamentos de derecho.

El TS declara haber lugar al recurso y dicta segunda Sentencia en la que condena al acusado don José María A. A. como autor de proposición de un delito de lesiones, a la pena de cuatro meses de prisión.

En la Villa de Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil dos.

En el recurso de casación por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por los acusadores particulares don Pedro José G. L. y don Rafael María L. S., contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1ª, que absolvió al acusado José María A. A. de toda responsabilidad penal, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal, habiendo comparecido como recurrido José María A. A., representado por la Procuradora señora F.-R. F., y estando los acusadores particulares recurrentes representados por el Procurador señor M. J.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Tafalla incoó Procedimiento Abreviado con el número 44/2000 contra José María A. A., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Navarra, cuya Sección 1ª con fecha veinte de marzo de dos mil uno (ARP 2001\194), dictó Sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS

«El acusado José Mª A. A., mayor de edad y sin antecedentes penales, es titular y propietario de la mercantil “Tafame, SL”, entidad para la que prestó sus servicios en calidad de Ingeniero Técnico don Pedro José G. L., quién al cesar en ella cuando el acusado designó un gerente a cuyo cargo estaría, se ofreció a don Rafael L. S., industrial de la zona, quien aceptó sus servicios, designándole Director Técnico de una de sus empresas “Calderería y Transformados, SA”, lo que tuvo lugar aproximadamente a finales del mes de septiembre de 1999, dedicándose dicha empresa a la misma actividad comercial que la del acusado. Este hecho generó al acusado preocupación por la competencia empresarial para ello podía suponer a partir de entonces, y que no llegó a aceptar, decidiendo que tanto su antiguo empleado don Pedro José G. L., como el empresario que lo había contratado, don Rafael Mª L. S., debían ser “castigados y agredidos por ello”, y como él no quería ni deseaba participar directa ni materialmente en la agresión, decidió ponerse en contacto con José Mª M. L., de quien conocía sus antecedentes delictivos, y consideraba idóneo para realizar la agresión ideada.

En fecha no determinada, pero situada entre el mes de octubre y en todo caso antes del día 30 de noviembre de 1999, el acusado José Mª A. A. propuso a José Mª M. L., bajo la excusa de que una persona que había trabajado para él se había llevado de su empresa “un disket”, que identificara e investigara a los que podían ser los responsables de dicho hecho, ofreciéndole la cantidad de un millón de pesetas y entregándole ya a cuenta la cantidad de 350.000 ptas.

Aun conociendo el acusado la identidad, como no quería revelarla al señor M., procedió a llevar a éste desde Peralta, hasta la localidad de San Adrián, en cuyo Polígono se asentaba la empresa propiedad de don Rafael Mª L. S., indicándole desde el coche el acusado las dos personas que a su juicio podían haberle sustraído “el disket”, pero sin identificarlas.

José María M. L., en la creencia de que se trataba de investigar la posible sustracción de un disket, inició el seguimiento y obtención de información de esas dos personas, así como de sus hábitos de vida, a quienes llegó a identificar uno como empresario don Rafael Mª L. S. y otro como

Ingeniero don Pedro José G. L., identificación que trasladó al acusado, quien entonces dijo al señor M. “los revientas y los tiras al río”, encargo que sorprendió al señor M., quien para evitar en ese primer momento problemas dijo aceptar, pero acudiendo al día siguiente a estar con el acusado, le preguntó si el encargo iba en serio, contestándole el acusado José M^a A. A. “que sí, que las personas muertas no sufren, pónmelas en una silla de ruedas”.

José M^a M. L., decidió no aceptar el encargo y poner los hechos en conocimiento de las personas que había investigado.

En días inmediatamente anteriores al 30 de noviembre de 1999, en la localidad de Peralta, aparecieron diversas pintadas relativas al acusado y a su empresa “Pilastra Cabrón, hijo puta, Tafame, asesino y ladrón”. Así mismo en esas fechas José M^a M. merodeó por el domicilio de José María A. A., en compañía de otros familiares, a acudir el día 30 de noviembre de 1999 a las 21.30 horas al Cuartel de la Guardia Civil de San Adrián, a relatar que se sentía perseguido por José M^a M. L. y Pedro José G. L., pero negándose a formular denuncia contra ellos, comparecencia en el curso de la cual llegó a reconocer ante los agentes que un día “había pagado a José María M. 50.000 ptas. para que les diera una paliza a un antiguo empleado suyo y al nuevo jefe de éste”.

Don Pedro José G., después de conocer los hechos, ha padecido un temor continuo, diagnosticándosele un trastorno estrés postraumático.

Don Rafael M^a L. S. después de conocer los hechos, que le ocasionó un temor, se le diagnosticó un trastorno por estrés postraumático, temporal y reversible.

Ninguno de los dos precisó tratamiento psicológico».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

Fallo: «Debemos absolver y absolvemos libremente de toda responsabilidad penal al acusado José María A. A., declarando de oficio las costas causadas en este juicio. Firme la presente resolución, elévese exposición al Gobierno, en los términos referidos en el III. Fundamento Jurídico de esta resolución».

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por los acusadores particulares don Pedro-José G. L. y don Rafael María L. S., que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de los acusadores particulares don Rafael María L. S. y don Pedro José G. L., se basó en los siguientes motivos de casación:

«Unico.-Por infracción de Ley al amparo del art. 849-1º de la LECrim (LEG 1882\16), se objetiva en la indebida aplicación del artículo 17.2 del vigente Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), en relación, conforme a los hechos declarados probados con los artículos 149 y 151 del mismo cuerpo legal».

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto apoyó el mismo, y dado traslado también a la parte recurrida impugnó dicho recurso; la Sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 20 de noviembre del año 2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Antes de analizar el motivo único, por el que se alzan contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra los acusadores particulares, conviene precisar,

siquiera sea de modo escueto, el sustrato fáctico y el problema jurídico que se plantea en el presente recurso, no exento de polémica, a nivel doctrinal y jurisprudencial.

El acusado José María A. A., propietario de una empresa en la que prestó sus servicios el Ingeniero técnico señor G. L., cesó en su puesto de trabajo a este último al ser contratado por otro empresario de la competencia. Este hecho generó inquietud en el acusado, que comenzó a soportar en su negocio los efectos negativos de la competitividad empresarial.

Sin pretender ejecutar materialmente delito alguno, propuso su ejecución a una persona, con antecedentes penales, que aquél conocía, al objeto de dar un escarmiento a su antiguo empleado y al empresario que lo contrató; «pónmelos en una silla de ruedas», le dijo. Para ello le ofreció dinero, entregándole una cantidad (350.000 ptas.) prometiéndole el resto, hasta un millón, cuando cumpliera su cometido.

La persona requerida, en lugar de ejecutar el hecho propuesto, decide comunicárselo a las potenciales víctimas, descubriendo la trama y frustrándose el proyecto criminal.

El Tribunal provincial absuelve al acusado, que lo fue por «proposición delictiva», al entender que en momento alguno pretendió participar personalmente en la ejecución del hecho.

En hechos probados se lee: «...él no quería ni deseaba participar directa ni materialmente en la agresión...».

PRIMERO.- Planteada en tales términos la controversia los acusadores particulares combaten la sentencia en motivo único, por la vía del art. 849-1º LECrim (LEG 1882\16), considerando inaplicados los arts. 17-2º del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) en relación al art. 151 del mismo texto legal, cuando debieron haberlo sido. El Ministerio Fiscal se adhiere al recurso.

1. El meollo de la cuestión es simple y se contrae a la determinación del grado de intervención que ha de tener el proponente en el hecho criminal propuesto (art. 17-2 CP), que él ha decidido cometer, y al que ha invitado a otra u otras personas a ejecutarlo.

El art. 17 y 18 del Código Penal contemplan lo que doctrinalmente se ha venido llamando resoluciones manifestadas, que tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios.

Tanto respecto a los actos preparatorios, como a las resoluciones manifestadas, rige la norma general de la no punición. Sólo excepcionalmente se castigarían estas últimas cuando de forma expresa lo prevea la Ley (véase el art. 17-3º y 18-2º CP). En la conspiración y provocación, los términos de la Ley parece que no originan dudas respecto a la intervención asignada a los conspiradores y provocadores.

La conspiración existe, según la ley, «cuando dos o más personas se concierten para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo» (art. 17-1º CP). Nos hallamos, pues, ante la denominada «coautoría anticipada», en la que se prevé la intervención de todos los conspiradores en la realización material del hecho delictivo, sea cual fuere el cometido o la parte del plan acordado que les haya tocado ejecutar a cada uno de los concertados.

La provocación, por su parte, «existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración del delito» (art. 18-1º CP). Es obvio que en este caso, referido a una incitación intensa, de indudable amplitud y fuerza difusora, el provocador no pretende cometer el hecho delictivo, quedando al margen del mismo, en la esperanza de que el mensaje lanzado, pueda ser asumido por alguno de los indeterminados destinatarios.

Por último «la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo». Realmente se trata de una «inducción frustrada» o «tentativa de inducción». En los términos en que la describe la ley, no resulta claro afirmar si tiene o no que participar personalmente en el hecho proyectado el que realiza la propuesta, o por el contrario ésta debe realizarla materialmente el instigado o requerido sin necesidad de intervenir el proponente. Sobre el particular está dividida la doctrina y la jurisprudencia.

2. El Tribunal provincial optó por la necesaria participación personal y directa del proponente y le absolvió, al quedar excluida tal posibilidad del proyecto criminal.

El proceso deductivo y los argumentos alegados por la Audiencia podemos esquematizarlos del modo siguiente:

A) La proposición que actualmente se regula en el artículo 17.2 del Código Penal, mantiene el mismo tenor literal que en el artículo 4.2 del Texto Refundido de 1973 (RCL 1973\2255; NDL 5670) del Código Penal.

B) Se exige, por tanto, como elemento indispensable y diferenciador de otros supuestos, que el proponente vaya a intervenir directamente en la ejecución de la infracción delictiva que ha resuelto ejecutar y que invite a otro a que participe con él en la ejecución de dicho delito.

C) Que la conducta de proponer a otro la materialización de un delito sin intención de participar personalmente en el mismo, se sitúa en el ámbito de la inducción.

D) Que la inducción como forma de autoría ha de ser eficaz, planteándose entonces, si la inducción no seguida de ejecución es punible en alguna forma; señalando el Tribunal a estos efectos:

a) Que si no existe decisión del proponente de participar personalmente en la ejecución, no puede sancionarse como proposición.

b) Que tampoco puede acudirse a la figura de la provocación en el vigente Código Penal ya que, aunque con referencia al Código derogado la Sala Segunda del Tribunal Supremo había considerado que «la provocación seguida de ejecución se sancionaba como inducción y que, de contrario, la inducción no seguida de ejecución se sancionaba como provocación» (STS 16 noviembre 1987 [RJ 1987\8520]), en el vigente texto penal ello no es posible por requerirse que la incitación sea pública, excluyéndose, de ese modo, la incitación privada.

El derogado Código de 1973 (RCL 1973\2255; NDL 5670) define la provocación en los siguientes términos «La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito».

La conclusión a la que llega la Sala de instancia no es otra que la atipicidad de la conducta por no concurrir la exigencia de que el proponente esté decidido a intervenir personalmente en la ejecución del delito que invita a ejecutar a otras personas.

Con todo lo dicho hemos de preguntarnos: en casos de incitación de palabra (como es el que nos ocupa) o a través de otro medio de posible eficacia (entrega de dinero y promesa de entregar más), si no han sido efectivos y a la proposición no siguió la ejecución ¿puede castigarse la conducta enjuiciada como proposición, ya que como provocación no puede al excluirse la incitación privada? O, por el contrario ¿la decisión legislativa de no incluir la conducta dentro del concepto de provocación fue debido a que tenía perfecta cabida en la proposición?

Ahora el principio de punición, afirmado por la Sala II, debería decir que «la inducción no seguida de ejecución es impune, salvo que constituya provocación o proposición para delinquir, según los casos».

3. El Tribunal de origen asienta su decisión en jurisprudencia precedente. Hemos de decir que la línea decisoria del Tribunal Supremo, se halla predominantemente acorde con la posición

sostenida por la sentencia combatida, aunque no pueda calificarse de enteramente uniforme, al existir sentencias de otro tenor.

El apoyo fundamental lo halla en la de 21 de marzo de 1986 (RJ 1986\1678) en la que se explica: «la proposición viene caracterizada por la resolución firme del proponente de llevar a término una infracción delictiva animado del propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución, si bien busca una coadyuvancia para la material realización y a tal fin invita a otro u otras personas a que colaboren en la plasmación del proyecto».

No tan explícitas, pero en la misma línea registramos la SSTS de 5 de febrero (RJ 1993\880) y 21 de octubre de 1993. La primera de éstas señala como requisitos de la proposición:

–resolución firme del proponente para la ejecución de un hecho previsto en la Ley como delito.

–propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución.

–búsqueda de coadyuvancia para la realización material del delito.

4. Pero frente a tal tendencia interpretativa, no faltan sentencias que de modo indirecto exigen tal requisito (v.gr. S. 30 noviembre 1934 y 28 mayo 1935) o bien explícitamente entienden incluidas en los términos del antiguo art. 4-2º del CP/1973 (RCL 1973\2255; NDL 5670) (actualmente 17-2 CP/1995 [RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777]) los casos de proposición con intervención directa (ejecutores materiales, coautores) o indirecta (cooperador necesario, inductor). Así, nos refiere la sentencia de 20 octubre 1972 que los elementos de la proposición se dividen en los dos siguientes:

a) Resolución en la que una persona se propone llevar a cabo la comisión de un delito.

b) Invitar a un tercero a ejecutarlo, bien cooperando materialmente ambos, proponente y propuesto, o bien induciendo el primero, por orden o mandato, para que sea el segundo quien material y efectivamente lo lleve a cabo.

5. La doctrina científica ha acusado la misma división de opiniones, existiendo autores que justifican la impunidad en supuestos de proposición no seguida de ejecución, en los que el proponente descarta de antemano la intervención ejecutiva en el hecho criminal propuesto.

Desde otra perspectiva los autores que sostienen la tesis de la punición expresan criterios como los siguientes:

–«el concepto de proposición comprende también el supuesto en que el proponente que ha resuelto cometer el delito invita a otra u otras personas a que lo ejecuten sin su cooperación».

–en la proposición «existe un sujeto resuelto a cometer un delito, pero no a ejecutarlo él personalmente» y a ello se une «la pretensión de captar la voluntad de otra u otras personas en orden a que sean ellos quienes ejecuten el delito».

SEGUNDO.- Este Tribunal de casación, ponderando las distintas opiniones, atendidas las razones del Ministerio Fiscal, expuestas en el recurso, y partiendo de que no consta que después de la entrada en vigor del Código de 1995 –en el que se modifica sustancialmente el concepto de provocación– se haya pronunciado esta Sala en un sentido o en otro, opta por estimar subsumible la conducta enjuiciada en el art. 151 del Código Penal, en relación al 17-2º y 147-1º del mismo cuerpo legal.

1. Las razones que le impulsan a adoptar tal criterio resolutivo son, entre otras, las que a continuación se señalan, algunas de ellas, oportunamente patentizadas por la doctrina científica más cualificada. Veámoslas:

a) El Código Penal de 1932 (RCL 1932\1408, 1499), en su art. 4 p. 3º, definía esta figura jurídica en los siguientes términos: «la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer el delito propone su ejecución a otra u otras personas».

La doctrina científica, coincide en afirmar que el cambio de dicción en el Código de 1944 (RCL 1945\88), sólo tuvo una motivación de carácter formal o secundaria, evitando que la palabra definida se incluyera en la definición. Así, se sustituyó el verbo «proponer» por el de «invitar», sin pretender variar la configuración, sentido y alcance de la figura de la proposición.

Por lo demás, no es infundado entender que la expresión actual «invita a otra u otras personas a ejecutarlo» sugiere que lo que se propone a otro, es que sea él el que ejecute el delito, que tramó y urdió el proponente.

b) No es lo mismo estar dispuesto «a cometer» el delito que estar resuelto «a ejecutarlo». Del art. 49 del precedente Código de 1973, se desprendía que cometen el delito todos los autores con arreglo a la terminología legal, esto es, tanto quienes ejecutan el hecho como los inductores y los cooperadores necesarios. Decía el art. 49: «A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hallare señalada por la ley».

Aunque el precepto ha desaparecido, según el art. 28 del actual Código de 1995, se siguen considerando coautores del delito, no sólo quienes lo realizan o ejecutan, sino también los que inducen a otros a ejecutarlo, y como tenemos dicho, la proposición, en puridad técnica, integra una «inducción frustrada».

c) Resultaría absurdo interpretar el precepto de otro modo, en aquellas hipótesis en que para la realización material del hecho delictivo no fuera precisa, o incluso resultara superflua, la participación ejecutiva del proponente, concretamente, en los casos en que el invitado a la ejecución puede perfectamente y por sí solo consumir el delito, sin que la colaboración del proponente aporte nada, que no sea su propuesta convincente.

d) Antes de la vigencia del Código de 1995 –que alteró la redacción de la «provocación» (art. 18 CP)– pudo tener sentido la manifestación jurisprudencial, de que si a la provocación hubiere seguido la perpetración, el hecho se castigaba como inducción, y cuando no iba seguida de ejecución, la conducta debería ser castigada como provocación. Ahora, al excluirse la provocación privada, la propuesta jurisprudencial no sería correcta, ya que el art. 18 del actual Código no engloba tales supuestos.

Lo adecuado y razonable es enmarcar el caso en el art. 17-2º (proposición), porque su literal descripción, consiente perfectamente, sin forzamientos interpretativos, la subsunción del supuesto, evitando una laguna legal, ante la falta de constancia de que el legislador tuviera el propósito de dejar impune tal comportamiento.

No es aventurado entender, en suma, que la exclusión de la provocación privada en la regulación actual de la provocación, tuviera por causa, cuando ésta se dirige a persona o personas concretas, el entendimiento por parte del legislador de que la hipótesis ya se hallaba contemplada en el art. 17-2 (proposición).

e) El texto legal no distingue o precisa si el proponente ha de intervenir directa o personalmente en el hecho delictivo propuesto. Le hubiera resultado fácil al legislador que pretendiera incluir la intervención en el hecho delictivo del proponente, establecer en el texto legal que dicho proponente incitara «a tomar parte en la ejecución», u otras expresiones semejantes.

f) Tanto en la proposición como en la provocación la resolución del sujeto de cometer el hecho es firme (decida o no intervenir); esto es, la resolución manifestada es tan firme lo ejecute junto con los demás o se quede él al margen, después de haber propuesto o inducido a otros a su comisión.

g) En orden al contenido material de la antijuridicidad del hecho (bien jurídico lesionado o puesto en peligro), la punición del supuesto que nos atañe sería acorde al grado de lesividad u ofensividad de la conducta desplegada por el acusado. Piénsese que con el comportamiento

enjuiciado se creó un riesgo o situación de peligrosidad seria y constatable, al ofrecer el proponente a una persona de dudosa catadura moral (los hechos probados afirman que el requerido poseía antecedentes delictivos) una cantidad dineraria tentadora, para dar un escarmiento a dos personas, llegándole a entregar como anticipo 350.000 ptas.

La Audiencia advierte tal circunstancia el haber acordado, caso de alcanzar firmeza la sentencia, proceder conforme al art. 4-2º CP, proponiendo al Gobierno el futuro castigo de hechos de esta naturaleza.

TERCERO.- Siendo subsumible la conducta descrita en el «factum», en el art. 151, en relación al 17-2 del Código Penal, es necesario, dado el carácter relativamente dependiente de esta figura delictiva, concatenarla con el delito propuesto a la hora de completar la configuración del supuesto delictivo.

1. La acusación particular recurrente imputaba los hechos del art. 149 del Código Penal, y el Ministerio Fiscal, que se adhirió al recurso, los calificaba por la vía del art. 147 del mismo cuerpo legal.

De los términos imprecisos del «factum» pareciera que el escarmiento o agresión solicitado tuviera la entidad o gravedad necesaria como para encuadrar el hecho en los preceptos que la acusación invocaba. Pero a falta de mayores concreciones o ausencia de delimitación de la conducta a desarrollar, no podemos calificarla en esos términos, pues no se detectó un propósito especial (dolo reduplicado), de provocar la pérdida de un órgano principal o su inutilidad, o de un sentido, u ocasionar la impotencia, la esterilidad, o una grave enfermedad, etc., aunque eventualmente pudiera derivarse tal resultado en el desarrollo ejecutivo del proyecto delictivo, lo que nunca tuvo lugar, por ser consustancial a esta modalidad delictiva la inexecución de lo acordado. Por todo lo cual, debemos aceptar en beneficio del reo, que la proposición recayó sobre el tipo delictivo genérico de lesiones graves (art. 147-p. 1 Código Penal).

2. En aras a la individualización de la penalidad (art. 66-1º CP), dado el peligro o riesgo corrido por las potenciales víctimas, la rebaja de la pena básica (de 6 meses a 3 años), deberá hacerse en un grado, imponiéndola en su mitad inferior atendiendo al hecho de que, el acusado confesó parcialmente su intervención, actuando al modo de una atenuante típicamente prevista en el Código. Ello no quiere significar, como pretende el recurrido, que pueda aplicarse el art. 16-2º CP, hablando de una interrupción del delito intentado, al haber acudido voluntariamente a la policía. El acusado no desistió de su macabro plan, sino que fue el tercero receptor de la propuesta delictiva, el que decidió no culminar los ilícitos propósitos por aquél proyectados, a pesar del dinero recibido y prometido.

El principio de proporcionalidad de las penas, nos inclina a considerar adecuada la pena que interesa el Fiscal de 4 meses, que deberá ser sustituida en ejecución de sentencia, en los términos establecidos en el art. 88 del Código Penal, en relación al 71-2º del mismo cuerpo legal.

Las responsabilidades civiles, por los trastornos postraumáticos sufridos por los recurrentes, se fijan en 150.000 ptas. (901,52 euros) en favor de cada uno de ellos.

Las costas del recurso deberán declararse de oficio, conforme al art. 901 de la LECrim (LEG 1882\16), procediéndose a la devolución del depósito constituido.

Las costas de la instancia deberán imponerse al acusado José María A. A., incluyendo las de la acusación particular, dada la relevancia de su actuación, en este caso decisiva, a tenor de lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 239 y ss. de la LECrim.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de los acusadores particulares don Pedro José G. L. y Rafael María L. S., y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial

de Navarra con fecha veinte de marzo de dos mil uno (ARP 2001\194), con declaración de oficio de las costas ocasionadas en el recurso y devolución del depósito constituido en su día.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Carlos Granados Pérez.–José Ramón Soriano Soriano.–Diego Ramos Gancedo.

SEGUNDA SENTENCIA NUM. 1994/2002.-

En la Villa de Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil dos.

En el Procedimiento Abreviado seguido por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Tafalla con el número 44/2000, y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera, contra el acusado José María A. A., con DNI núm. ..., nacido en Peralta (Navarra) el 28 de octubre de 1955, hijo de Pedro y de Carmen, sin antecedentes penales, con domicilio en Plaza Fructuoso Muerza núm. ... de San Adrián; y en cuya causa se dictó Sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra con fecha veinte de marzo de dos mil uno (ARP 2001\194).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la Sentencia que antecede dictada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha.

FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado José María A. A., como autor responsable de la proposición para cometer un delito de lesiones graves, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de cuatro meses de prisión, a sustituir en ejecución de sentencia, conforme al Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), y al pago de las costas procesales de la instancia, con inclusión de las de la acusación particular.

Indemnizará a cada uno de los dos perjudicados recurrentes en la suma de 150.000 ptas. (901,52 Euros).

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Carlos Granados Pérez.–José Ramón Soriano Soriano.–Diego Ramos Gancedo.

PUBLICACION.–Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Lección 12ª

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Algunas cuestiones preliminares
 - a. La teoría de la intervención delictiva
 - b. Aclaraciones sobre la regulación en el Código penal
 - 2. La autoría: teoría objetivo- formal versus teoría del dominio del hecho
 - a. Teoría objetivo-formal
 - b. Teoría del dominio del hecho
 - 3. Autoría individual directa
 - 4. Coautoría
 - a. Elementos de la coautoría
 - 5. Autoría mediata
 - a. Diferencias entre autoría mediata e inducción
 - b. Supuestos de autoría mediata
 - 6. Participación: fundamento del castigo y principio de accesoriedad
 - a. Razones para castigar la participación
 - b. Principios rectores de la participación
 - 7. Inducción
 - a. Causación de la resolución criminal en otro
 - b. Empleo de medios de carácter psíquico
 - c. Incitación directa a la ejecución
 - d. Inicio de ejecución del delito
 - e. Dolo
 - 8. Cooperación necesaria y complicidad
 - a. Delimitación entre cooperación necesaria y complicidad
 - b. El tipo de actividad en que ha de consistir la cooperación necesaria y la complicidad
 - c. Momento en que ha de producirse la contribución
 - d. Dolo
 - 9. Responsabilidad penal de las personas jurídicas
 - a. Cambio de paradigma
 - b. Rasgos generales del sistema
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto
 - 2. Casos para resolver

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Esta lección deberá prepararse por el alumno por anticipado. Su extensión impide que se planteen en los materiales todas y cada una de las cuestiones implicadas, por lo que estos materiales deberán completarse con la bibliografía recomendada.

El epígrafe referido a la autoría se expone siguiendo fundamentalmente la teoría del dominio del hecho, aunque con alguna referencia que también permita entenderla desde la teoría objetivo-formal.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

1. Algunas cuestiones preliminares

a. La teoría de la intervención delictiva

La realización de un delito puede ser llevada a cabo por un solo sujeto (A mata a B de un disparo), pero también es posible que intervengan varios sujetos (A mata a B de un disparo ayudado por C, por encargo de D. El arma se la proporcionó E).

La teoría de la intervención o participación delictiva se ocupa de dilucidar la responsabilidad que corresponde a los diversos intervinientes en un delito. A la hora de abordar esa responsabilidad caben dos puntos de partida: (1) definir como autor a todos los intervinientes en el hecho y (2) establecer diferencias entre las personas que concurren, distinguiendo entre autores y partícipes. En el primer caso se habla de un **concepto unitario** de autor, que renuncia a distinguir entre autores y partícipes; en el segundo, de un **concepto restrictivo de autor**, que distingue entre el autor de un delito y quien sólo contribuye al delito de otro (partícipe).

1. Teniendo en cuenta lo dispuesto en los art. 27, 28, 61 y 63 CP, ¿qué concepción resulta compatible con la regulación en el Código penal español?

Artículo 27.

Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.

Artículo 28.

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a. *Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*
- b. *Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.*

Artículo 29

Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

Artículo 61.

Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada.

Artículo 63.

A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito.

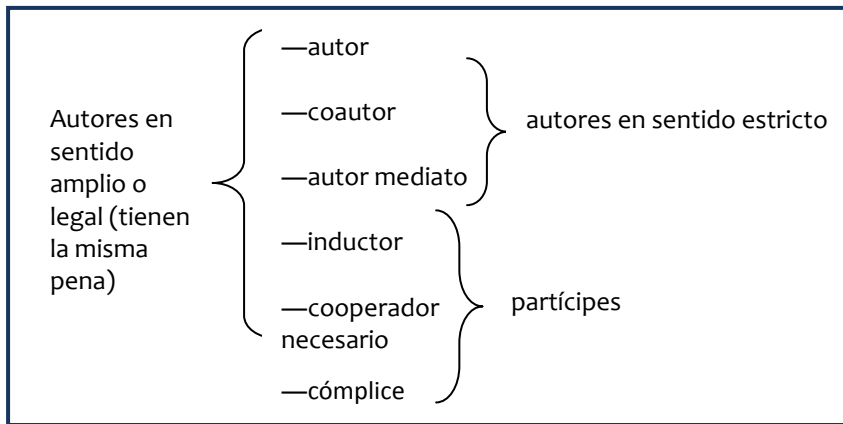
b. Aclaraciones sobre la regulación en el Código penal

2. ¿Qué precepto de los anteriores sería aplicable a los sujetos de los ejemplos?
 - a. A apuñala a B.
 - b. A ofrece a B 10.000 euros si mata a C. B acepta y mata a C.
 - c. A amenaza a B con matar a sus hijos si no realiza un transporte de cocaína a España mediante el procedimiento de viajar con la cocaína ingerida en forma de bolas.
 - d. A ha decidido robar en el chalet de B, para lo que necesita un coche con el que llegar y meter el botín que obtenga. C le presta el coche.
 - e. Un sujeto A decide matar a B, para lo que cuenta con la ayuda de C, asistente doméstico de B. Siguiendo las indicaciones de A, C narcotiza a B y lo deja dormido en la casa, marchándose a continuación. Una hora después A entra en la casa con una llaves que le ha dejado C y mata a B estrangulándolo.
 - f. A empuja a B durante la visita por la exposición de “El Hermitage en el Prado” para que caiga sobre una pintura de gran valor que sufre desperfectos importantes.

Los artículos transcritos extienden la responsabilidad a sujetos distintos de los autores, poniendo de manifiesto la necesidad de distinguir entre quienes intervienen como autores y quienes lo hacen como participantes en el hecho del autor, esto es, entre quienes tienen una responsabilidad **autónoma** (por realizar el delito) y quienes la tienen **acesoria** (por contribuir a la realización del delito por otros, por participar en el hecho que realizan otros (el autor u autores).

Por otro lado el art. 28 emplea el término “autor” en dos sentidos:

- **Autor en sentido estricto.** Se alude aquí a quien realiza el hecho como propio: el que dispara, el que contamina, el que se apodera de la cosa mueble ajena, el que lesiona, etc. Como **autores** recoge el legislador al autor individual (*quienes realizan el hecho por sí solos*), al coautor (*conjuntamente*) y al autor mediato (*por medio de otro del que se sirven como instrumento*).
- **Autor en sentido amplio.** Se alude aquí a sujetos que participan en el delito de otro (*los que inducen, los que cooperan*), pero su aportación al hecho es tan importante que el legislador ha decidido equiparar su pena a la del autor, aunque no lo sean. **No son autores pero se les considera autores** a efectos penológicos tanto al inductor como al cooperador necesario.



Sobre la forma de diferenciar entre autoría y participación y las diversas formas de ser autor o partícipe versará la mayor parte de este tema.

2. La autoría: teoría objetivo-formal versus teoría del dominio del hecho

Si en el Código penal se diferencia entre autor en sentido estricto y otras formas de intervenir en el delito, debemos establecer un criterio que nos permita distinguir las formas de intervención en el delito que constituyen autoría de aquellas otras que son simples formas de participación. Posteriormente, estudiaremos las distintas formas de autoría y de participación.

Al respecto se han ofrecido diversos criterios doctrinales:

a. Teoría objetivo-formal

Parte del tenor literal y define como autor a quien realiza el tipo, a quien ejecuta la conducta descrita en el tipo penal de que se trate, a quien conjuga el verbo típico. Por el contrario, será partícipe quien realiza una aportación al hecho que no es subsumible en el tipo. La realización del tipo se entiende como realizar por sí mismo todo o parte de la acción descrita en el tipo.

Ejemplos:

- Sujeto que dispara con una pistola apuntando a una zona vital (matar: homicidio)
- Sujeto que en casa ajena pone la mano sobre un lujoso pisapapeles para sustraerlo (apoderamiento: hurto)
- Sujeto que apunta con una pistola al cajero mientras otro desvalija la caja (ejercicio de intimidación+apoderamiento: robo con violencia o intimidación).

La teoría objetivo-formal presenta, junto con su sencillez, una ventaja indudable, cual es su respeto al principio de legalidad, en tanto en cuanto parte de

la redacción literal de la Ley para establecer la distinción entre autor y partícipe. Se la critica en el sentido de que no siempre quien realiza la conducta descrita en el tipo es quien más peso o importancia tiene en la realización delictiva (imaginemos un complicado atraco a un banco, donde quien toma físicamente el dinero o intimida puede ser un simple peón intercambiable).

Tradicionalmente se ha criticado a esta teoría su incapacidad para calificar de como autor al autor mediato (al que utiliza a otro como instrumento, ej quien coloca la droga en el equipaje sin que el dueño de este lo sepa y así la pasa por la frontera). Sin embargo, actualmente ésta no puede considerarse una crítica concluyente, pues precisamente dando respuesta a la dificultad de subsumir en la conducta típica la conducta del autor mediato, el Código penal ha regulado expresamente la autoría mediata.

b. Teoría del dominio del hecho.

Para superar los problemas de la teoría objetivo-formal se proponen otras opciones que van más allá de la mera descripción típica como contenido de la autoría e inciden en aspectos materiales relacionados con la importancia de la contribución al delito. Entre estas teorías materiales destaca hoy la teoría del dominio del hecho. Para esta tesis, dominante en la doctrina alemana y que cada vez cuenta con más defensores en España, incluido el Tribunal Supremo, el aspecto central no es la ejecución del tipo, sino el control del suceso, el dominio del hecho. Autor del hecho será quien ostente el dominio final sobre el acontecer de la acción típica hacia el resultado lesivo; partícipe será quien, interviniendo en el hecho, carece del dominio. Es, por tanto, un criterio objetivo-subjetivo: es objetivo porque se exige una posición objetiva de control del hecho (el sujeto tiene en sus manos el curso del suceso típico), pero es también subjetivo porque es preciso que esa posición objetiva de dominio obedezca a la voluntad de dominar el hecho.

3. ¿Quién domina el hecho en las siguientes situaciones y, en consecuencia, es autor?, ¿por qué?
 - a. A dispara sobre B con una escopeta de caza.
 - b. Mientras A sujeta a B, C le golpea hasta que B queda inconsciente.
 - c. En un restaurante, el cocinero A vierte veneno en la comida de B sin que se entere el camarero que le sirve a B el plato envenenado.

El máximo representante de esta teoría, Roxin, y, en general sus defensores reconocen que la noción del dominio del hecho es un concepto abierto, que debe ser concretado en función de cada modalidad de autoría. A grandes rasgos ese dominio se presenta del siguiente modo en las distintas modalidades de autoría en sentido estricto:

1. **Autoría directa individual:** siempre será autor quien realiza de propia mano los elementos del tipo. Este sujeto tiene el **dominio material** del hecho.
2. **Autoría mediata:** el dominio del hecho se concreta en el dominio sobre la decisión, el **dominio de la voluntad**. El autor mediato no realiza de propia

mano los elementos típicos (no “ejecuta” la acción); sin embargo, tiene el dominio pleno sobre la decisión, pues quien fácticamente ejecuta la acción se halla en un estado de error o coacción provocado por aquél.

3. **Coautoría:** será coautor quien ostente el **dominio funcional** del hecho. Ese dominio funcional pasa por la aportación de una parte esencial del hecho, de la cual dependa la consecución del proyecto delictivo global.

La teoría del dominio del hecho es una teoría restrictiva, pero pretende introducir una mayor flexibilidad que la teoría objetivo-formal, en el sentido de considerar autor no sólo a quien ejecuta materialmente el hecho típico (practicando de propia mano actos típicos), sino también a quienes, aun no ejecutando actos estrictamente típicos, ostentan un papel preponderante en la realización del delito, dependiendo de tal contribución la producción del resultado.

3. Autoría individual directa

Conforme al art. 28, son autores quienes realizan el hecho por sí solos. Esta figura es la del autor individual directo. La autoría directa (por oposición a la mediata) e individual (por oposición a la coautoría) constituye la forma más simple de realización del hecho, en la medida en que es una sola persona – a salvo los partícipes – quien realiza el hecho típico. Ej. A, con la pistola que le ha proporcionado C, dispara sobre B causándole la muerte. En los casos en que es una única persona la que realiza la conducta típica (matar), ni la teoría del dominio del hecho ni la objetivo formal tendrían ningún problema para afirmar que es autor en sentido estricto.

Para la teoría objetivo formal la calificación como autor no plantea ningún problema. Tampoco para la teoría del dominio del hecho, pues realizar de propia mano, por uno mismo, los elementos del tipo, lo que confiere al sujeto el **dominio material**.

4. Coautoría

Conforme al art. 28 son también autores en sentido estricto quienes realizan el hecho conjuntamente.

Los tipos penales pueden ser realizados por una sola persona, pero también pueden llevarse a cabo por varias personas. Esa realización conjunta puede establecerse bajo el esquema de autoría/participación, en el que existe una persona que ocupa el papel central en la realización del hecho (autor) y otras contribuyen al fin delictivo con actos de apoyo o ayuda, subordinados a la acción principal (actos de participación). Pero la realización conjunta del hecho también puede revestir el esquema de la coautoría, consistente en la realización en común del delito por varias personas, pero ocupando todas un papel equiparable en importancia; es

decir, ejerciendo todas ellas el papel de autores. A ella se alude en ese párrafo primero del art. 28 CP.

Para la teoría objetivo-formal habrá coautoría cuando la conducta típica se realiza entre varios (ej. A y B golpean a C, o A sujeta a la víctima mientras B yace con ella. Como puede observarse, en este último caso ni A ni B realizan por sí mismos un delito de violación (acceso carnal con violencia o intimidación), sino conjuntamente).

Para la teoría del dominio del hecho, lo relevante será que la contribución realizada ostente tal grado de importancia para la consecución del plan conjunto que pueda afirmarse que el sujeto que la realiza posee el dominio de toda la realización del delito. Desde esta concepción, lo característico de la coautoría es que en ella se comparte el dominio del hecho, de modo que cada coautor tiene el dominio funcional del hecho, pues cada uno de ellos realiza una contribución esencial al plan delictivo, sin la cual no habría podido llevarse a cabo.

4. ¿De acuerdo con cada una de las teorías expuestas, cabría hablar de coautoría en los siguientes casos?
- A y B deciden matar a C, para lo cual, mientras B sujeta a C, A le estrangula con ayuda de un cable.
 - A y B deciden matar a C, para lo cual ambos disparan sobre C, que cae abatido.

La coautoría se basa, así, en un principio de división de trabajo, en un reparto de funciones, cada una de las cuales resulta esencial para la consecución del fin delictivo. El dominio funcional permite que se impute a cada uno de los autores lo que realizan los demás, respondiendo por el delito en su conjunto. Rige aquí el **principio de imputación recíproca**: lo que haga cada uno de los coautores es imputable (es extensible) a todos los demás.

a. Elementos de la coautoría

Para que puedan imputarse recíprocamente las acciones de cada coautor al resto es preciso que concurren dos elementos, uno llamado subjetivo: el mutuo acuerdo, y otro llamado objetivo: la aportación esencial al hecho.

1. El mutuo acuerdo

El mutuo acuerdo o acuerdo común entre los intervinientes debe abarcar:

- El conocimiento y aceptación de la realización del delito en concreto.
- El conocimiento y aceptación de la propia contribución y de las de los demás.

El mutuo acuerdo puede obedecer a la existencia de un plan conjunto previamente acordado, es decir, ser un mutuo acuerdo *expreso* y *previo* a la realización del hecho. Pero ese acuerdo puede ser también *tácito* y *coetáneo*, surgiendo durante la misma realización del hecho. Esa modalidad es característica de la llamada *coautoría sucesiva*, esto es, de supuestos en los que a la realización inicial de un delito por parte de un sujeto se le suma la contribución de un tercero.

5. Ejemplo: A entabla una pelea con B y en ese momento C, que se halla en el mismo lugar y mantiene una relación de enemistad con B, le sujeta por detrás inmovilizándole para permitir que A le golpee hasta dejarlo inconsciente. Conforme al requisito del mutuo acuerdo, ¿qué será preciso para que la contribución de C pueda ser considerada como un coautoría?

Si hay coincidencia en la ejecución del delito, pero no hay acuerdo entre los sujetos, estamos ante los casos de autoría accesoría, donde no rige el principio de imputación recíproca.

6. A pone 5 gotas de veneno en la taza de café de C, B pone tres gotas de veneno en la taza de café de C. A y B actúan de modo independiente y sin conocimiento de la acción del otro. Sólo 8 gotas de veneno son suficientes para producir la muerte. ¿De qué responden A y B?

En la realización del hecho delictivo los sujetos intervinientes pueden ir más allá de lo acordado. Son los supuestos de “**excesos**”

7. Ejemplo: A, B, y C planean entrar a robar juntos a una casa, habiendo acordado que maniatarán a las personas que viven en ella, pero que no les harán daño. Una vez dentro, C, ante las dificultades para encontrar la caja fuerte, opta por golpear a una de las personas para conseguir la información sobre la caja fuerte por parte de los demás habitantes de la casa. ¿Responden A y B por el delito de lesiones?

En principio, el mutuo acuerdo delimita el ámbito de la imputación recíproca, en el sentido de que el exceso de un coautor respecto del plan conjunto no puede serle imputado a los demás, sino únicamente atribuido a quien realiza la acción que va más allá de lo asumido conjuntamente por los coautores. Ahora bien, como el mutuo acuerdo puede ser coetáneo a la realización del hecho, si la acción que constituye un exceso sobre el plan conjunto inicial es asumida por los demás coautores como parte del proyecto delictivo, dicha acción dejará de constituir un exceso pues habrá pasado a formar parte del plan conjunto actualizado, y podrá, en consecuencia, ser imputado recíprocamente a todos.

8. Plantea una variante del caso anterior del robo en el que quepa hablar de una asunción del exceso por el resto de sujetos intervinientes

2. La aportación esencial o necesaria

La coautoría implica una realización conjunta, esto es, un reparto de funciones conforme al principio de división del trabajo en el que cada uno realiza una parte esencial del delito, pero ninguno el hecho por completo (entonces habría autores individuales directos, no coautores).

Como ya se ha apuntado, la calificación como coautores no plantea especiales dificultades para la teoría objetivo-formal (para ser calificado de coautor hay que realizar hechos típicos), no así para la teoría del dominio del hecho. Lo expuesto a continuación va referido a esta teoría.

Las dificultades respecto a este elemento son dos: (I) decidir si es preciso que la intervención se realice en fase ejecutiva o se incluyen también las intervenciones en fase preparatoria y (II) apuntar los criterios que permiten calificar la aportación como esencial.

3. ¿Intervención en fase ejecutiva o también en fase preparatoria?

En principio parece más indicado exigir que el sujeto actúe durante la fase de ejecución realizando una aportación necesaria, dejando la intervención en fase de preparación como una conducta de participación. Como razones que apoyan esta posición restrictiva pueden darse tres. En primer lugar, y por respeto al tenor de la ley, este criterio encaja mejor con la exigencia del art. 28 de realizar conjuntamente el hecho, pues realizar no es preparar. En segundo lugar, desde una interpretación sistemática, porque si calificamos como coautoría toda aportación esencial al hecho, se deja sin ámbito de aplicación a la figura de la cooperación necesaria, prevista por el legislador en el art. 28 como una forma de participación equiparada a la autoría en sentido estricto. Y, en tercer lugar, porque resulta difícil hablar de dominio funcional del hecho respecto a las conductas de preparación de delito. Quien actúa sólo en la fase preparatoria no tiene, en realidad, el poder de decisión última sobre la producción del delito, pues éste sólo se realiza cuando se cometen los actos típicos, quedando en manos de los que actúan en la fase ejecutiva la decisión sobre si el delito va a realizarse o no.

Si la aportación que realiza el sujeto, aun siendo esencial, no es en fase de ejecución, su intervención será a título de partícipe (cooperador necesario).

Cabe advertir de que la exigencia de intervención en fase ejecutiva no equivale a exigir que cada coautor lleve a cabo actos ejecutivos, esto es, típicos. La exigencia de que cada coautor ejecute directamente la acción típica es propia de la teoría objetivo-formal, no de la teoría del dominio del hecho.

9. ¿Quiénes son coautores y quiénes son partícipes en el siguiente supuesto?

A, B, C, y D se conciertan para efectuar conjuntamente el robo a un banco. A es el conductor del vehículo que lleva a los demás hasta la puerta del banco y espera hasta que salgan; B es un empleado del banco que les proporciona la información sobre la seguridad del banco y sobre la clave de la caja fuerte; C y D entran armados en el banco y amenazan a los clientes y, con la información proporcionada por B, se apoderan del dinero e la caja fuerte, saliendo después del banco y metiéndose en el coche conducido por A.

Según la teoría objetivo formal C y D serían coautores sin duda alguna en cuanto llevan a cabo la conducta típica: apoderamiento mediante intimidación. A, que espera en el vehículo, en principio sería un cooperador necesario, aunque hay Sentencias que califican a quien espera para facilitar la huida como autor con el argumento, derivado de la interpretación del delito de robo, de que, en la medida que el robo no se consuma hasta que existe una disponibilidad sobre la cosa, la conducta de A, consistente en facilitar la huida puede ser considerada de apoderamiento y, por lo tanto, puede ser calificado también de coautor. B sería un cooperador necesario.

Según la teoría del dominio del hecho, tan sólo A, C y D podrían ser calificados como coautores porque, además de la importancia de su contribución, ésta tiene lugar en la fase ejecutiva, mientras que la aportación de B se produce en la fase preparatoria, por lo que según lo expuesto, no podrá ser calificado de coautor.

4. ¿Esencialidad de la aportación?

Para la teoría del dominio del hecho, que exige un dominio funcional, el sujeto tiene que intervenir con una aportación esencial o necesaria: de tal entidad que sin ella no hubiera podido realizarse el hecho.

Para apreciar esa esencialidad se han propuesto diversos criterios:

- Si el sujeto puede interrumpir la realización retirándola.
- Si la falta de la aportación implica un desbaratamiento del plan total.
- Si el bien o servicio aportado es escaso.

Si la aportación que realiza el sujeto, aun siendo en fase de ejecución, no es necesaria, su intervención será a título de partícipe (cómplice).

5. Autoría mediata

Conforme al art. 28 es autor quien realiza el hecho por medio de otro del que se sirve como instrumento. Con esta descripción se alude a los supuestos de autoría mediata.

10. El médico le dice a la enfermera que administre un medicamento a un paciente al que quiere matar, entregándole unas cápsulas que en realidad son de veneno. La enfermera disuelve el contenido de las cápsulas en la comida del paciente, que muere. ¿Cuántos sujetos intervienen aquí? ¿Quién lleva a cabo la ejecución material del delito? ¿Quién domina el hecho?

Como habrás visto, los casos de autoría mediata implican a dos sujetos. Por un lado, está el hombre de atrás, que no ejecuta materialmente el hecho, pero es el autor en cuanto tiene dominio del hecho. Por otro lado, está el instrumento, que ejecuta materialmente el hecho, pero no es autor, porque actúa sin libertad o sin conocimiento de la situación, de modo que su conducta es impune.

El dominio del hecho, que es lo que permite calificar como autor al hombre de atrás a pesar de que no ha ejecutado de propia mano los actos descritos por el tipo penal, se fundamenta en que el agente tiene un control sobre la decisión de actuar del otro (instrumento), control fundado en la instrumentalización que el hombre de atrás hace de aquél. Se habla aquí de **dominio de la voluntad**. Ello puede darse, esencialmente, porque el instrumento tenga un déficit de conocimiento, esté en un error, o porque el instrumento no actúe con libertad. En ambos casos se carece de una voluntad autónoma.

a. Diferencias entre autoría mediata e inducción

Precisamente el dato del dominio de la voluntad permite diferenciar los casos de autoría mediata, donde el autor instrumentaliza a otro sujeto, de los casos de inducción, donde el inductor despierta la voluntad criminal en otro, que, sin embargo, actúa con voluntad criminal, ni coaccionado de forma absoluta ni

engañado. En este último caso, la responsabilidad de los sujetos es a título de partícipe (el inductor) y de autor (el inducido). Por ejemplo: A (inductor) quiere que su mujer muera y contrata a B (inducido) para que lo mate. B lo mata.

b. Supuestos de autoría mediata

1. Supuestos de déficit de conocimiento (error)

El instrumento desconoce que concurre alguno de los elementos del tipo objetivo o ignora la prohibición del hecho, y el autor mediato ha provocado ese error o bien se aprovecha del mismo para dirigir su comportamiento hacia tal resultado

11. ¿Ante qué tipo de error nos encontramos en los siguientes casos? ¿Quién es el autor?
- El chef de un restaurante le dice al camarero que lleve a la mesa del comensal a quien quiere matar un plato de comida donde previamente ha puesto veneno.
 - A le dice a B que la pistola está descargada y le propone dar un susto a C haciendo que le dispare. En dicha creencia errada B aprieta el gatillo y mata a C.
 - A le dice a un empleado suyo que una determinada maleta que está en la cinta transportadora del aeropuerto es suya y que la cargue en el coche. Sin saber que la maleta pertenece a un tercero, el empleado carga la maleta en el coche y se la lleva.

2. Supuestos de falta de libertad

El instrumento actúa sin libertad para elegir la realización de los actos ejecutivos, debido a la situación de coacción, de necesidad o de inimputabilidad que ha generado –o de la que se ha aprovechado– el hombre de atrás.

Estos casos son más complejos que los casos de error, pues en ellos cabe dudar de que exista el dominio del hecho por parte del hombre de atrás. En estos casos, el sujeto puede tener capacidad, aunque limitada, para decidir acerca de la lesión del bien jurídico, a diferencia de aquéllos en los que existe un error, en los que la falta de conocimiento sobre la trascendencia de su acción impide al sujeto tomar una decisión al respecto. Por otro lado, desde una perspectiva técnica no hay problemas de impunidad, pues la conducta del hombre de atrás puede ser castigada como participación en el delito, pues el instrumento lleva a cabo en la mayor parte de las ocasiones una conducta típica y antijurídica (imprescindible para hablar de participación como veremos a continuación). Por eso, en estas situaciones se duda entre calificarlas como supuestos de autoría mediata o supuestos de inducción.

12. Argumenta razonadamente si en los siguientes casos hay autoría mediata.

- A conmina a B a que se apodere de determinadas joyas en la joyería en la que trabaja bajo la amenaza de matar a su mujer, a la que ha secuestrado.
- A, novia de B, le conmina a que se apodere de determinadas joyas en la joyería en la que trabaja bajo la amenaza de dejarlo.
- A emplea a su hijo de 5 años para distribuir droga
- A emplea a su hijo de 13 años para distribuir droga.

- e. A engatusa a B para que se beba una botella de vino y, en ese estado, envalentonado, pegue a C.

Los criterios para decidir si existe autoría mediata podrían ser los siguientes:

En los casos de coacción, habrá autoría mediata cuando la coacción, por las circunstancias en que se realiza y la gravedad de la amenaza, llegue a anular la capacidad de decisión del sujeto acerca de la lesión del bien jurídico, pues sólo entonces podrá decirse que el hombre de atrás ejerce un pleno dominio sobre la decisión de producir el resultado. En caso contrario, nos hallaremos ante una inducción.

En los casos de inimputabilidad, el domino del hecho por parte del hombre de atrás concurre si ha originado intencionadamente la incapacidad de culpabilidad del instrumento, por ejemplo, embriagándolo. Pero también ha de apreciarse autoría mediata cuando hay mero conocimiento de la incapacidad de culpabilidad y el sujeto se aprovecha de tal estado en relación con el hecho. Si, por el contrario, el niño o el enfermo mental son excepcionalmente capaces de adoptar una decisión propia, existe un inducción

6. Participación: fundamento del castigo de la participación y principio de accesoriedad

Cuando en un hecho intervienen varias personas, éstas pueden realizar contribuciones de distinta relevancia para el fin delictivo. Si los autores se caracterizan por ocupar un papel central en el hecho punible, atribuyéndosele el mismo como una obra propia, los partícipes, por el contrario, ocupan un papel secundario, en la medida en que su contribución posee una menor relevancia para la producción del resultado lesivo. A los autores se les imputa el hecho punible, a los partícipes, la contribución a un hecho ajeno.

Esa dependencia implica que la participación requiere una tipificación expresa por parte del legislador, dado que la conducta de participación no puede subsumirse en la descripción típica del delito correspondiente de la Parte Especial (tipos de autoría). Así, el cómplice de un homicidio (por ejemplo, quien proporciona la pistola con la que otro mata a un tercero) no realiza el tipo del homicidio (art. 138), sino que realiza un tipo de complicidad, que en el CP se ubica en el art. 29 y que hay que poner en relación con el art. 138.

Nuestro Código Penal castiga tres formas de participación en el delito: la inducción, la cooperación necesaria y complicidad. La inducción y la cooperación están definidas en el art. 28, segundo párrafo, y equiparadas por el precepto a efectos de pena con la autoría; la complicidad viene definida en el art 29 y sancionada en el art. 63 con la pena inferior en grado a la prevista para el autor.

No existe un delito de inducción, ni un delito de cooperación necesaria, ni un delito de complicidad. Existe la inducción, cooperación necesaria o complicidad en un homicidio, en una estafa, en un delito contra la Hacienda pública, etc.

a. Razones para castigar la participación

Si las conductas de participación no realizan por sí solas el hecho punible, si no lesionan directamente el bien jurídico protegido por la norma de conducta, es preciso plantearse la *razón de su castigo*. En la actualidad se sostiene un fundamento de punición vinculado con el principio del hecho, que se basa en la llamada *teoría del favorecimiento o de la causación*. Según esta concepción, el fundamento del castigo de la participación radica en el favorecimiento objetivo a la lesión del bien jurídico que tales conductas conllevan.

b. Principios rectores de la participación

1. Principio de accesoriedad

Ya hemos señalado que a los partícipes no se les imputa el delito, sino contribuir al delito de otro. Esa dependencia se traduce en varios principios rectores de la participación. Para empezar y de manera fundamental, en que la participación sólo puede concurrir cuando existe un hecho principal atribuido a un autor; es, en consecuencia, accesorio.

La accesoriedad de la participación implica, en concreto, en el ordenamiento penal español que es preciso que el autor haya realizado un hecho típico y antijurídico, sin que sea necesario que el autor sea culpable.

13. Conforme al principio de accesoriedad limitada que se acaba de describir, ¿hay participación en los siguientes hechos?

- a. A observa en pleno mes de julio que en el interior de un vehículo se encuentra encerrado un niño que pide auxilio. A se acerca al coche para salvarlo, momento en que B le pasa una piedra con la que A rompe el parabrisas, sacando al niño.
- b. A convence a B, menor de 12 años, para que entre en un *Opencor* y sustraiga varios juegos de ordenador, cosa que B hace.

2. Otros principios:

La dependencia de la participación respecto de la autoría se refleja también en los siguientes principios:

- La conducta del partícipe sólo es punible si el autor inicia la fase ejecutiva del delito (tentativa). No obstante, siempre cabría plantearse si responde por un acto preparatorio, si su conducta es calificable como conspiración, proposición o provocación al delito.

Ej.: Si A vende a B una navaja para que B la use en un robo con violencia e intimidación y B nunca llega a ejecutar el robo, A no responderá como cómplice.

- Principio de unidad del título de imputación: la conducta del partícipe recibe, en principio, la misma calificación jurídica que la del autor.

Ej. Si A induce a B a estafar a una persona y esta lo intenta, pero no lo consigue, A será inductor de una tentativa de estafa, no de una estafa consumada y, por supuesto, no de un robo, hurto, etc.

- Exigencia de doble dolo del partícipe: el dolo del partícipe supone conocimiento y voluntad de contribuir a la realización del hecho principal con la propia aportación
 - Conocimiento y voluntad respecto a la propia aportación
 - Conocimiento y voluntad respecto al delito que realiza el autor

7. Inducción

La inducción se halla prevista en el art 28, párrafo segundo, a): “también serán considerados autores” los que inducen directamente a otro u otros a ejecutar el delito. Es una forma de participación que, por su especial importancia y gravedad, se equipara a efectos de pena a la autoría.

Inducción es hacer nacer en otro la idea de delinquir. De una forma más precisa, la inducción se ha definido como la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico, de la resolución y realización por parte de otra persona de un delito de autoría doloso (Roxin).

14. La inducción implica siempre dos posiciones, la de inductor y la de inducido. Esa pluralidad de sujetos es común a figuras como la coautoría y la autoría mediata. ¿Qué diferencias hay entre un inductor y un coautor? ¿Y entre un inductor y un autor mediato?

La definición de inducción establece como elementos de carácter objetivo (a) la causación de la resolución criminal (b) por medio de influjo psíquico (c) directo (d) que haya dado comienzo la ejecución. Como elemento de carácter subjetivo se exige el dolo. Analicemos brevemente estos requisitos:

a. Causación de la resolución criminal en otro:

La intervención del inductor ha de ser una condición *sine qua non* o condición necesaria del nacimiento de la voluntad criminal en el autor.

15. ¿Hay inducción si el autor está decidido previamente y sólo se refuerza esa decisión?
16. ¿Hay inducción cuando el sujeto sólo inspira elementos accidentales de la comisión del delito?
17. ¿Hay inducción si sugiero a alguien que mate y me contesta que no?

b. Empleo de medios de carácter psíquico:

El inductor actúa a través de la persuasión, que puede consistir en aconsejar, solicitar, ofrecer un premio, una recompensa, provocar o en conductas similares que inciten a la ejecución.

18. ¿Hay inducción cuando el sujeto suministra información para cometer el delito?

19. ¿Hay inducción cuando el sujeto amenaza con matar si la persona amenazada no comete un robo?

c. Incitación directa a la ejecución:

Este requisito supone que la incitación:

➤ *Debe referirse a la ejecución.* Se plantea aquí el problema de la **inducción en cadena**. Aunque el Tribunal Supremo ha admitido en algunos casos la inducción en cadena, la doctrina se cuestiona la inducción cuando un sujeto induce a otro para que a su vez induzca a un tercero a cometer un delito, pues no hay influencia directa en la ejecución. Por otro lado, habrá inducción si un sujeto convence a otro para que realice actos de complicidad o de cooperación necesaria. En estos casos la incitación sólo podría generar responsabilidad como actos de colaboración en el delito de otro: complicidad o cooperación necesaria.

20. Pon un ejemplo de las siguientes situaciones y desarrolla cómo se respondería en ellas.

- a. Inductor de inductor
- b. Inductor del cooperador necesario
- c. Inductor del cómplice

➤ *Debe referirse a la ejecución de un delito en concreto.* No hay inducción si un sujeto persuade a otro para delinquir como forma de vida.

➤ *Debe dirigirse a una o varias personas, pero individualmente determinadas y con la finalidad de que, sean una o varias, esas personas ejecuten el delito.* No obstante, hay que recordar que en los casos de provocación seguidos de la perpetración del delito el art. 18.2 CP prevé expresamente que se castiguen como inducción.

d. Inicio de ejecución del delito

Esta idea no debes olvidarla. En la participación en general y en concreto en la inducción, para poder hablar de inducción es necesario que el autor haya comenzado la ejecución del delito, esto es, que haya al menos tentativa.

21. A convence a B para que robe en la joyería en la que trabaja, pero B, dado que el joyero ha decidido subirle el sueldo, abandona la idea del robo. ¿Cabe imputar responsabilidad penal a A como inductor o, en su defecto, por un acto preparatorio?

e. Dolo

Es preciso un doble dolo: el conocimiento y voluntad de causar la resolución criminal y el conocimiento y voluntad respecto a la realización del delito por el autor. En principio cabe cualquiera de las formas de dolo.

22. Un sujeto cuenta a otro las continuas infidelidades de la esposa de este último, sabiendo perfectamente y aceptando la posibilidad de que el marido mate a su esposa, cosa que efectivamente sucede. ¿Cabe hablar de inducción al homicidio? ¿Qué dolo estaría presente en este caso?

En la inducción se plantean problemas de **excesos** paralelos a los de la autoría cuando el inducido comete un delito más grave que el pretendido por el inductor. Por ejemplo, A paga a B para que dé una paliza a C. B decide que es mejor matar a C para no dejar testigos. En estos casos, si el dolo del inductor no abarca, ni siquiera con dolo eventual, el resultado más grave, no puede articularse la responsabilidad como inductor (otra cosa es que de ser previsible la reacción de B, aunque no abarcada por el dolo, A pudiera responder como autor de homicidio imprudente).

8. Cooperación necesaria y complicidad

Además de la inducción, el Código Penal prevé y sanciona otras dos formas de participación en el delito: la cooperación necesaria y la complicidad. En ambos casos se trata de la realización de actos de ayuda o favorecimiento al delito realizado por otro, pudiendo consistir en la aportación de un bien (armas, por ejemplo), ya en conductas de apoyo (actos de vigilancia, por ejemplo), aportación de una información (por ejemplo, número de la caja fuerte) ya en refuerzos de carácter psíquico (acompañamiento, por ejemplo).

23. Busca los preceptos donde se prevén la cooperación necesaria y la complicidad y extrae de ellos las semejanzas y diferencias entre ambas figuras, tanto desde la perspectiva de la conducta como desde la perspectiva de la pena.

a. Delimitación entre cooperación necesaria y complicidad

Esta distinción es sumamente importante a efectos prácticos, puesto que la penalidad prevista es distinta. En ambos casos, la conducta consiste en prestar un auxilio o ayuda al autor, pero el cooperador presta una **ayuda de carácter necesario** (*un acto sin el cual el hecho no se hubiera efectuado*), mientras que el cómplice presta una ayuda que no tiene este carácter (*no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan*), presta una **ayuda contingente**.

24. En los siguientes casos, ¿qué intervenciones te parecen necesarias?

- A proporciona a B una pistola para matar a C
- A proporciona a B las herramientas para llevar a cabo el delito
- A proporciona a B la información sobre el sistema de alarma de un banco que después robará
- A vigila la calle mientras B roba en el banco
- A entretiene a la víctima mientras B se apodera de sus pertenencias

Como ves, no es fácil determinar cuándo es necesaria una intervención. Para responder a esta cuestión se han planteado tres criterios posibles:

a) Necesidad en abstracto: según este criterio la contribución es necesaria cuando, sin su aportación, el delito no se hubiera podido realizar ni de la forma planeada ni de ninguna otra forma.

b) Necesidad en concreto: el acto realizado es necesario cuando, sin su aportación, el hecho no se hubiera podido realizar en la concreta forma en que fue realizado, aunque se hubiera podido realizar de alguna otra forma.

Ninguno de estos criterios es satisfactorio. En primer lugar, ambos obligan a efectuar un juicio de carácter hipotético sobre lo que hubiera ocurrido de no haberse realizado la aportación, juicio que no es contrastable. Además, ambos llevan a soluciones defectuosas. Si adoptamos el primero, dejaríamos vacía la figura de cooperación necesaria, ya que exigiríamos que sin la aportación realizada el delito no hubiera podido cometerse de ningún modo y esto es impensable. Si adoptamos el segundo criterio, todas las aportaciones serían constitutivas de cooperación necesaria y, por tanto, dejaríamos vacía la figura del cómplice.

c) Ante la insuficiencia de estos dos criterios, GIMBERNAT propuso otro distinto: la teoría de los bienes escasos, que ha sido acogida por gran parte de la jurisprudencia. Según este criterio la diferencia entre el cooperador y el cómplice está en la importancia objetiva de su contribución:

- -El cooperador necesario aporta un bien o un servicio de carácter escaso.
- -El cómplice aporta un bien o un servicio al autor que no tiene este carácter.

Este criterio obliga a realizar un juicio valorativo (no hipotético) partiendo de lo que efectivamente ha ocurrido: situándonos en un momento *ex ante*, se valora si en el caso concreto, para ese sujeto y en función de sus especiales circunstancias si las tuviera, el bien aportado es un bien escaso. Se atiende tanto a las circunstancias objetivas en que tiene lugar la aportación (una pistola puede ser un bien escaso en cuanto difícil de obtener en un país y en otro no) como a las subjetivas del autor (no será lo mismo si el autor tiene ya en su poder pistolas y recaba otra “por si acaso”).

25. ¿Crees que existe cooperación necesaria o complicidad en los siguientes casos?

- a. En una cárcel de máxima seguridad, A presta a B un cuchillo para matar a C.
- b. En el fragor de una pelea, A pasa a B un cuchillo para que pueda matar a C.
- c. A, empleado de un banco, informa a B del día en que se hará un ingreso importante de dinero. B planea y ejecuta el robo.
- d. A, miembro de una banda mafiosa, le presta a B, otro integrante de la banda, su propia pistola para que mate, pues piensa que le va a dar suerte.
- e. A acompaña a su amiga B a la clínica donde le practicarán un aborto, sirviéndole de apoyo psicológico.

b. El tipo de actividad en que ha de consistir la cooperación necesaria y la complicidad

Como ya hemos señalado, se pueden incluir tanto las conductas que consisten en una actividad de carácter material como las que consisten en un favorecimiento de carácter psíquico o moral. Más discutible es la cuestión de si cabe complicidad o cooperación necesaria por omisión, ya que parece que el término “acto” gramaticalmente está exigiendo una conducta de carácter activo. Admitir la

participación por omisión, como hacen algunos autores y el Tribunal Supremo, implica hacer una interpretación extensiva de los artículos 28 y 29 cuestionable.

Por otro lado, no se admite la participación en cadena, por ejemplo, una cooperación necesaria respecto a una complicidad (A pide a B que le preste un coche para efectuar un atraco, y B, como lo tiene estropeado, se lo pide a C). La calificación de la contribución se efectúa siempre desde la consideración de su relevancia para el hecho principal: se tratará de un cooperador necesario o de un cómplice del hecho principal (por supuesto, siempre que el sujeto sepa que está contribuyendo a un delito: C sabe que presta el coche para que B se lo preste a A).

En ambos supuestos es necesario que la aportación realizada implique un **favorecimiento eficaz** para la ejecución del delito. No hace falta verdadera y estricta causalidad, pero sí un favorecimiento de la producción del resultado. Por ello, no hay cooperación o complicidad cuando la ayuda ha resultado totalmente ineficaz. Por ej., A presta a B su pistola para cometer un atraco, pero B decide utilizar su navaja.

c. Momento en que ha de producirse la contribución

Partiendo de la teoría del dominio del hecho: el cooperador necesario presta su contribución únicamente en fase preparatoria, pues si interviene en fase ejecutiva, como su contribución es de carácter necesario, tendría un dominio funcional sobre el hecho y sería coautor. El cómplice puede intervenir tanto en la fase de preparación como en la fase ejecutiva.

Para la teoría objetivo-formal no es relevante el momento: puede ser anterior o coetáneo a la ejecución.

En todo caso, para castigar estas conductas es necesario que, al menos, se haya **iniciado la ejecución**, que el delito haya entrado en fase de tentativa. Esto se desprende, además de las reglas generales, de los términos que emplea la ley: tanto el art. 28 como el art. 29 exigen que el sujeto coopere a la *ejecución* del hecho. Técnicamente es imposible hablar de cooperador o cómplice cuando aún no han empezado los actos ejecutivos.

Si la intervención en los hechos se produce una vez consumado el delito y esa prestación posterior no ha tenido influencia en la realización delictiva, el sujeto no realiza acciones de participación en el delito ajeno, sino un delito específico llamado "**encubrimiento**", regulado en los art. 451 y ss como un delito contra la Administración de Justicia.

La diferencia entre el encubrimiento y la participación (cooperación o complicidad) no reside tanto en el momento en que se produce la aportación (antes o después de la ejecución) como en si dicha aportación ha influido o no en la realización del hecho delictivo. Las conductas de encubrimiento no contribuyen a la realización del delito, sino que sirven como apoyo posterior a los autores del hecho, ya para obtener los beneficios económicos derivados de la realización del delito ya para evadirse de la justicia.

26. A continuación enunciamos una conducta de cooperación necesaria en un homicidio y otra de encubrimiento. Señala cuál es cuál y porqué.

- a. A acude a media noche a casa de su amigo B y le pide entre sollozos que le permita enterrar en el jardín de B el cadáver de una persona a la que acaba de matar.
 - b. A cuenta a su amigo B que ha decidido matar a C pero que lo único que le detiene es que no sabe qué hacer con el cadáver y le pide a B que le permita enterrarlo en el jardín de su casa. B accede y A, tras matar a C, le lleva a casa de B enterrándole en el jardín.
27. A tenor de los art. 451 y ss, ¿qué modalidades de encubrimiento contempla el Código penal español? ¿cómo las sanciona?
28. Repasa estos supuestos y califica las aportaciones de A como de coautor, cooperador necesario, cómplice o encubridor.
- a. A proporciona a B una pistola para matar a C
 - b. A proporciona a B las herramientas para llevar a cabo el delito
 - c. A proporciona a B la información sobre el sistema de alarma de un banco que después robará
 - d. A vigila la calle mientras B roba en el banco
 - e. A entretiene a la víctima mientras B se apodera de sus pertenencias
 - f. A ayuda a B a deshacerse de las armas e instrumentos empleados en el atraco a un banco
 - g. A prometer a B y efectivamente le facilita después del atraco un lugar seguro en el que esconderse

d. Dolo

Tanto la cooperación como la complicidad exigen **dolo** en el tipo subjetivo. De nuevo doble dolo, primero respecto a la propia contribución, segundo respecto a la realización del delito por el autor.

Como en el caso de la coautoría y la inducción, lo representado por el dolo será el límite de la atribución por complicidad en caso de que el autor vaya más allá de lo que el cooperador necesario o el cómplice había asumido (exceso). Por ejemplo, C accede a vigilar desde la puerta de la casa en la que A piensa entrar a robar. Una vez dentro, A no encuentra nada de valor y opta por violar a la mujer que había dentro. C no respondería por la violación, sólo por la tentativa de robo.

29. C le presta a A su pistola para atracar una joyería, confiando en que sólo la utilizará para amenazar al dueño. No obstante, A, ante la resistencia del dueño a entregarle las joyas, le dispara y lo mata. ¿Responde C en relación con el homicidio?

9. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

a. Cambio de paradigma

Hasta la aprobación de la LO 5/2010, regía en el Derecho penal español el principio *societas delinquere non potest*, de tal forma que cuando el delito se llevaba a cabo por una persona jurídica, ésta no podía ser imputada en el procedimiento penal ni podía exigírsele responsabilidad penal, con independencia de que pudieran aplicarse determinadas medidas accesorias previstas en el artículo 129 CP.

La LO 5/2010 introdujo el art. 31. bis que dibuja un nuevo panorama en el que las personas jurídicas son sujetos idóneos para cometer delitos y responder por ellos (*societas delinquere et puniri potest*). No obstante, y como es lógico, para

hablar de una conducta de una persona jurídica siempre habrá de atenderse, en mayor o menor medida, a las conductas de personas físicas. El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas que traza el art. 31 bis presenta notables particularidades respecto al sistema de imputación de responsabilidad penal a las personas físicas. Sobre ese complejo régimen daremos algunas pautas a continuación.

Este nuevo sistema pretende incentivar la autoorganización de las personas jurídicas para evitar que en su seno se adopten modos delictivos de conseguir sus objetivos sociales. No se trata, pues, de que la entidad prevenga, detecte y reaccione ante delitos cometidos contra ella (para lo cual ya tiene incentivos: defenderse frente a ataques que la pueden perjudicar), sino que se esfuerce en investigar conductas que le favorecen pero que son delictivas.

b. Rasgos generales del sistema

1. Está limitado a ciertas personas jurídicas privadas, excluyéndose de su ámbito de aplicación a las entidades de Derecho público, a las entidades estatales mercantiles y ejercientes privados de funciones públicas y a los agentes políticos y sindicales.

30. ¿Puede exigirse responsabilidad penal a un Ayuntamiento por los delitos de prevaricación urbanística que cometa el alcalde?

2. La imputación del delito a la persona jurídica se funda en su conducta, no en la de las personas físicas. Es preciso que la persona jurídica haya incurrido en un defecto de organización (art. 31 bis.1). Aunque el art. 31 bis.1 CP no lo recoge expresamente, deriva de la aplicación del principio de culpabilidad y, en concreto, del principio de responsabilidad subjetiva, que la persona jurídica no va a responder por conductas que se realicen fuera de su capacidad de dirección, por mucho que se ejecuten por personas físicas a su servicio. La persona jurídica responde por sus propias infracciones: sólo se le imputará responsabilidad penal cuando el delito haya sido posible debido a su fallo organizativo, a una omisión del cuidado debido en la evitación de delitos en su seno. Dicho fallo organizativo sería la conducta propia de la persona jurídica y el objeto del reproche penal.

3. Las posibilidades de imputación a la persona jurídica exige que se trate de un delito en provecho de la persona jurídica y por su cuenta, y el art 31 bis.1 recoge una doble vía de imputación: (1) la imputación del delito cometido por el administrador o representante o (2) la imputación del delito cometido por alguien bajo la autoridad de la persona jurídica, debido a que no fue objeto de un control suficiente.

31. A es un trabajador de la empresa de gestión de residuos “No más basura”. La empresa ha diseñado unos protocolos muy exigentes para el traslado de residuos e instruido a sus trabajadores al respecto. No obstante, A, que considera que hay un exceso de celo por parte de la empresa, decide dejar los bidones con productos contaminantes en un punto limpio cualquiera, mucho más cercano al almacén. Así termina antes y la empresa no tiene

tantos gastos de gasoil. ¿Cabe imputar responsabilidad penal a la empresa “No más basura” por un delito medioambiental?

32. A, aprovechando que trabaja en la Agencia de viajes “Viajes sin fin”, organiza el traslado de jóvenes brasileñas a España como miembro de una organización criminal dedicada a la explotación sexual de mujeres. La jóvenes acceden a venir bajo la promesa de un contrato de trabajo como azafatas y nada más llegar a España se las retiene en “Clubes”, donde se las obliga a prostituirse. ¿Cabe imputar responsabilidad penal a la empresa “Viajes sin fin” por los delitos de trata de seres humanos y prostitución?

4. Conforme al art. 31.bis.2, es necesario acreditar el hecho de la persona física (no su efectiva condena), pero -hay que insistir- la responsabilidad de la persona jurídica será independiente y autónoma con relación a la de la persona física que haya ejecutado materialmente el delito.

33. En el marco de las actividades de la empresa de importación-exportación “Transmundo” se han realizado dos transportes de droga camuflados en los muebles que se importan de Tailandia y se venden en España. No se sabe quién introdujo la droga en los contenedores de Tailandia. ¿Cabe imputar responsabilidad penal a la empresa “Transmundo”?

5. La exigencia de responsabilidad está limitada a un catálogo de delitos (art. 31 bis.1). En concreto, esos delitos son, tráfico de órganos; trata de seres humanos; delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores; delitos contra la intimidad y allanamiento informático; estafas y fraudes (art 251); insolvencias punibles; daños informáticos; delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores; blanqueo de capitales; delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; delito de construcción, edificación o urbanización ilegal; delitos contra el medio ambiente; delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes; delitos de riesgo provocado por explosivos; delitos contra la salud pública: tráfico de drogas; falsedad en medios de pago; cohecho; tráfico de influencias; corrupción de funcionario extranjero; organizaciones o grupos criminales; financiación del terrorismo.

34. La empresa de pirotecnia “Boom”, con sede en un polígono a las afueras de Valencia, cuenta con varios almacenes en los que trabajan operarios moviendo la mercancía sin ningún tipo de protección frente a los riesgos laborales. Un día, la ausencia de medidas de prevención desencadena una explosión que lesiona a tres trabajadores de la empresa. ¿Cabe imputar responsabilidad penal a la empresa “Boom” por un delito de homicidio y/o un delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 y 317 CP)?

Se prevén unas penas adecuadas a las particularidades del sujeto activo, la persona jurídica, pues es evidente que no pueden aplicársele penas como la prisión.(art. 33.7). La pena principal y la regla general es la pena de multa. Sólo cuando los sujetos sean peligrosos podrán adoptarse penas más graves como la suspensión de actividades, la clausura de locales, la intervención, etc. (art. 66 bis).

35. Busca en el Código penal las penas previstas para las personas jurídicas. ¿Calificarías alguna de ellas como “pena de muerte” para la persona jurídica?

III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto

a. Supuesto de hecho

Carmen, propietaria de un bar de alterne en Rota, rompió sus relaciones amorosas con José, con quien convivía desde hacía cuatro años. Poco después conoció José a Amadora, yéndose a vivir con ella. Pasado cierto tiempo, Carmen intentó reanudar en reiteradas ocasiones sus relaciones con José. Ante la firme y continuada negativa de éste, Carmen decidió dar a Amadora algún escarmiento para que abandonara a José y se fuera de la ciudad. Para ello, dado que no se atrevía a hacerlo sola, entró en contacto con sus amigos Juan y Manuel, pidiéndoles que pegaran una paliza a Amadora con el fin de asustarla y obligarla a abandonar la ciudad.

Juan y Manuel aceptan dicha proposición, sin que conste que lo hicieran por móviles económicos, y así, sobre las 0:15 del día de autos, con el rostro oculto por pañuelos, entraron en el domicilio de Amadora, aprovechando la ausencia de José y, encontrándola en el dormitorio, comenzaron a golpearla en la cara y la cabeza, al tiempo que proferían amenazas contra ella y le decían que se marchara de la ciudad, continuando después con los golpes por el resto del cuerpo que la causaron la rotura de dos costillas y hematomas por todo el cuerpo. Al finalizar la paliza, Juan pensó en aprovechar la ocasión para agredir sexualmente a la agredida, por lo que la obligó a que se desnudara y, mientras Manuel la sujetaba, la penetró analmente. Por último, y con la finalidad de evitar que le delatara, una vez que Manuel había salido ya de la vivienda, Juan clavó un cuchillo a Amadora en el cuello, produciéndole la muerte inmediata.

Calificación jurídica de los hechos: ¿de qué responde cada interviniente?

b. Resolución del supuesto

Para analizar el presente caso vamos a seguir un orden cronológico. Carmen concibe la idea, según el texto, de “dar un escarmiento” a Amadora, para lo cual entra en contacto con Juan y Manuel, pidiéndoles que le pegaran una paliza, aceptando estos la propuesta. La conducta así descrita entraría dentro de la denominada fase preparatoria. Como sabemos, los actos preparatorios son por regla general impunes salvo que la conducta preparatoria esté expresamente tipificada como un delito o salvo que revista las formas de conspiración, proposición y provocación para cometer un delito que prevea el castigo de estas concretas manifestaciones de actos preparatorios. En concreto, el art. 151 CP prevé el castigo de la conspiración, proposición y provocación para las lesiones. De esta manera, si estas personas hubieran sido detenidas antes de comenzar los actos ejecutivos, Juan y Manuel podrían responder como conspiradores en un delito de lesiones (art. 147 y 151 en relación con el art. 17.1 CP), pues es fácil afirmar que se ponen de acuerdo para dar una paliza a Amadora y deciden llevar a cabo esta conducta. La conducta de Carmen en esta fase preparatoria podría ser calificada de proposición a las lesiones (art. 147 y 151 en relación con el art. 17.1 CP), aunque respecto al contenido de esta figura existe cierta discrepancia. Parte de la doctrina entiende que el proponente ha de comprometerse a participar con actos

ejecutivos en el plan trazado, mientras que otro sector doctrinal mantiene que ello no es necesario, es decir, que quien propone no necesariamente tienen que comprometerse a intervenir con actos ejecutivos durante el desarrollo de los hechos, sino que bastaría con hacer la propuesta, siendo los destinatarios de esta propuesta quienes deberían realizar la conducta típica. Esta última postura es la mantenida expresamente por el Tribunal Supremo en algunas resoluciones, como tuvimos ocasión de ver en la lección anterior (vid. por todas, Sentencia de la Sala Segunda del TS de veintinueve de noviembre de dos mil dos).

Sin embargo, los actos preparatorios sólo tienen virtualidad en la medida que no se han iniciado los actos ejecutivos, lo que sí ha sucedido obviamente en el supuesto de hecho analizado, llegándose a producir la lesión de los siguientes bienes penalmente protegidos: la integridad física, la libertad sexual y la vida, además de la seguridad, bien jurídico protegido por en el delito de amenazas. Entrarían, por tanto, en consideración el delito de amenazas (art. 169 y ss. CP), lesiones (art. 147 y ss. CP), delito de violación (art. 179 CP) y homicidio (art. 138 CP).

Respecto del delito de amenazas y lesiones, no presenta especial dificultad afirmar que Juan y Manuel son coautores, en cuanto comenten el hecho conjuntamente (art. 28 CP). Y esta calificación puede mantenerse tanto desde la teoría objetivo formal, puesto que ambos realizan actos ejecutivos (golpean y amenazan) como desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, pues puede afirmarse que, en cuanto ambos están presentes en el momento de la ejecución y realizan actos típicos, poseen el dominio funcional del hecho, pudiendo haber interrumpido su realización sin especial dificultad. Por tanto, Juan y Manuel serían coautores de un delito de amenazas y de un delito de lesiones.

En relación con estos delitos, Carmen respondería claramente como inductora (art. 28 a) CP) de sendos delitos consumados de amenazas y lesiones, en la medida que es quien, con dolo, ha hecho nacer en Juan y Manuel la idea de cometer estos delitos. Como sabemos, el inductor, aunque técnicamente es un partícipe, tiene la misma pena que el autor (de ahí que entre dentro del concepto amplio de autor del art. 28 CP (“se consideran autores...”).

Por lo que a las agresiones sexuales se refiere (art. 179 CP), Juan y Manuel responden también como coautores, pues entre los dos realizan conjuntamente la conducta típica consistente en “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías” (art. 179 CP), mediante violencia o intimidación. Tanto la violencia o intimidación necesarias para vencer la resistencia de la víctima como el contacto sexual impuesto son elementos del tipo, que realizan conjuntamente, pues mientras Manuel aplica la violencia, sujetando a la víctima, Juan la viola analmente. Tanto desde la teoría objetivo-formal como desde la teoría del dominio del hecho, puede afirmarse que Juan y Manuel son coautores de un delito de violación consumado (art. 179 CP).

No puede, sin embargo, hacerse responder a Carmen como inductora en un delito de violación, pues la inducción precisa un doble dolo: el conocimiento y voluntad de causar la resolución criminal en otro y el conocimiento y voluntad respecto a la realización del delito por ese otro, el autor. Estaríamos ante lo que se conoce como “excesos”, en los que el autor va más allá de aquello a lo que se le indujo. Aunque en principio para poder afirmar la inducción cabe cualquier forma de dolo, no puede afirmarse en el presente caso que Carmen quisiera que los sujetos cometieran, además de amenazas y lesiones, un delito de violación, ni que existiera una elevada posibilidad de la que fuera consciente. Tampoco tenemos datos para afirmar que este exceso fuera previsible, por lo que, en principio, tampoco podría sustentarse ninguna responsabilidad a título imprudente.

Por último, la muerte de Amadora parece que sólo es imputable a Juan, pues tampoco existen datos en el caso que nos permitan extender la responsabilidad penal por este exceso en lo acordado ni a Carmen ni a Manuel, pues no puede afirmarse ni que hubieran acordado, ni que tuvieran conocimiento, ni que pudieran prever que Juan mataría finalmente a Amadora. Del homicidio (art. 138 CP) respondería exclusivamente Juan.

Resumiendo: Juan respondería como autor de un homicidio (art. 138 CP), como coautor de una violación (art. 179 CP) y coautor de un delito de lesiones (art. 147 CP) y de amenazas (art. 169 CP).

Manuel respondería como coautor de una violación (art. 179CP) y coautor de un delito de lesiones (art. 147 CP) y de amenazas (art. 169 CP).

Carmen respondería como inductora (art. 28 a) CP) en un delito de amenazas (art. 169 CP) y en un delito de lesiones (art. 147CP) y tendría la misma pena que los coautores de estos delitos.

2. Casos para resolver

a. Delimitación de las conductas de autor y de partícipe. Caso del robo

A comienzos de diciembre de 1995, José Alberto propuso a Fernando, Valentín, y Manuel la realización de un robo en el domicilio de un acaudalado empresario. José Alberto había entrado previamente en contacto con Juan Sebastián, quien le había proporcionado detallada información acerca del dinero que poseía el empresario, de la distribución de su vivienda y de la ubicación en la misma de la caja fuerte. Fernando y Valentín aceptaron llevar a cabo el plan delictivo, y decidieron que el robo se llevaría a cabo el 9 de diciembre de 1995, a las 9,30 horas de la mañana por ser el momento en que en la casa tan sólo estaba el propietario y no era de esperar la llegada del resto de su familia. Llegado el día, se dirigieron los acusados en un vehículo hasta las inmediaciones de la Plaza San Miguel de Gijón, y una vez allí, Fernando y Valentín se proveyeron de dos cuchillos que les había entregado el mencionado José Alberto, encaminándose seguidamente a la vivienda de la víctima, sita en la calle Capua núm. ..., donde consiguieron que el dueño les abriese la puerta de la vivienda, simulando ser portadores de un telegrama. Mientras tanto, Manuel se apostó frente a la puerta principal de la vivienda vigilando que nadie interrumpiera la acción.

Una vez en su interior, Fernando y Valentín se cubrieron el rostro con los pasamontañas y esgrimiendo los puñales, conminaron al propietario a que les abriese la caja fuerte, apoderándose de una cantidad aproximada de once millones de pesetas, emprendiendo rápidamente la huida en el vehículo que conducía el acusado José Alberto, quien les esperaba en las inmediaciones del inmueble conforme al plan preconcebido. Después se repartieron el dinero obtenido, recibiendo también parte Juan Sebastián por la información proporcionada.

Determina la intervención de cada uno de los sujetos y califíquese de acuerdo con un modelo de relación entre autoría y participación.

b. El castigo de los partícipes sin poder averiguar quién es el autor.

1.La procesada, Margarita , mayor de edad, de nacionalidad española y sin antecedentes penales, el 27 julio 1998 contrajo matrimonio con Juan Antonio naciendo de dicha unión una hija, Fidela , el 19 de enero 2001. El matrimonio se separó legalmente en virtud de sentencia de 16 abril 2003 dictada por el juzgado de primera instancia número 24 de Madrid en el procedimiento de separación contenciosa 720/2002 , sentencia en la que,

entre otras cuestiones, se acordaba que la menor Fidela debía quedar bajo la guarda y custodia de la madre.

Desde el momento de la separación, Margarita trató de apartar a Juan Antonio de la vida de la hija común, máxime cuando posteriormente inició una relación análoga a la conyugal con Estanislao , quien suplantó la figura del padre, y con quien incluso llegó a proyectar la adopción de Fidela una vez Juan Antonio hubiera desaparecido.

2. El 28 marzo 2006 Juan Antonio presentó demanda de divorcio (que originó la incoación del procedimiento de divorcio contencioso 408/2006 en el juzgado de primera instancia número 24 de Madrid) en cuyo petitum solicitaba que le fuera atribuida la guarda y custodia de la hija común. Dado que Margarita se sentía víctima de una suerte de control judicial en su contra orquestado de forma constante por Juan Antonio , la presentación de dicha demanda, unida a la desestimación de otras pretensiones judiciales referidas a la menor y al curso que iba adoptando el procedimiento de ejecución forzosa del procedimiento 720/2002 (no sólo se le había impuesto multa coercitiva por incumplimiento de sus obligaciones derivada de su condición de guardar, sino que incluso se le había percibido con un cambio de guardia y custodia) hizo nacer en Margarita el temor de perder la custodia de Fidela , lo que a su vez le hizo concebir la idea de terminar con la vida del padre de su hija.

3. Para poder llevar a cabo su propósito, Margarita se puso en contacto con el también procesado Mario , mayor de edad, de nacionalidad española y sin antecedentes penales, con quien le unía una excelente relación tanto en el ámbito personal, -eran grandes amigos-, como en el plano profesional, - Margarita era la abogada de la empresa Clip Control-, a quien le pidió que buscar alguna persona que pudiera ejecutar la muerte de Juan Antonio .

Si Margarita acudió a Mario fue porque, dado que éste se movía en el círculo de porteros de locales de ocio nocturno, era la única persona conocida que podía encontrar a alguien de las características que requería la empresa encomendada.

Si bien en un primer momento Mario se negó, posteriormente, conforme aumentaban los temores de Margarita de perder la guarda y custodia de su hija y ante la insistencia de ésta, acabó cediendo. Ello sucedió cuando por providencia de 11 diciembre 2006, notificada a la procuradora de Margarita el 14 diciembre, se acordó la unión al procedimiento 408/2006 del informe del equipo psicosocial elaborado 29 noviembre y en el que, tras detectar en Fidela un caso evidente de "síndrome de alienación parental", recomendaba que la guarda y custodia se encomendara al padre sin que en un plazo de seis meses se fijará régimen de visitas a la madre y a su familia extensa.

4. La vista del procedimiento 408/2006 del Juzgado de Primera Instancia N° 24 de Madrid se celebró en la mañana del día 24 enero 2007, vista en la que Margarita se sintió humillada por el trato recibido por el juez y por la denegación de varias pruebas propuestas por su dirección letrada, y dado de que estaba convencida de que el pleito lo tenía perdido por considerar que el juez era un prevaricador que actuaba sistemáticamente en su contra, llegando a querellarse posteriormente con él, esperó a Juan Antonio a la salida de los Juzgados y con ánimo de atemorizarle le dijo "te tengo que matar, te tengo que ver muerto". Esta actuación de la procesada generó en Juan Antonio un desasosiego y temor permanente, impidiéndole desarrollar su vida con normalidad.

5. Paralelamente, y para la ejecución del plan, Mario encomendó a un empleado suyo llamado Fausto que denunciara la sustracción el Peugeot 406 matrícula-FZM , lo que así hizo el 12 diciembre 2006 en el puesto de la Guardia Civil de Daganzo, con cuyo Sargento mantenía una relación de amistad. Con ello se pretendía que, en caso de ser identificado el

vehículo como instrumento de la comisión del delito proyectado, no pudiera relacionarse con Mario y su entorno dicho vehículo, que si bien era propiedad formal de Fausto , era utilizado por Mario , sin que conste que Fausto fuera conocedor del motivo de la denuncia ni de la mendacidad de la misma.

Ese vehículo fue entregado por Mario a una persona que no ha sido identificada a principios de enero de 2007 al mismo tiempo que le entregó uno de los dos terminales libres sin tarjeta de telefonía que había adquirido en el centro comercial Alcampo de La Vaguada el 30 enero 2007, para facilitar la comunicación con dicha persona.

6. En la mañana del día 31 enero 2007, Margarita y Juan Antonio volvieron a coincidir en la sala de vistas del Juzgado de Instrucción número 4 de Parla en la celebración del Juicio de Faltas nº 191/02 en el que ambos figuraban como denunciante y denunciado. Ese mismo día, Mario se apostó frente al trabajo de Juan Antonio en Rivas desde donde realizó una llamada a las 19:48 horas avisando a la persona que conducía el vehículo de que Juan Antonio abandonaba en ese momento su trabajo a bordo de su vehículo. Seguidamente, sobre las 20:30 horas aproximadamente, cuando Juan Antonio se dirigía hacia su casa en Ciempozuelos por el camino acostumbrado a la altura del PK 2 de la carretera M-311, la persona contratada a tal efecto, conduciendo el vehículo Peugeot 406 que Mario le había entregado, se situó delante del vehículo de Juan Antonio frenando bruscamente para detener su marcha y poder en ese instante acabar con la vida de este. No obstante, Juan Antonio , quien ya desconfiaba a raíz de lo sucedido anteriormente con Margarita , logró con una maniobra evasiva adelantar al vehículo y continuar la marcha ante lo cual, el conductor de dicho vehículo con ánimo de provocar su salida de la calzada y terminar así con su vida, le golpeó por detrás, no consiguiendo su propósito. A consecuencia de estos hechos Juan Antonio resultó con una contusión en el brazo izquierdo que, tras una primera asistencia, tardó en curar cinco días durante los cuales no estuvo impedido para el ejercicio de sus ocupaciones habituales.

7. Ese mismo día 31 de enero 2007 el Ministerio fiscal emitió informe para su unión al procedimiento 408/2006 en el que interesaba que la guarda y custodia de Fidela fue atribuida a Juan Antonio , sin que se fijara régimen de visitas alguno a favor de Margarita .

Dado el fracaso del anterior intento, y tras que el 5 febrero el juzgado de primera instancia número 24 de Madrid dictara una providencia en la que, tras recibir el anterior informe del Ministerio fiscal, ordenaba al traslado a las partes para que en el plazo de cinco días formularan por escrito sus conclusiones, retoman los procesados sus planes para lo que el día 13 marzo de 2007 Mario llevó en su vehículo a una persona que no ha sido identificada hasta el domicilio de Juan Antonio sito en la CALLE000 nº NUM025 de la localidad de Ciempozuelos, donde dicha persona procedió a facturar un cristal del portal del edificio a fin de asegurarse que al día siguiente pudiera entrar en el mismo sin dificultad.

8. Así, poco antes de las 19 horas del día 14 marzo 2007, Mario en compañía del ejecutor material volvieron al lugar, y mientras Mario permanecía en el interior del vehículo, el ejecutor se introdujo en el portal del edificio, desde donde bajó hasta el cuarto que separa el garaje del ascensor y aguardó hasta que a las 19:22 horas Mario le avisó de la llegada de Juan Antonio mediante una llamada telefónica, y, en el momento en que éste abrió la puerta para acceder al ascensor, de forma súbita y sorpresiva y sin darle ocasión de reaccionar de forma alguna, ya que ni tiempo tuvo de desprenderse de las llaves en la mano llevaba y con las que había abierto la puerta, a una instancia inferior un metro y medio realizó un primer disparo que impactó en el hombro izquierdo, un segundo disparo que, al tratar de huir la víctima, impactó en la espalda, concretamente en la región dorsal media y, cuando ya estaba tendido en el suelo, realizó un tercer disparo que impactó en la cabeza,

concretamente en región occipital derecha y temporal izquierda, lo que originó su muerte por pérdida de centros vitales y shock hemorrágico.

9. En ese momento, Juan Antonio mantenía una relación sentimental análoga a la conyugal con Alejandra .

10. No ha quedado acreditado que el procesado Santiago interviniera en los hechos y que fuera la persona que, contratada por encargo de Margarita, ejecutara los hechos anteriormente descritos.

11. Mario a través de sus distintas declaraciones ha contribuido eficazmente al esclarecimiento de los hechos.

Mario en el mismo momento de la celebración del juicio ha ofrecido el inmueble de su propiedad sito en C/ DIRECCIONooo nº NUMo26 NUMo27 NUMo28 para la satisfacción de las responsabilidades civiles que pudieran derivarse de este procedimiento.

Se trata de un supuesto de hecho, que por diversas circunstancias, fue noticia en los medios de comunicación. La Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª), 458/2011 de 22 diciembre, condena a Margarita y a Mario como autores penalmente responsables de una tentativa de homicidio y de un asesinato consumado. Precisa y argumenta qué tipo de autoría habrían realizado con sus conductas.

Reflexiona sobre la peculiaridad de este caso: se condena a los partícipes sin que se conozca el autor en sentido estricto.

c. Autoría mediata e inducción. Caso del robo del menor

Los procesados Luis y Miguel, prevaliéndose de la inexperiencia del inimputable menor de edad J., de 14 años, ofrecieron a éste una entrada para un partido de fútbol si se colaba por la ventana de una vivienda y se llevaba un valioso reloj de mesa que los procesados sabían que poseía el dueño de la casa sobre la mesa del salón. Impulsado por tal ofrecimiento, el menor entró en la casa en un momento en que el dueño había salido dejando la ventana abierta y salió con el reloj, entregándoselo a aquéllos, así como con otros enseres de valor que el menor había encontrado en la casa.

Calificación jurídico-penal de la conducta de Luis y Miguel.

d. Autoría, participación y preparación del delito. Caso de la realización del encargo

«I.-Este Tribunal expresamente declara probado que en Eivissa, a finales de 1994, el procesado José R. S. se propuso acabar con la vida de Santiago G. S., de profesión taxista - por aquellas fechas conductor del taxi de Eivissa con la licencia número 38-, a causa del malestar que le provocaba su relación sentimental con Margarita T. G., con la que el procesado había convivido durante varios años, circunstancia que afectó profundamente a la estabilidad emocional de la hija de ambos Susana R. T.

Para llevar a cabo su propósito criminal el procesado contó con la ayuda de su hija Susana R., la cual, conociendo las intenciones de su padre, vigiló a Santiago G. y realizó investigaciones sobre su vida personal y profesional. Asimismo, se concertó con los también procesados Francisco P. S. y José B. S., los cuales, tras varias entrevistas en las que planificaron la ejecución del crimen, aceptaron el encargo de dar muerte a Santiago G., a cambio de recibir la suma de trescientas mil pesetas. Antes había realizado la misma oferta a Javier R. S. y a Juan Daniel F. C., pero éstos rechazaron su proposición.

Para perpetrar el crimen, el procesado José R. proporcionó a José B. una pistola que éste no llegó a utilizar, puesto que el 15 de enero de 1995 un Agente de la Guardia Civil intervino el arma en su poder. Posteriormente, a finales de ese mismo mes de enero, el procesado José B., siguiendo las indicaciones de José R., y con la finalidad de cerciorarse de la identidad de Santiago G., frecuentó el bar "Paquita", en el que solía encontrarse ayudando a Margarita T. a realizar las tareas propias del bar. En una de estas ocasiones Susana R., siguiendo las instrucciones de su padre, se encontró con José B. para indicarle la persona a la que debía matar.

El día 1 de febrero de 1995, el procesado José R. entregó una nueva pistola, junto con cincuenta cartuchos de munición, a Francisco P., encargándole que hiciera llegar estos efectos a José B., no sin antes cerciorarse de que la pistola funcionaba. Al día siguiente, 2 de febrero, el procesado Francisco P. cumplió este encargo, haciendo entrega a José B. del arma y de la munición que debía utilizar para dar muerte a Santiago G.

La tarde del día 2 de febrero los procesados Francisco P. y José B. se dirigieron, en el vehículo Dyane 6 propiedad de este último, en el que previamente habían introducido un ciclomotor, al paraje conocido con el nombre de Cán Rota Vella, situado en el bosque de San Mateo. Tras ocultar una garrafa de gasolina y dejar la motocicleta, se trasladaron a la población de San Rafael, desde donde José B. se dirigió a Eivissa para localizar a Santiago G. en la parada de taxis de Figueretes.

Los procesados estaban informados de que Santiago G. conducía el taxi licencia número 38. Sin embargo, pocos días antes había decidido abandonar temporalmente esta profesión al sentirse vigilado por José R., circunstancia que los procesados no llegaron a conocer. En Figueretes, José B. esperó la llegada del taxi número 38. Cuando observó que el vehículo se situaba en los primeros puestos, telefoneó a Francisco P., que esperaba su llamada en el bar "Sa Creu" de San Rafael, y, conforme habían planeado, regresó al bosque de San Rafael para dejar el vehículo y recoger la motocicleta.

Mientras tanto José B. tomó el taxi número 38, conducido desde hacía sólo algunos días por José C. S., indicándole que se dirigiera al bosque anteriormente citado. A lo largo del recorrido el procesado se percató de que el conductor no era Santiago G., a pesar de lo cual decidió continuar, dando muerte a José C. con la intención de obtener la recompensa prometida. Así lo hizo, disparando a la cabeza del taxista. A continuación prendió fuego, con la gasolina que contenía la garrafa escondida en el lugar del delito al vehículo en el que se encontraba el cuerpo ya sin vida de José C., que quedó calcinado, resultando asimismo absolutamente destruido el autotaxi, propiedad de Juan M. F., cuyo valor venal es de un millón ciento cuarenta mil pesetas, dándose seguidamente a la fuga en el automóvil que le había dejado preparado Francisco P.

Pocos días después de producirse la muerte de José C., Francisco P. vendió la pistola, que previamente le había devuelto José B., a José B. C., en cuyo poder fue finalmente hallada. Por su parte, José B. acudió a una peluquería situada en la población de Santa Gertrudis para disimular unas quemaduras que presentaba su cabello (STS, Sala Segunda, 791/1998, de 13 de noviembre)

[Calificación jurídico-penal de la conducta de José R, Susana R, José B y Francisco P.](#)

e. [Desistimiento, actos preparatorios, participación. Caso del atraco.](#)

Antonio, Emiliano y Eusebio planearon apoderarse del dinero que pudieran en una entidad de ahorros, recayendo la elección en la sucursal de la Caja de Ahorros Municipal de Bilbao, de la localidad de Somorrostro, y, a tal fin, Emiliano y Eusebio

llegaron en un vehículo a dicho lugar. Antonio, que había llegado anteriormente a la sucursal y que, de acuerdo con lo previamente pactado, debía haber acompañado, provisto de una navaja, a Emiliano dentro de la sucursal para efectuar el robo, no obstante, decide no llevar a cabo el robo al encontrarse mal de salud, con ganas de vomitar, posiblemente a causa de los nervios. Se acercó al vehículo donde se hallaban los otros dos, comunicándoles su decisión y aconsejándoles que renunciaran al robo, alejándose a continuación. A pesar de la ausencia de Antonio, Emiliano, sin embargo, entra en el local, donde tras un forcejeo fue reducido por dos guardas de seguridad del Banco. Eusebio, que esperaba en el coche la salida de su compañero, emprendió la huida al percatarse de lo sucedido, siendo detenido por la policía días más tarde en su domicilio.

Analiza los problemas que plantea la calificación penal de la conducta de los intervinientes, prestando especial atención a la conducta de Antonio

Lección 13ª

AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD LA LEGÍTIMA DEFENSA

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. CONDICIONES GENERALES SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA
 - 1. Concepto de causas de justificación
 - 2. Causas de justificación en el ordenamiento penal español
 - 3. Fundamento de las causas de justificación
 - 4. Efectos y límites de las causas de justificación
 - 5. Elementos de las causas de justificación y ausencia de los mismos
 - a. Parte objetiva y parte subjetiva de las causas de justificación
 - b. Ausencia de los elementos objetivos de la causa de justificación. La eximente incompleta
 - c. Ausencia del elemento subjetivo: desconocimiento de la concurrencia objetiva de una causa de justificación
 - d. Ausencia de elemento objetivo y presencia del elemento subjetivo: justificación putativa o error sobre los presupuestos de una causa de justificación
- III. LA LEGÍTIMA DEFENSA: ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Una primera aproximación comparativa a la legítima defensa y al estado de necesidad
 - 2. Requisitos de la legítima defensa:
 - a. Agresión ilegítima
 - b. Necesidad racional del medio empleado
 - c. Falta de provocación suficiente
 - 3. Excurso: ¿Ampara la legítima defensa los casos de gran desproporción entre bienes jurídicos?
 - 4. Falta de concordancia entre la parte objetiva y subjetiva de la legítima defensa. Especial consideración de la legítima defensa putativa
- IV. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto
 - 2. Casos para resolver
 - 3. Una breve lectura
 - 4. La realidad supera a la ficción: noticias de actualidad

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Esta lección consta de dos partes. La primera tiene por objeto unas consideraciones generales sobre la antijuridicidad y su ausencia. El contenido de este epígrafe puede resultar al alumno, en una pequeña lectura, algo difícil. Las cuestiones que aquí se plantean, se entenderán mucho mejor al estudiar cada causa de justificación. Por ello, deberá volverse sobre este epígrafe tras el estudio de las diferentes causas de justificación.

En la parte dedicada a la legítima defensa, respecto a algunos de los interrogantes que plantean sus requisitos, nos limitaremos a plantearlos a través de preguntas, que deberán ser contestadas consultando los materiales bibliográficos recomendados, que además deberán utilizarse para completar la presente lección.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA

El contenido de este epígrafe puede resultar al alumno, en una pequeña lectura, difícil de entender. Las cuestiones que aquí se plantean, se entenderán mucho mejor al estudiar cada causa de justificación. Por ello, deberá volverse sobre este epígrafe tras el estudio de las diferentes causas de justificación.

1. Concepto de causas de justificación

1. Repasa la lección “La teoría jurídica del delito” y recuerda en qué consistían las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.
2. Compara los siguientes ejemplos y trata de analizar sus diferencias:
 - a. A pega a B en la cabeza con una bolsa llena de libros, que además contiene un ordenador portátil. B sufre lesiones en la cara que requirieron para su curación tratamiento médico quirúrgico.
 - b. A la salida del metro, B amenaza a A con una navaja si no le entrega su cartera. A reacciona pegando a B con la bolsa que llevaba al hombro, cargada con su ordenador portátil y con libros, causando a B lesiones en la cara que requirieron para su curación tratamiento médico quirúrgico.

Probablemente en tu calificación hayas apreciado que, aunque A lleva a cabo la misma conducta típica: lesionar, en el primer caso no hay duda de que responde penalmente, mientras que en el segundo no parece que pueda afirmarse su responsabilidad. La diferencia estriba en que en el segundo caso concurre una causa de justificación, en concreto, la legítima defensa.

En el esquema de la teoría del delito que conoces (conducta típica antijurídica y culpable) las causas de justificación tienen la virtualidad de excluir la antijuridicidad de la conducta, su carácter prohibido. Y no de cualquier conducta, sino de una que en principio es típica y, por tanto, relevante para el Derecho penal.

En el ejemplo anterior, A realiza una conducta que colma el tipo objetivo y subjetivo del delito de lesiones dolosas previsto en el art. 147 CP, pero la realización típica amparada por la legítima defensa no está finalmente prohibida, no es antijurídica.

Las causas de justificación son circunstancias en virtud de las cuales se produce la exclusión de la antijuridicidad o ilicitud de la conducta típica. Frente a la regla general de que las conductas típicas son generalmente antijurídicas, ilícitas, las causas de justificación desvirtúan esta relación permitiendo una conducta inicialmente prohibida.

No obstante, cómo se relacionan tipicidad y antijuridicidad no es una cuestión pacífica. A grandes rasgos caben dos formas de concebir el papel de las causas de justificación:

- En primer lugar, se puede concebir la tipicidad y la antijuridicidad, el tipo y las causas de justificación como elementos valorativos diferentes, de forma que la tipicidad constituye un indicio de la prohibición y las causas de justificación operan como normas de permisión frente a conductas inicialmente prohibidas. Para esta tesis es posible hablar de conductas típicas no prohibidas, aquellas que están justificadas.
- En segundo lugar, y es la propuesta de la llamada teoría de los elementos negativos del tipo, cabe manejar un concepto amplio de tipo como tipo global de injusto. El tipo global de injusto abarca dos grandes requisitos: tipo positivo, los elementos que fundamentan la prohibición (lo que hasta ahora hemos estudiado como elementos del tipo, tanto objetivo como subjetivo) y, como el tipo negativo, la ausencia de los elementos que excluyen la prohibición (la presencia de una causa de justificación). Según esta teoría sólo podremos hablar de conducta típica cuando no concurren causas de justificación, es decir, sólo habrá conductas típicas prohibidas y no podría hablarse de una conducta típica permitida, pues en el caso de concurrir una causa de justificación no se daría el requisito de ausencia del tipo negativo.

Las consecuencias de esta diferente comprensión de las relaciones entre tipo y justificación se aprecian a la hora de resolver los problemas de error, como veremos más adelante.

2. Causas de justificación en el ordenamiento penal español

3. Lee atentamente el art. 20 del CP, que recoge una serie de circunstancias que **eximen** de pena. Intenta detectar cuáles de esas circunstancias son **causas de justificación**, es decir, excluyen la antijuridicidad del hecho.

En el ordenamiento penal español las causas de justificación están recogidas en primer lugar y de forma fundamental en el art. 20 CP. El art. 20 contempla diversas circunstancias eximentes, circunstancias cuya concurrencia excluye la responsabilidad criminal. Las razones por las que no hay responsabilidad penal pueden ser diferentes. Cuando esa razón sea que no hay antijuridicidad, estamos ante eximentes que son causas de justificación. Ese es el caso en los supuestos de **legítima defensa** (art. 20.4º), **estado de necesidad** (art. 20.5º) y **cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo** (art. 20.7º). El resto de eximentes del art. 20 son supuestos de exclusión de la culpabilidad. Estas serían las causas de justificación de aplicación general a toda la parte especial, el propio Código penal contempla en algunos tipos causas de justificación **específicas**.

Un supuesto particular viene dado por la figura del **consentimiento**, que, en general, actúa como elemento que excluye ya el tipo, pues el bien jurídico protegido es la libertad del sujeto o sólo se protege el bien jurídico si el sujeto así lo quiere. Por ejemplo, si un sujeto accede a que otro le lleve a una habitación, no puede hablarse de una conducta típica de detenciones ilegales: no hay ataque a su libertad ambulatoria, pues ha consentido ese movimiento y no se ataca su libertad. De la misma manera, si una persona regala su reloj a otra, que lo coge de su joyero, no puede hablarse de una conducta típica de hurto, pues el patrimonio sólo se protege si así lo quiere su dueño.

Excepcionalmente se considera que el consentimiento excluye la antijuridicidad, es decir, es una causa de justificación, cuando opera respecto a bienes jurídicos en los que no existe plena disponibilidad, como, por ejemplo, en el caso de los trasplantes de órgano entre vivos (el consentimiento del donante justifica la lesión que supone, por ejemplo, privarle de un riñón) o la cirugía transexual (la mutilación a la que se somete el paciente está justificada por su consentimiento) del art. 156 CP.

3. Fundamento de las causas de justificación

4. A, policía nacional, se dirige al domicilio de B para detenerlo conforme ha dispuesto el juez de instrucción. Cuando el policía informa a B del objeto de su visita, éste intenta huir y A se ve obligado a tirarse sobre él y sujetarlo por la fuerza, causándole una fractura en el brazo. ¿Responde el policía por un delito de lesiones? ¿Por qué?
5. A está tomando el sol en la playa cuando se da cuenta de que un bañista se está ahogando. Para poder llegar a tiempo de salvarlo, se apodera de una moto de agua que está en la orilla. ¿Responde A por un delito de hurto?
6. A aborda a B por la calle y la empuja hasta un portal por la fuerza al tiempo que tira de su ropa diciéndole que se prepare para pasarlo bien. B consigue desasirse un momento de A y sacar de su bolso un spray de pimienta con el que consigue acertar a A, que se marcha entre alaridos. ¿Responde B por las lesiones causadas a A? ¿Por qué?

Ha habido muchos intentos de buscar un fundamento común para las causas de justificación. Entre ellos destaca el principio del **interés preponderante**. Esta propuesta reconduce las causas de justificación a la presencia de un conflicto que se resuelve a favor del interés preponderante. Las causas de justificación se caracterizan por la presencia de un conflicto entre bienes jurídicos de tal naturaleza que la salvaguarda de uno de los bienes implica la lesión del otro. Para resolver ese conflicto, el ordenamiento jurídico permitiría que se pueda lesionar uno de los bienes en conflicto siempre que, tras una ponderación de todos los intereses en juego, se concluya que esa salvaguarda permite garantizar el interés preponderante. Sin embargo, este pretendido fundamento es muy controvertido, pues la exigente quinta del art. 20, que consagra el estado de necesidad, exime de pena a quien causa un mal de igual entidad al que pretende evitar, habiendo autores que entienden que en estos casos estamos ante una auténtica causa de justificación, aunque no exista un interés preponderante. (Sobre este aspecto se volverá posteriormente).

4. Efectos y límites de las causas de justificación

El efecto principal de una causa de justificación es la **exclusión de la antijuridicidad**, el hecho es lícito. Ello supone que no sólo se excluye la responsabilidad criminal en general (pena y medida de seguridad), sino también cualquier otra responsabilidad jurídica, como, por ejemplo, la responsabilidad civil derivada de delito (con la matización contenida en el art. 118 para el estado de necesidad, con base en la idea del enriquecimiento o beneficio). Esta amplitud exoneradora diferencia claramente las causas de justificación de las causas que excluyen la culpabilidad. Por ejemplo, si un enfermo mental lesiona a otro en legítima defensa, no cabrá imponerle ni pena ni medida de seguridad. Por el contrario, si un enfermo mental lesiona a otro sujeto, su inimputabilidad impedirá que se le pueda imponer una pena, pero se le podrá imponer una medida de seguridad, por ejemplo, un internamiento en un centro psiquiátrico.

Vinculados a esa eficacia cabe destacar **otras consecuencias** de la presencia de una circunstancia justificante:

- La participación en un hecho justificado está también justificada, pues no existe un acto típico y antijurídico del autor (principio de accesoriadad limitada).
- No cabe legítima defensa contra una conducta justificada, ya que el presupuesto de la legítima defensa es una agresión antijurídica. Por lo tanto, no cabe legítima defensa frente a la legítima defensa o frente a una acción amparada por el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.
- No es necesario seguir avanzando en el esquema de la teoría del delito y, por lo tanto, comprobar la culpabilidad del sujeto, pues ésta presupone la ilicitud del hecho.

Los límites de la causa de justificación se infieren de su propio fundamento general:

- Si tienen su razón de ser en la protección de bienes jurídicos, cuando la acción ya no sea precisa para esa garantía no podrá estar justificada. O lo que es lo mismo, los excesos no quedan amparados por las causas de justificación. Esta idea general, como luego veremos, se refleja de diversa manera en cada causa de justificación. Si A pega a B y B consigue inmovilizarlo para que no continúe golpeándole, no puede resultar justificados ulteriores puñetazos de B a A, pues ya no hay un bien jurídico en peligro.
- La provocación intencionada de la situación justificante excluye la justificación del hecho. El ordenamiento no puede proteger bienes jurídicos que se han puesto intencionadamente en peligro, pues en este caso el conflicto se genera artificialmente y no puede ampararse la posición de quién juega así con intereses tan relevantes para el ordenamiento jurídico.

5. Elementos de las causas de justificación y ausencia de los mismos

Vamos a ver a continuación, con carácter general, qué requisitos son necesarios para poder afirmar que concurre una causa de justificación y qué sucede si falta alguno de esos requisitos.

a. Parte objetiva y parte subjetiva de las causas de justificación

En las causas de justificación podemos distinguir una **parte objetiva** y **parte subjetiva**

Elementos objetivos: son los requisitos de naturaleza objetiva que han de concurrir para apreciar una causa de justificación. Por ejemplo, en una legítima defensa ha de existir una agresión ilegítima; en un estado de necesidad, un situación de necesidad, el mal causado no puede ser mayor que el que trata de evitar, etc.

Elemento subjetivo: para apreciar una causa de justificación no basta con que concurren los presupuestos objetivos, sino que el sujeto tiene que conocer que actúa en esa situación justificante.

- A pega a B porque B acaba de darle un puñetazo de forma sorpresiva: el sujeto conoce que está defendiéndose frente a una agresión ilegítima, que es el presupuesto objetivo principal de la legítima defensa.
- A rompe la ventana de la cocina de un chalet para entrar a robar sin saber que ha habido un escape de gas y que esa acción salva la vida de los habitantes de la casa que están ya desmayados en la cocina. Aunque se dé el presupuesto objetivo esencial del estado de necesidad, la situación de necesidad (para salvar la vida de los dos sujetos hay que causar daños en la casa), A lo ignora, luego no se da el elemento subjetivo

Algunos autores exigen, más allá del conocimiento de la situación justificante, la voluntad de actuar con un especial fin, el de salvar bienes jurídicos.

b. Ausencia de los elementos objetivos de la causa de justificación. La eximente incompleta

Como veremos al estudiar las causas de justificación concretas, existen elementos que constituyen el presupuesto objetivo de la causa de justificación. Son los que se denominan **requisitos esenciales**. Por ejemplo, no puedo actuar en legítima defensa si nadie me está atacando, si falta la agresión ilegítima. No puedo actuar en estado de necesidad si no existe una situación de riesgo para un bien jurídico. Además, existen otros elementos objetivos que también son precisos para apreciar la causa de justificación. Por ejemplo, para apreciar legítima defensa, junto a la agresión ilegítima es necesario que el sujeto no se exceda en su acción de defensa. Si no se dan estos elementos no se exime de pena.

Ello no significa que la presencia parcial de los requisitos no pueda tener incidencia sobre la responsabilidad del sujeto. Ello dependerá de si se trata de un elemento esencial o no de la causa de justificación. Esa diferenciación no se encuentra en el Código penal, sino que es fruto de la elaboración doctrinal y jurisprudencial.

La diferencia entre requisitos esenciales e inesenciales es muy importante, porque si el presupuesto ausente es **esencial**, en principio no podrá darse ninguna eficacia a la presencia parcial de la eximente. Pero, si el presupuesto ausente es **inesencial**, podrá darse una gran eficacia atenuante a la presencia parcial de la causa de justificación como eximente incompleta.

Las **eximentes incompletas** están contempladas en el art. 21.1º CP:

“Son circunstancias atenuantes: Las causas expresadas en el Capítulo anterior [art. 20: circunstancias eximentes], cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

La gran virtualidad de esta atenuante llamada “eximente incompleta” es que su eficacia atenuante es extraordinaria, pues conlleva la imposición de la pena inferior en uno o dos grados (art. 68 CP) y no sólo la pena en la mitad inferior, como es la regla general en el resto de atenuantes (art. 66.1.1ª).

Si falta algún requisito esencial, no se puede apreciar la eximente completa ni incompleta. En estos casos, a lo sumo, podría plantearse la aplicación de la llamada atenuante analógica del art. 21. 6º en relación con el artículo 21. 1º. El artículo 21. 6º, después de enumerar las circunstancias atenuantes afirma que también será atenuante “Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”. Se recoge así una cláusula abierta que permite crear nuevas circunstancias atenuantes no expresamente previstas por el legislador. En este caso se plantearía una atenuante analógica (art. 21.6) de la atenuante de eximente incompleta (art. 21.1)

c. Ausencia del elemento subjetivo: desconocimiento de la concurrencia objetiva de una causa de justificación

Al observar las relaciones entre elementos objetivos y elemento subjetivo, se aprecia que pueden darse **falta de concordancia** entre la parte objetiva y subjetiva de las causas de justificación. Puede ocurrir que:

- Objetivamente concurra una causa de justificación y el sujeto no lo sepa
- Objetivamente no concurra la causa de justificación y el sujeto actúe pensando que concurre.

En el primer caso se habla de ausencia del elemento subjetivo de la justificación. En el segundo de un error sobre los presupuestos de la causa de justificación. A continuación nos ocuparemos de la primera asimetría: ausencia del elemento subjetivo.

El sujeto ignora que concurren los presupuestos de una causa de justificación. Por ejemplo, un sujeto destroza la luna de un escaparate ignorando que en el interior se ha declarado un incendio y que, con ello, posibilita la salida de las personas allí se encuentran. Se dan los presupuestos de un estado de necesidad (necesidad de causar un mal para evitar otro más importante), pero el sujeto no sabe que concurre esa causa de justificación. En estos casos el sujeto causa

intencionadamente la lesión a un bien jurídico (destrucción de la propiedad), pero esa lesión objetivamente estaría justificada (permite salvar la vida de varias personas).

Los efectos de este tipo de error dependen de cómo se conciba la antijuridicidad. Si se parte de que el desvalor de una conducta viene dado por el carácter desvalorado de la acción (acción peligrosa para bienes jurídicos) y del resultado que ocasiona (lesión o peligro concreto para bienes jurídicos), se comprende que las causas de justificación requieren también un valor de acción (actuar para evitar lesiones para bienes jurídicos: elemento subjetivo) y valor de resultado (efectiva salvaguarda de bienes jurídicos). Si el sujeto ignora que está protegiendo bienes jurídicos, no habrá valor de acción, pero, como de hecho se salvaguardan bienes jurídicos, no habrá desvalor de resultado.

Expresado en términos esquemáticos:

Antijuridicidad= desvalor de acción +desvalor de resultado

Causa de justificación= valor de acción +valor de resultado

Causa de justificación sin elemento subjetivo= desvalor de acción +valor de resultado.

Precisamente esa estructura característica de la actuación en una situación justificante pero sin elemento subjetivo: acción peligrosa que no provocan un resultado desvalorado, es la propia de la tentativa. Por eso, en estas situaciones se propone castigar al sujeto por una tentativa, rebajando la pena, en consecuencia, en uno o dos grados (art. 62 CP).

A la misma solución penológica se llega por otra vía, la de entender que el elemento subjetivo no es un elemento esencial y, por tanto, cabe apreciar una eximente incompleta, que permite la rebaja en uno o dos grados de la pena (art. 68).

d. Ausencia de elemento objetivo y presencia del elemento subjetivo: justificación putativa o error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

Se alude aquí a aquellas situaciones en las que un sujeto se representa (elemento subjetivo) la existencia de una situación que hubiera generado justificación, pero esa situación no se da fácticamente (ausencia del elemento objetivo). Es decir, el sujeto ignora que no se da la causa de justificación. Por ejemplo, A cree que está siendo agredido por B y actúa para defenderse, siendo la realidad que B no lo estaba atacando.

En estos casos se habla de una justificación putativa o de un error sobre los presupuestos de una causa de justificación. El tratamiento de este tipo de errores no se recoge específicamente en el Código penal y no es pacífico. Un sector de la doctrina y la jurisprudencia estima que estamos ante un **error de prohibición** y, por tanto, se aplica el art. 14.3 CP. Otro sector importante de la doctrina estima que el sujeto no se equivoca sobre la prohibición de la conducta, sino sobre los elementos

de realidad que fundan que la conducta esté prohibida o no, y, por tanto, es un **error de tipo** que debe solucionarse conforme al art. 14.1 CP. Es la posición que defienden, entre otros, los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo.

7. Es el momento de recordar la regulación del error en el Código penal. Repasa el art. 14 y explica brevemente las diferentes consecuencias de apreciar un error de tipo o un error de prohibición.

Distintos de esta situación son los casos en los que el sujeto yerra sobre la existencia o límites de una causa de justificación. En ambos casos se trata de un **error sobre la prohibición**, sobre el carácter ilícito de la conducta que realiza. Sus efectos son los previstos en el art. 14.3 CP. Por ejemplo, hay un error de prohibición cuando A considera que la legítima defensa ampara las acciones de venganza posteriores a la agresión antijurídica. Sin embargo, hay un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación cuando A cree que B continúa agrediendo, a pesar de que se está yendo.

8. A la luz de lo expuesto sobre la ausencia de los elementos objetivos y/o subjetivos de las causas de justificación, argumenta la calificación jurídica que correspondería en los siguientes supuestos:
 - a. A pega a B una paliza. Cuando A está yéndose, B se acerca a A por la espalda y le golpea con una ladrillo que ha cogido de la calle.
 - b. A da un puñetazo a B, que saca una pistola y mata a A.
 - c. A secuestra a B y pide un rescate para liberarlo. C realiza labores de intermediación para que se pague el rescate a cambio de un porcentaje del mismo.
 - d. A pega a B sin saber que en ese momento B estaba a punto de clavarle una navaja.
 - e. A observa a través de una ventana a B, que está gritando pidiendo ayuda. Creyendo que B está en peligro, A destroza la puerta de la casa de B dispuesto a rescatarlo. En realidad B estaba ensayando una obra de teatro.

III. LA LEGÍTIMA DEFENSA: ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

Como se ha puesto de manifiesto, el presupuesto de las causas de justificación es un conflicto entre bienes jurídicos o intereses de tal manera que la salvaguarda de un bien o derecho pasa por la lesión de otro bien o interés con relevancia penal. Las causas de justificación nos ofrecen pautas para saber si, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal, ese conflicto se ha resuelto de forma adecuada y, por lo tanto, la lesión del bien jurídico está permitida, no vulnera el ordenamiento penal. Veamos ahora cuáles son esas pautas o requisitos de la causa de justificación por antonomasia: la legítima defensa.

1. Una primera aproximación comparativa a la legítima defensa y al estado de necesidad.

Para su adecuada comprensión, resulta útil comparar la legítima defensa (LD) con el estado de necesidad (EN).

9. Lee atentamente los artículos 20.4º (LD) y 20.5º (EN) del CP

10. Compara los siguientes supuestos tratando de encontrar sus similitudes y sus diferencias. ¿Qué supuestos serían, en principio, de LD y cuáles de EN?

- a. A, fuera de sí por una cuestión hereditaria, está propinando a B, que se halla indefenso en el suelo, una brutal paliza. En un momento dado B consigue hacerse con el arma de fuego que lleva A en su cinturón y le dispara a la altura del costado izquierdo, causándole la muerte.
- b. En un hospital hay un solo pulmón artificial conectado a un paciente. A consecuencia de un accidente ingresa un niño que, para sobrevivir, necesita ser conectado a dicha máquina. El médico pondera las posibilidades de salvación de ambos pacientes y decide aplicar el pulmón artificial al niño recién hospitalizado, llevando a cabo la desconexión del primer paciente que muere a consecuencia de ello. Ya sé que es polémico, pero por poner un supuesto en el que también se causa la muerte, porque esté más clara la coincidencia con el anterior.
- c. En una discoteca se desencadena un incendio. La gente se agolpa en la salida. Una de las personas que se encontraba dentro, para escapar de las llamas, pasa por encima de los cuerpos caídos de otros usuarios de la discoteca, causándoles lesiones de diversa consideración.

Estos supuestos tienen **en común** la existencia de una situación de conflicto y que en ambos se lesiona un bien jurídico para salvar a otro. Sin embargo existen importantes **diferencias** entre ambos:

La gran diferencia reside en que en la legítima defensa se reacciona frente a una **agresión antijurídica**, es decir, se lesiona el bien jurídico de quién estaba atacando, de quien se estaba comportando de forma contraria a derecho (estaba golpeando a la víctima, me intentaba robar). Ello no ocurre en el estado de necesidad, donde el bien jurídico que se lesiona para salvar otro bien jurídico es de alguien que no ha generado el conflicto y cuyos bienes y derechos resultan igualmente dignos de protección que los bienes jurídicos por cuya salvaguarda se optó (tan valiosa es la vida del paciente adulto que la del niño, la integridad física de quien huye que la de quienes están en el suelo).

Esta diferencia es a su vez determinante de otra de las grandes diferencias entre la LD y el EN: la **proporcionalidad**. Mientras que en la legítima defensa puedo causar un mal mayor del que trato de evitar (con las precisiones que posteriormente se realizarán), en el estado de necesidad el mal causado NO puede ser mayor que el que trato de evitar.

En relación con estas diferencias, hay quien pretende ver en la justificación por legítima defensa un **fundamento** que trasciende la mera necesidad de salvaguarda del bien jurídico o derecho de quien se defiende. En este sentido a veces se afirma que en los supuestos de legítima defensa el Estado “delegaría” en el individuo una

función de defensa del ordenamiento jurídico. La acción de defensa, a la vez que salvaguarda el bien jurídico concreto amenazado, supondría una reafirmación del derecho, coadyuvaría a los fines de prevención general, etc., es decir, concurre un “plus” de valor que explicaría que se pueda causar un mal mayor que el que se intenta evitar.

En contra de este pretendido fundamento supraindividual podría argumentarse que una cosa es la persona que ataca lo haga antijurídicamente y ello permita causar un mal mayor pero necesario para la defensa y otra cosa es que ese “mal” que se causa se convierta en un “bien” porque suponga una reafirmación del ordenamiento jurídico ejercitada por quien se defiende.

11. Reflexiona acerca del fundamento de la legítima defensa. ¿Qué opinión de las expresadas te parece más acertada?

Intenta no confundirte. El estado de necesidad puede también tener su origen en una agresión ilegítima. Si yo solvento el conflicto generado reaccionando frente al agresor, estaríamos ante una legítima defensa. Si reacciono frente a un tercero que no ha generado antijurídicamente el peligro, se plantearía la posible aplicación de un estado de necesidad.

12. Observa el siguiente ejemplo y di qué variante sería analizada desde la perspectiva del estado de necesidad y cuál bajo la perspectiva de la legítima defensa.

- a. A camina a altas horas de la noche por una calle solitaria. En un momento dado se le acerca un individuo, B, que, conminándolo con una navaja, le exige que le entregue todo lo que tenga de valor. A reacciona propinando un puñetazo a B, que le provoca la rotura del tabique nasal.
- b. Variante: A reacciona rompiendo el escaparate de la tienda a cuya altura se estaba produciendo el intento de robo, lo que causa daños patrimoniales al dueño de la tienda. De esta manera salta la alarma y el ladrón emprende la huida.

2. Requisitos de la legítima defensa

Algunos de los interrogantes que generan los requisitos de la legítima defensa vamos a limitarnos a plantearlos a través de preguntas que deberás intentar contestar consultando los materiales bibliográficos recomendados

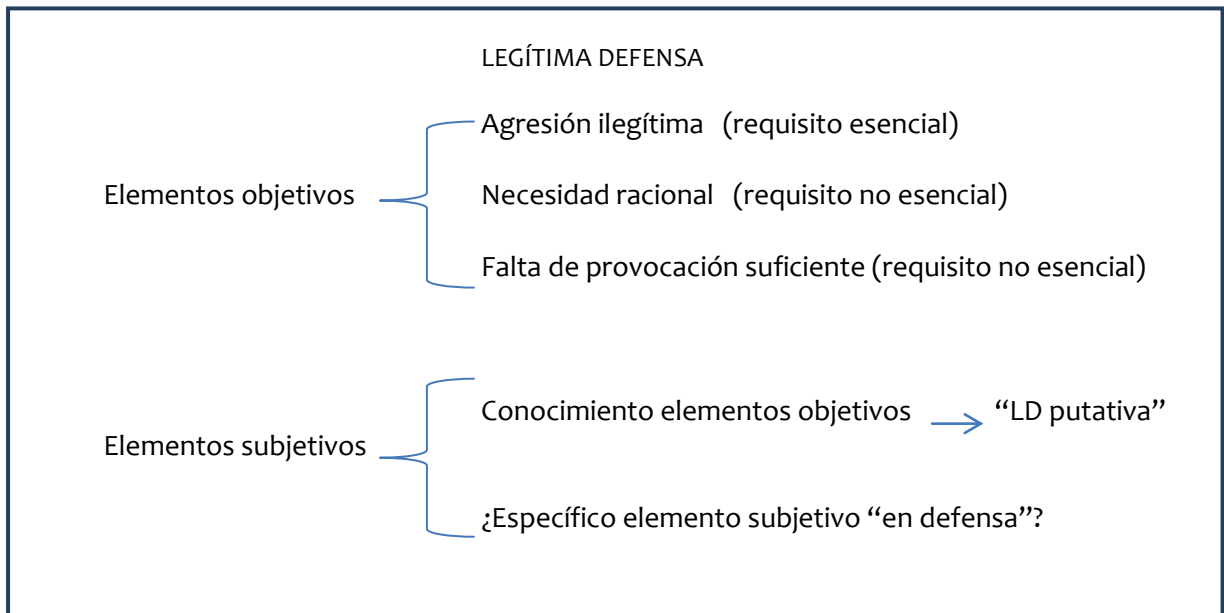
Art. 20.: Está exento de responsabilidad criminal...

4º. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero: agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdidas inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo: necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla

Tercero: falta de provocación suficiente.



a. Agresión ilegítima

En el ámbito de la interpretación de la expresión “**agresión**” se plantean variados supuestos problemáticos:

13. ¿Sólo cabe legítima defensa frente a acometimientos físicos o también frente a otro tipo de ataques que no requieran el uso de la fuerza? ¿Podría reaccionar en legítima defensa frente, por ejemplo, a unas injurias, es decir, frente a alguien que me está insultando?
14. ¿Incluye el concepto de agresión sólo acciones o también una omisión puede ser considerada agresión ilegítima y, por tanto, cabe reaccionar frente a ella en legítima defensa? Tras cumplir condena de prisión, el director del centro penitenciario se niega a poner en libertad al preso X con el argumento de que le habían puesto muy poco castigo. ¿Podría el preso reaccionar frente al director en legítima defensa?
15. ¿Cabe la legítima defensa sólo frente a agresiones dolosas o también frente a ataques imprudentes? Veo como un cazador va a disparar a una persona confundíendola con una pieza de caza, ¿podría reaccionar en legítima defensa de esa víctima potencial?
16. ¿Cabe la legítima defensa sólo frente a agresiones que atenten contra bienes jurídicos individuales o también frente a actuaciones lesivas de bienes jurídicos colectivos? ¿Podría reaccionar en legítima defensa para que alguien ponga fin al vertido al mar de sustancias tóxicas? Este interrogante puedes verlo reflejado en el siguiente ejemplo:

Una noche, tras una increíble victoria en la liga por parte del Atlético de Madrid frente al Real Madrid, un par de aficionados de dicho equipo se dedicaron a asaltar la estatua de la Cibeles, intentando arrancarla, y a decir que tenían que trasladarla al lado de la estatua de Neptuno para que le besara los pies. Ante dicha imagen, Alfredo, que pasaba por allí, y con la intención de defender el patrimonio de todos, redujo por la fuerza a los dos asaltantes, consiguiendo que pararan su ataque a la fuente. A consecuencia de dicha defensa, los hinchas del Atlético resultaron con

heridas en nariz y cuero cabelludo. ¿Ha actuado Alfredo en legítima defensa?

En el ámbito de la interpretación de la expresión “**ilegítima**” se plantean a su vez variados supuestos problemáticos. Teniendo en cuenta la dicción del art. 20.4º y que por agresión ilegítima se suele entender una conducta contraria al derecho, es decir, antijurídica, trata de dar respuesta, entre otras, a las siguientes cuestiones:

17. Alberto estando en una casa rural con todos sus amigos, y tras haber visto una película de terror, por la noche tuvo una pesadilla en la que soñaba que le atacaban por lo que, sonámbulo, se dirigió a la cama en la que dormía su amigo Luis, al que comenzó a dar golpes y tirones de pelo y a decir “Zombi de mierda, vete otra vez a la tumba”, todo ello sin despertar de su estado de sonambulismo. Luis se despierta y para quitarse de encima a Alberto, comienza a darle patadas desde su posición de cúbito supino y le hace una brecha antes de conseguir quitárselo de encima. ¿Actúa Luis en legítima defensa?
18. ¿Cabría reaccionar en legítima defensa frente a quien actúa amparado en una causa de justificación? Ej.: el policía X detiene a B, sobre quien pesa una orden de busca y captura, para ponerlo a disposición judicial. Podría B reaccionar en legítima defensa frente al policía para evitar la privación de libertad?
19. ¿Cabría reaccionar en legítima defensa frente al ataque de un inimputable, por ejemplo, de un loco? Recuerda que la imputabilidad es un requisito perteneciente a la categoría “culpabilidad”.

También se exige que la agresión sea **actual**. Aunque la exigencia de actualidad no aparece expresamente en el art. 20.4º, se deduce de la propia necesidad de una agresión, de la expresión “en defensa” que emplea el mencionado precepto y de la dicción del requisito segundo que habla de necesidad racional “para impedir o repeler” la agresión.

En este requisito de actualidad de la agresión se pueden localizar también una serie de supuestos problemáticos:

20. ¿Estarían amparadas en la causa de justificación legítima defensa las siguientes actuaciones de B?
 - a. A intenta violar a B, quien, para evitarlo, le golpea con una piedra en la cabeza, lo que hace que A pierda el conocimiento. Estando A inconsciente, B sigue golpeándole con la piedra en la cabeza, golpes estos que causan la muerte de A.
 - b. A propina a B un fuerte puñetazo en la nariz y acto seguido sale huyendo. B le persigue y, una vez le da alcance, le devuelve el puñetazo.

Para poder reaccionar en legítima defensa, lógicamente, es necesario que la agresión no haya concluido, siga siendo actual o presente. El determinar si la agresión ha concluido o se mantiene a veces presentará alguna peculiaridad dependiendo del delito en cuestión. Atiende a los siguientes casos:

21. A agarra a B por la fuerza y la introduce en una furgoneta, llevándola a su casa donde la mantiene encerrada en el sótano. ¿Puede actuar B en

legítima defensa en cualquier momento mientras se prolonga el encierro o sólo en el momento de la detención inicial?

22. A consigue apoderarse del bolso de B y sale huyendo. B le persigue y, en un momento dado le alcanza propinándole un fuerte empujón y un puñetazo para así poder arrebatarse el bolso.

¿Existe alguna diferencia en cuanto a la actualidad de la agresión entre estos casos y los anteriores?

Los supuestos en los que el sujeto reacciona o sigue reaccionando una vez que la agresión ilegítima ha cesado se conocen con el nombre de **exceso extensivo** en la legítima defensa.

23. ¿Qué tratamiento penal crees que deberían recibir estos casos? Observa el esquema inicial. ¿Qué requisito de la legítima defensa se ve afectado?, ¿Es un requisito esencial o no? ¿Cuál es la consecuencia de la no concurrencia de agresión ilegítima?

También puede resultar problemático decidir no ya cuándo termina, sino **cuándo comienza** la agresión, cuándo es ya posible actuar en legítima defensa.

24. A ha logrado esconderse en una cabaña y observa desde la ventana cómo B, con un puñal en la mano, le busca alrededor de la cabaña para matarle. ¿En qué momento puede ya reaccionar A en legítima defensa? ¿Ha de esperar a un inicio de la tentativa en sentido de la teoría objetivo forma o en sentido de la teoría de la inmediatez, utilizadas para establecer la frontera entre los actos preparatorios y ejecutivos?

Es evidente que no hay que esperar a que la agresión se haya iniciado. No sólo se puede reaccionar en legítima defensa frente a la agresión actual, sino también frente a la agresión **inminente**, lo que se deduce de la expresión “para impedir o repeler”. De esta manera, suele afirmarse la posibilidad de actuar en legítima defensa cuando el aplazar la reacción conlleva el riesgo de que la posterior defensa sea insegura o ineficaz.

La ausencia de agresión ilegítima

La agresión ilegítima es un requisito esencial. Si no concurre agresión ilegítima, por alguna de las razones apuntadas, por ejemplo, el agredido sigue golpeando al agresor una vez que ha perdido el conocimiento y, por tanto, ya no hay agresión, no podríamos hablar de legítima defensa ni como eximente completa, ni como eximente incompleta.

La lesión finalmente infringida al agresor cuando la agresión ya había cesado no estaría amparada por una legítima defensa. Ésta no podría aplicarse ni para eximir de pena, ni para atenuarla (art. 21.1CP). Cuestión diferente es que a dicho exceso no pueda aplicársele alguna otra causa eximente excluyente no ya de la antijuridicidad, sino de la culpabilidad. En concreto, podría plantearse la aplicación de la eximente de miedo insuperable que podría apreciarse respecto a quien, presa del pánico, sigue golpeando al agresor una vez que éste ha perdido la consciencia.

Es relativamente frecuente que en la realidad no concorra una agresión ilegítima, pero el sujeto reacciona frente a lo que erróneamente entiende que es

una agresión ilegítima. Estos supuestos de error se conocen como “legítima defensa putativa”. A su análisis se dedica un epígrafe más adelante.

b. Necesidad racional del medio empleado

El requisito de la **necesidad racional** del medio empleado no ha de confundirse con el de la **proporcionalidad**, en el sentido de que el mal que se causa y el mal que se evita deban guardar una proporción, no pudiéndose causar un mal mayor que el que se trata de evitar. La proporcionalidad así entendida sí es, por el contrario, un requisito del estado de necesidad.

25. Intuitivamente: ¿crees que existe necesidad racional del medio empleado en el siguiente supuesto?: A intenta agredir sexualmente a B. B es cinturón negro de kárate, pero en vez de reducir a A utilizando sus conocimientos en artes marciales, le dispara. O por ejemplo, teniendo la oportunidad de disparar a las piernas del agresor o a otra zona no vital del cuerpo, dispara a matar.

Por necesidad racional suele entenderse la exigencia de que, **entre todos los medios eficaces de los que disponga el sujeto para impedir o repeler la agresión, utilice en menos dañino**. Esta necesidad racional se valora desde una perspectiva *ex ante*.

La necesidad racional del medio empleado se dice que es un **requisito no esencial**, pues no afecta al presupuesto de la legítima defensa: la agresión ilegítima, que concurre. En estos casos se suele hablar de **exceso intensivo** en la legítima defensa y conlleva la aplicación de la **eximente incompleta** (art. 21.1 en relación con el art. 20.4 CP).

En la práctica es frecuente que en estos supuestos se aplique otra eximente incompleta en atención a la situación psíquica del sujeto actuante. En concreto, suele ser frecuente la aplicación de la eximente de miedo insuperable.

c. Falta de provocación suficiente

Existe una gran discrepancia y confusión sobre el contenido de este requisito, cuya ausencia determinaría la aplicación de la legítima defensa como eximente incompleta, por no ser un requisito esencial de esta causa de justificación.

Reflexiona acerca de los siguientes ejemplos, argumentando si a tu juicio han de considerarse o no “provocación suficiente” a los efectos del requisito tercero de la legítima defensa. No te desespere si no logras ver con claridad cuál es el contenido de este requisito. Se trata de una cuestión bastante complicada.

- a. **La provocación como conducta antijurídica:** A insulta a B reiteradamente. B le pide que se calle, pero A sigue insultando ante lo cual B da un puñetazo a A. Si A intenta impedir ese puñetazo de B, ¿estaría actuando en legítima defensa incompleta por faltar el tercer requisito?
- b. **La provocación como previsibilidad de la agresión:** A sabe que B es muy agresivo e irascible y, por su carácter machista, especialmente susceptible ante el cuestionamiento de la fidelidad de su mujer. Sabiendo esto, A le comenta que ha oído que su mujer está liada con un vecino,

ante lo cual B comienza a golpear a A. Si A intenta repeler dichos golpes ¿concurriría una legítima defensa incompleta por falta del tercer requisito?

- c. **La provocación como causación intencional de la situación de necesidad.** A y B son amantes y desean deshacerse del marido de A que es sumamente agresivo, lleva siempre una pistola encima y ha jurado matar si descubre una infidelidad de A. A y B se dan cita en un hotel, hacen que la noticia llegue a oídos del marido, que loco de ira acude al hotel con el fin de sorprender a los adúlteros y matarles. A y B están preparados, de tal manera que cuando el marido irrumpe en la habitación, con la pistola en la mano y con intención de matarles, disparan ellos antes, causando la muerte del marido.

3. Excurso: ¿Ampara la legítima defensa los casos de gran desproporción entre bienes jurídicos?

Hemos afirmado, y es cierto, que en la legítima defensa no rige el principio de proporcionalidad en el sentido de que no se puede causar un mal mayor del que se trata de evitar. ¿Significa esto que, presuponiendo la necesidad racional del medio empleado (es decir, que no tengo otro medio menos lesivo y eficaz para evitar la agresión), **puede lesionarse un bien jurídico de primera entidad (p. ej. la vida) para salvaguardar un bien jurídico de mucho menor valor (p. ej. el patrimonio, el honor, etc.)**? Es decir, ¿podría matar para evitar unas injurias o un hurto?

26. A arrebató a B el bolso y sale huyendo. A, que lleva una pistola, da el alto a B, pero como éste sigue corriendo, le dispara causándole la muerte. Entre el bolso, efectos y dinero, el valor de lo sustraído ascendía a 450 euros. Teniendo en cuenta que el robo o el hurto no se consuma hasta que no existe disponibilidad de la cosa, es decir, en este ejemplo durante la huida subsistiría la agresión ilegítima, ¿habría que entender que A actúa amparado por una legítima defensa?

Aparentemente el tenor literal del 20.4 CP ampararía la respuesta afirmativa. Sin embargo, parece que la lesión de bienes jurídicos básicos sólo debería permitirse para la defensa de bienes fundamentales. No es que bienes como la propiedad, la intimidad, el honor, etc. no puedan ser defendidos en legítima defensa, pero lo razonable sería excluir una gran desproporción.

La línea restrictiva apuntada suele fundamentarse en el art. 2. 2 a. del Convenio Europeo de Derechos Humanos que considera legítima de acuerdo con el Convenio la causación de la muerte “en defensa de una persona contra una agresión ilegítima”, interpretándose que se puede causar la muerte frente a acometimientos personales, pero no frente a agresiones sobre bienes jurídicos como el patrimonio, la intimidad, etc.

En este sentido el TS ha aplicado el Convenio Europeo de Derechos humanos y ha concluido que “quedó proscrita como causa de justificación la acción homicida cuando de la defensa de bienes se trate, o sea, que el Convenio, se hizo eco de las consideraciones ético-sociales, que inspiraban el rechazo de la legítima defensa para

justificar el matar a una persona en defensa de bienes patrimoniales” (STS 17-6-1989).

Por otra parte, justamente la idea de proporcionalidad es un principio fundamental del Derecho, según el cual sólo está justificada la lesión o limitación de un bien o derecho cuando dicha limitación persigue un fin cuya importancia justifica la limitación. La salvaguarda de un bien jurídico como el patrimonio podría fundamentar acciones como unas retenciones, unas coacciones, incluso unas lesiones, pero no ataques a un bien jurídico tan importante como la vida.

4. Falta de concordancia entre la parte objetiva y subjetiva de la legítima defensa. Especial consideración de la legítima defensa putativa

Como veíamos en las consideraciones generales sobre la antijuridicidad, puede darse una falta de concordancia entre la realidad de la causa de justificación y la representación del sujeto actuante al respecto.

Parte objetiva	—————>	Concurre una causa de justificación
Parte subjetiva	—————>	El sujeto desconoce la concurrencia de la c. de j.

Estos supuestos son realmente infrecuentes, por lo que bastan las consideraciones realizadas en el epígrafe sobre la antijuridicidad. Aquí nos centraremos en otros supuestos mucho más frecuentes, donde la falta de concordancia entre la parte objetiva y subjetiva es justamente la inversa al caso anterior:

Parte objetiva	—————>	No concurre una causa de justificación
Parte subjetiva	—————>	El sujeto cree que concurre una c. de j.

27. Lee atentamente el siguiente caso: Alberto camina de noche por una zona muy poco transitada, cuando escucha el sonido de unos pasos que se acercan y atisba a ver una persona que se dirige a mucha velocidad hacia donde él se encuentra. Alarmado porque durante los últimos meses se había producido un aumento en el número de robos y atracos en la ciudad, en el momento en el que se acerca el transeúnte, Alberto se gira bruscamente hacia él golpeándole en la cara con el ordenador portátil que llevaba en una bolsa, causándole lesiones para cuya curación se necesitó tratamiento médico-quirúrgico. En el momento en el que la situación se calma y el sujeto está en el suelo inmovilizado, Alberto se da cuenta de que quien él consideraba un delincuente era sólo otro viandante que quería información sobre una dirección.

Son supuestos en los que el sujeto yerra sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. En el ejemplo, el error recae sobre el elemento “agresión ilegítima”. El sujeto cree que concurre una agresión ilegítima (ataque del transeúnte) cuando no concurre (sólo quería consultarle una dirección). Estos casos se conocen como “**legítima defensa putativa**”. Cómo puedes apreciar, se trata de un supuesto de ERROR.

28. Repasa el contenido del art. 14 CP y los esquemas de la lección 8 (error de tipo)
29. ¿Qué tipo de error crees que concurre en estos supuestos? ¿Error de tipo o error de prohibición? ¿Qué consecuencias jurídicas conllevaría cada una de ambas calificaciones en el caso práctico?

El tratamiento de este tipo de errores no se recoge específicamente en el Código penal y no es pacífico. Un sector de la doctrina y la jurisprudencia estima que estamos ante un **error de prohibición**, pues el sujeto cree que actúa conforme al ordenamiento jurídico cuando en realidad su comportamiento es antijurídico. El apreciar un error de prohibición conllevaría la aplicación del art. 14.3 CP.

Otro sector importante de la doctrina estima que el sujeto no se equivoca sobre la prohibición de la conducta, sino sobre los elementos de realidad, que se trata de un error fáctico. Se trataría de un **error de tipo** que debe solucionarse conforme al art. 14.1 CP. Entiende esta postura que un error de prohibición referido a la justificación concurriría cuando el sujeto conoce perfectamente la realidad de los hechos (lo que no ocurre en estos casos de causas de justificación putativas), pero cree que su conducta está permitida cuando en realidad no lo está, situación que no se da en los casos de legítima defensa putativa.

30. En este ejemplo: un padre golpea a su hijo convencido de actúa conforme a derecho, porque existe el deber y derecho de corrección de los padres respecto a los hijos, ¿qué sabe el padre y sobre qué se equivoca? ¿qué tipo de error concurre?

IV. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto

a. Supuesto de hecho

Se declara probado que sobre las 7.30 horas del día 30-3-1997 Said A. coincidió con el acusado Mefedal D. en el bar "La Salsa" de Manresa a quien conocía de vista, y le presionó para que consumieran una copa, diciéndole a continuación que tenía que pagar las consumiciones de los dos entablándose por tal motivo una discusión verbal, en el curso de la cual Said A. propinó un puñetazo en la mejilla del acusado, reaccionando éste al tiempo en que Said volvía a abalanzarse sobre él defendiéndose con el vaso que tenía en la mano, golpeando a su compatriota Said A. en la cara, vaso que a raíz del golpe se rompió causando lesiones que precisaron sutura de 30 puntos de seda y curaron en 12 días, restando cicatrices en hemicara derecha con perjuicio estético importante.

Analizar la conducta de Mefedal D. ¿Es posible realizar su defensa alegando la existencia por su parte de legítima defensa?

b. Resolución del supuesto

Nos encontramos ante un supuesto en el que un sujeto, Said, propina un puñetazo en la mejilla a Mefedal, quien a su vez le responde golpeándole con un vaso que tenía en la

mano, causándole lesiones que precisaron sutura. Tenemos que determinar si la conducta de Mefedal, en principio subsumible en el tipo de lesiones constitutivas de delito contenidas en el art. 147 CP, puede hallarse amparada por la legítima defensa y, en esa medida, estar justificada.

Esta causa de justificación, contenida en el art. 20.4° CP, presenta una serie de requisitos: una agresión ilegítima frente a la que sea necesaria una defensa (1), necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión (2) y, por último, falta de provocación suficiente por parte del defensor.

Analizaremos uno por uno los requisitos para confirmar que se hallan todos presentes y, por tanto, la conducta de Mefedal puede calificarse como una legítima defensa.

(1) Agresión ilegítima

El primero de los requisitos es la agresión ilegítima, y constituye uno de sus elementos esenciales, sin cuya presencia no podemos admitir la virtualidad de la causa de justificación ni como eximente completa ni como eximente incompleta. Para afirmar que se ha producido una agresión ilegítima, ésta tiene que tener su origen en una conducta humana (por ejemplo, no podemos considerar agresiones los ataques de animales, de personas jurídicas o las que se hayan producido en supuestos de ausencia de acción); y pueden consistir tanto en acciones como en omisiones. En nuestro supuesto es evidente que la agresión proviene de una conducta humana, que además se califica como activa: dar un puñetazo en la mejilla.

El siguiente requisito que debe cumplir la agresión es que sea ilegítima, lo que significa que sea antijurídica, esto es, contraria a derecho. De esta forma, no puede considerarse agresión ilegítima que pueda originar un derecho a la legítima defensa aquella que se encuentre amparada por el consentimiento o por una causa de justificación. En el supuesto que estamos analizando, la agresión realizada por Said no se lleva a cabo en el marco de ninguna causa de justificación ni tampoco amparada por el consentimiento de Mefedal.

Por último, respecto de la agresión, es imprescindible que cumpla con el requisito de la actualidad. La posibilidad de defenderse frente a una agresión sólo puede admitirse cuando está a punto de llevarse a cabo o ya se está produciendo, siendo el límite de actuación el momento en el que la agresión cesa completamente. En muchas ocasiones es decisivo determinar con exactitud si la agresión estaba a punto de comenzar o si todavía podía entenderse que continuaba el peligro, porque dependiendo de cómo valoremos el momento exacto de presencia de la agresión, podremos confirmar que nos encontramos ante uno de los requisitos esenciales de la legítima defensa. Si un sujeto se defiende frente a una agresión que todavía se encuentra muy lejana en el tiempo o que ya ha finalizado, esto es, que no es actual, nos encontraríamos ante un exceso extensivo, cuya consecuencia directa es la no apreciación de la causa de justificación, por lo que tendríamos que analizar la conducta como una acción u omisión dolosa más. En el caso que nos ocupa, la agresión de Said puede considerarse actual. De un lado, propina un puñetazo a Mefedal, de modo que es indudable que la agresión ha comenzado. De otro lado, por el transcurso de los acontecimientos podríamos decir que se encuentra en disposición de propinarle otro golpe, puesto que su actitud era agresiva –desde el inicio quería enfrentarse con Mefedal– y se encuentra en trance de abalanzarse de nuevo sobre él, por ello, de modo que podemos considerar que su agresión no ha cesado y todavía es actual.

(2) Necesidad racional del medio empleado

Una vez analizada la agresión, tendríamos que continuar con las exigencias relativas a la defensa. Aunque el sujeto haya sido víctima de una agresión ilegítima, no toda defensa puede admitirse dentro del marco de la causa de justificación de la legítima defensa. Para que la defensa ejercida se encuentre amparada por la eximente es necesario que se pueda calificar como racionalmente necesaria, lo que el Código contempla con la expresión “necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión”. La racionalidad en la defensa no debe confundirse en ningún momento con la proporcionalidad, puesto que esta última exige el equilibrio entre el mal que se causa y el que se intenta evitar. La racionalidad, por el contrario, supone que la defensa ha de llevarse a cabo en un modo conforme a la razón. Esto supondrá que, de todos los medios para defenderse de los que disponga el sujeto, habrá de optar por el menos lesivo pero que a la vez le asegure la eficacia de la defensa, puesto que no se puede exigir al sujeto que se defiende que utilice un medio insuficiente que le deje en la “cuerda floja” respecto a un ulterior ataque.

De esta manera, tendremos que valorar si responder a un puñetazo en la mejilla con un golpe con un vaso en el rostro puede considerarse racional y por tanto cabría este tipo de defensa. Ya hemos constatado que Said presentaba una actitud agresiva desde el principio en la que persiste, puesto que no sólo obliga a Mefedal a tomarse una copa, sino que, una vez terminada, le conmina a que le invite, motivo por el cual inician una discusión y se produce el puñetazo y posterior intento de acometimiento. De esta actitud puede colegirse que Said es un sujeto violento y que al puñetazo inicial puede seguirle otro. Frente a esta agresión se defiende Mefedal con un golpe que le produce lesiones que requieren sutura. Las preguntas que nos formulamos son: ¿Tenía Mefedal otro medio a su alcance para repeler la agresión de Said menos lesivo aunque también eficaz? ¿Haberle respondido con otro puñetazo habría terminado con las agresiones o, por el contrario, habría supuesto el inicio de un intercambio más largo y probablemente más lesivo entre los dos sujetos? Podemos entender que la defensa que ejerce Mefedal es la que en el momento de la agresión tiene a su alcance: no busca expresamente el vaso, sino que es el objeto contundente del que dispone para intentar poner fin al ataque que está sufriendo. No resulta irracional visto el contexto y el tipo de agresión recibida el recurso al vaso, siendo el medio eficaz menos lesivo disponible.

En el caso de que hubiéramos considerado que la defensa de Mefedal era excesiva, habríamos tenido que calificarlo como un exceso intensivo, cuya consecuencia sería la apreciación de una eximente incompleta de legítima defensa, puesto que, al contrario de lo que sucedía con la actualidad de la agresión, que era un requisito esencial y su ausencia invalidaba cualquier opción respecto a la legítima defensa, la racionalidad de la defensa es un requisito inesencial, por lo que su ausencia conduciría directamente a la aplicación del artículo 21. 1 CP en relación con el art. 20.4º CP.

(3) Falta de provocación suficiente

El último requisito que nos quedaría por analizar sería la falta de provocación suficiente por parte del defensor. Al igual que la necesidad racional es un requisito inesencial, por lo que su presencia obligaría a desestimar la causa de justificación completa, pero se aplicaría la eximente incompleta. Para que se entienda que hay una provocación suficiente, el sujeto que se defiende tiene que haber provocado la agresión y, por tanto, su necesidad de defenderse. En nuestro supuesto no es Mefedal el que provoca la agresión y con ello la necesidad de su defensa, ya que es Said el que en todo momento mantiene una actitud agresiva y lleva la iniciativa en la agresión sin que Mefedal hubiera realizado actos previos de incitación a la agresión.

Confirmados los tres requisitos, cabe aplicar a la conducta llevada a cabo por Mefedal la causa de justificación completa de legítima defensa. El sujeto no responde de las lesiones sufridas por Said.

2. Casos para resolver

a. Caso de la barra de hierro

Juan y Pedro, vecinos de Quijana, y quienes la noche anterior a la de los hechos habían discutido fuertemente por una deuda de dinero, se encuentran a la mañana siguiente por la calle, acompañado Pedro de su hijo. Juan, todavía enfadado por la discusión de la noche anterior y molesto por no haber sido saludado por Pedro al pasar, se da la vuelta y cogiendo una barra de hierro, ataca a Pedro. Éste, quien se vuelve a tiempo de ver venir a su agresor, y con la ayuda de su hijo, consigue dominar físicamente a Juan, tras lo cual, y una vez desarmado e inmovilizado por su hijo, golpea con una piedra fuertemente la cabeza de Juan.

Condenado por la Audiencia por un delito consumado de lesiones, interpone Pedro recurso de casación alegando que actuó en legítima defensa. ¿Sería viable esa línea de defensa? ¿Faltaría algún requisito? ¿Cuáles serían las consecuencias jurídicas? Razona tus respuestas.

b. Caso del spray de defensa y la navaja.

En Zaragoza, sobre las 5.15 horas de la madrugada del 12 de mayo de 1996, el acusado Salvador José G. C. -mayor de edad y sin antecedentes penales- acudió al Pub Sócrates, sito en la C/ Ricardo del Arco de esta ciudad, a buscar a su compañera sentimental Olga M. de H., que se encontraba en él, por trabajar de camarera junto con su hermana María Belén y como ya estuviese cerrado el local y ambas mujeres en compañía de un cliente Sebastián C. O. en la parte trasera de un turismo cuyos asientos delanteros estaban ocupados por la también camarera María del Pilar C. V. el del copiloto y en el del conductor el dueño del establecimiento y también acusado José Manuel R. G. -también mayor de edad y sin antecedentes penales-, contrariado aquél por su intención de llevar a su compañera y a la hermana de ésta a la casa de sus padres, puesto que él habitaba en un lugar muy próximo al Pub, puso su vehículo junto al otro impidiéndole la salida natural al colocarlo en segunda fila y después de dejarlo con el freno de mano, se dirigió al coche ocupado por las personas descritas, llevando un palo de billar cortado de unos 60 cm de largo en su mano derecha. Como las puertas del turismo fuesen dos y las hermanas situadas en el asiento trasero, pasando por delante, asió fuertemente la portezuela derecha que abrió con violencia y airadamente ordenó a su compañera y hermana que abandonasen el coche y fuesen con él, lo que no logró. Entonces agarró del cuello a María del Pilar C. a la que sacó por la fuerza de su asiento y arrojó contra el suelo, causándole un esguince cervical que precisó tratamiento facultativo, collarín de inmovilización y rehabilitación, con tres asistencias y tiempo de curación 184 días, con 25 días de incapacidad laboral absoluta y 159 de impedimento parcial para su trabajo habitual. Al ver tal agresión José Manuel R. G. salió del asiento en defensa de la mujer y se dirigió provisto de un spray de defensa y de una navaja de 11 cm de hoja con mango de madera y cachas doradas, lanzando el primero sobre los ojos de G. con el que se enzarzó en defensa de su empleada, peleando ambos con los instrumentos que portaban, palo y navaja respectivamente, resultando a consecuencia de ella lesionados. R. G. con politraumatismo por contusiones múltiples en región parieto orbitaria derecha, frontal, occipital, mano derecha y muslo derecho que precisaron primera asistencia y tardaron en

curar quince días, de los cuales 3 fueron con incapacidad laboral absoluta y los 12 restantes con impedimento parcial y sin secuelas. G. Por heridas por arma blanca inciso-cortantes no penetrantes en parrilla costal y mano izquierda con sección tendinosa del cuarto dedo que precisaron para su curación de tratamiento médico-quirúrgico con dos asistencias terapéuticas y una de control y que curaron en 46 días con 13 días de incapacidad laboral total y 31 parcial. El INSALUD acreditó gastos por curación a María Pilar C. y R. G. que ascienden a 37.982 pesetas»(sic).

[Analizar si es posible amparar la conducta de José Manuel R. G. bajo los presupuestos de una causa de justificación.](#)

c. Caso del ataque nocturno

«Que siendo sobre las 4.00 horas del pasado 29 de noviembre de 1996, estando el acusado Abel H. S., en su domicilio sito en la Avda. de José Antonio de la localidad de Alpuente, en donde habitaba en unión de sus ascendientes, el uno de avanzada edad, como quiera que oyó unos ruidos sospechosos que procedían del bajo de su domicilio en donde se encuentra un bar de su propiedad, procedió, tras levantarse, a ver qué ocurría, observando cómo cuatro individuos levantaban la persiana de acceso a su propiedad y uno de ellos trataba de introducirse en su interior, por lo que, disponiendo con las autorizaciones pertinentes de escopeta marca Benelli modelo Sant núm. 48800 procedió a disparar, alcanzando los perdigones a uno de los individuos que era Francisco P. C., al que alcanzó en la parte del brazo izquierdo, lo que no fue obstáculo para que éste en unión de los otros tres individuos prosiguiesen su marcha por otras localidades de la zona, hasta que, dado el estado que presentaba la herida, fue ingresado, siendo alrededor de las 7.00 horas, en el centro hospitalario de Requena. Que como consecuencia del impacto, se procedió, por los servicios hospitalarios, a la extirpación de una masa de perdigones con restos de cartucho y ropa, estando ingresado durante 15 días y curando tras otros 15 días de asistencia domiciliaria quedando como secuela una cicatriz irregular en tercio proximal del brazo izquierdo, sin problema funcional aunque con ligero perjuicio estético. Que al perjudicado, no se le conoce profesión alguna».

[Analiza jurídico-penalmente la conducta de Abel. ¿Es posible realizar su defensa alegando la existencia de legítima defensa?](#)

d. Caso de la pelea

Apreciando en conciencia la prueba practicada se declara expresamente probado y así se declara, que los acusados Pedro Antonio y Juan María, mayores de edad y sin antecedentes penales, en la noche del día 13 de septiembre de 1999, como consecuencia de un accidente de tráfico por colisión que tuvieron, se enzarzaron en una primera discusión que inició Juan María dirigiéndose a Pedro Antonio al tiempo de proferir expresiones como... "la madre que te parió... hijo de puta" etc., y le propinó una fuerte patada en el pecho a Pedro Antonio, que retrocediendo un poco, le lanzó a Juan María un puñetazo en el rostro produciéndole contusión temporomaxilar derecho con artritis traumática, rotura de diente y fractura parcial de otros, precisando primera asistencia y tratamiento médico quirúrgico posterior que le incapacitaron para sus ocupaciones habituales 5 días. Pedro Antonio resultó con contusión costal y fisura que le incapacitaron para sus ocupaciones habituales durante 10 días y solo precisó de una asistencia facultativa.

[Analiza la responsabilidad penal de los intervinientes en los hechos.](#)

3. Una breve lectura

Una breve lectura para reflexionar sobre la legítima defensa: la actualidad de la agresión.

La invasión de Irak por Estados Unidos, que supuso el origen de la llamada “Guerra del Golfo” y tuvo lugar durante el mandato de George Bush, trató de justificarse con la idea de la “legítima defensa preventiva”. Se dijo que Irak poseía armas de destrucción masiva y que suponía un grave peligro para la humanidad.

Esta es una carta de Terry Jones (integrante del grupo Monty Python) al periódico *London Observer* respecto a la sostenibilidad de los argumentos aducidos.

Estoy entusiasmado con la última razón que da George Bush para bombardear Iraq: se le agota la paciencia. ¡A mí me pasa lo mismo!

Llevo un tiempo bastante cabreado con el Sr. Johnson, que vive dos puertas más abajo. Bueno: con él y con el Sr. Patel, que regenta la tienda de comida naturista. Los dos me miran mal, y estoy seguro de que el Sr. Johnson planea algo horrible contra mí, aunque aún no he podido descubrir el qué. He estado husmeando su casa para ver qué pretende, pero tiene todo bien escondido. Así es de taimado.

En cuanto a Patel, no me pregunten cómo lo sé, el caso es que sé -de buena tinta- que en realidad es un asesino en serie. He llenado la calle de panfletos explicando a la gente que si no actuamos primero, nos irá liquidando uno a uno. Algunos de mis vecinos dicen que si tengo pruebas, que vaya a la Policía. Qué ridiculez. La Policía diría que necesitan evidencia de un crimen del que acusar a mis vecinos.

Saldrían con interminables sutilezas y objeciones sobre los pros y los contras de un ataque preventivo, y mientras tanto, Johnson estaría finalizando sus planes para cometer actos terribles contra mi persona, mientras Patel estaría matando gente en secreto. Ya que soy el único de la calle con un arsenal decente de armas automáticas, me doy cuenta de que es cosa mía mantener la paz. Pero hasta hace poco ha sido algo difícil hacerlo. Ahora, sin embargo, George W. Bush ha dejado claro que todo lo que necesito es que se me agote la paciencia, ¡y ya puedo tirar hacia delante y hacer lo que quiera! Y reconozcámoslo, la política cuidadosamente razonada de Bush con respecto a Iraq es la única manera de conseguir la paz y la seguridad internacionales. La única manera segura de parar a los terroristas fundamentalistas suicidas que amenazan a EE.UU. y al Reino Unido es bombardear algunos países musulmanes que nunca nos han amenazado.

¡Por eso quiero volar el garaje de Johnson y matar a su mujer y sus hijos! ¡Ataquemos primero! Eso le dará una lección. Así nos dejará en paz y dejará de mirarme de esa manera tan absolutamente inaceptable.

El Sr. Bush deja claro que todo lo que él necesita saber antes de bombardear Iraq es que Saddam: es un hombre desagradable de verdad y que tiene armas de destrucción masiva - aunque nadie pueda encontrarlas-. Estoy seguro de que tengo la misma justificación para matar a la esposa y a los hijos de Johnson, que tiene Bush para bombardear Iraq. El deseo a largo plazo del Sr. Bush es hacer del mundo un lugar más seguro, eliminando a los "estados peligrosos" y al "terrorismo".

Una intención a largo plazo bien inteligente, porque, ¿cómo diablos se sabe cuándo se ha acabado? ¿Cómo sabrá Bush cuándo ha acabado con todos los terroristas? ¿Cuando todos los terroristas hayan muerto? Pero un terrorista sólo lo es una vez que ha cometido un acto de

terror. ¿Qué pasa con los futuros terroristas? Esos son los que realmente hay que eliminar, porque la mayor parte de los terroristas conocidos, como son suicidas, se eliminan ellos solos.

¿Será acaso que el Sr. Bush necesita acabar con todos los que podrían, quizá, ser futuros terroristas? ¿A ver si es que no puede estar seguro de lograr su objetivo hasta que cada fundamentalista islámico esté muerto? Pero resulta que algunos musulmanes moderados pueden convertirse en fundamentalistas. Tal vez lo único seguro que quepa hacer, según Bush, sea eliminar a todos los musulmanes. Lo mismo pasa en mi calle. Johnson y Patel son sólo la punta del iceberg. Hay docenas de personas en la calle a las que no gusto y que -lo digo con el corazón- me miran muy mal. Nadie estará seguro hasta que haya acabado con todos. Mi mujer me dice que a lo mejor estoy yendo demasiado lejos, pero yo le digo que lo único que hago es usar la misma lógica que el Presidente de los Estados Unidos. Con eso le callo la boca. Igual que le ocurre al Sr. Bush, a mí se me ha acabado la paciencia, y si ésa es razón suficiente para el Presidente, también lo es para mí. Le daré a la calle entera dos semanas -no, diez días- para que salgan a la luz y entreguen a todos los alienígenas y piratas interplanetarios, a los forajidos galácticos y a los cerebros terroristas interestelares, y si no los entregan de buena gana y dicen "gracias", bombardearé la calle entera. Tan sensato es esto como lo que se propone George W. Bush. Y al contrario de lo que él pretende, mi política sólo destruirá una calle!.

4. La realidad supera a la ficción. Noticias de actualidad

Regularmente aparecen en la prensa sucesos que plantean problemas desde la perspectiva jurídico-penal, entre otros, relativos a la posible presencia de circunstancias eximentes, y dentro de ellas, de causas de justificación específicamente. Como ejemplo de ello se relacionan a continuación dos noticias que encontraron amplio eco en los periódicos y que seguramente conozcas. Examina los hechos desde una perspectiva técnica y piensa que decisión tomarías si fueras el juez encargado de conocer el asunto.

a. Atraco en el chalet de los Tous

“La tarde del 9 de diciembre de 2006, un grupo de ladrones intentó asaltar el chalet de los joyeros [Tous] en Sant Fruitós de Bages (Barcelona). Un auxiliar observó el robo por las cámaras de vigilancia y alertó a Corominas [yerno de los Tous] que ejercía, *de facto*, como jefe de seguridad de la familia. El acusado se dirigió armado con su pistola (tenía permiso de armas) hacia un Renault Megane aparcado cerca de la vivienda. Allí se topó con dos asaltantes y realizó dos disparos; uno de ellos acabó con la vida del albanokosovar Sinani Gazmend. En el momento de los tiros, el caco ya había puesto el pie en el acelerador para intentar darse a la fuga”.

Extracto de la noticia publicada en EL País el 2 de junio de 2011. Puedes consultar la nota completa en:

[http://www.elpais.com/articulo/espana/jurado/absuelve/yerno/Tous/mato/defensa/pr
opia/elpepiesp/20110602elpepinac_13/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/jurado/absuelve/yerno/Tous/mato/defensa/pr
opia/elpepiesp/20110602elpepinac_13/Tes)

Si tienes curiosidad, puedes consultar también la Sentencia del caso: Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tribunal Jurado). Sentencia núm. 20/2011, de 21 junio.

Mediante Sentencia de 19 de marzo de 2012, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decidió anular la Sentencia y que se celebrara un nuevo juicio. Debido a la

extensión de la misma, no la reproducimos aquí, pero es necesario que la busques para comprender exactamente los motivos por los que el Tribunal la ha anulado. La referencia completa es la siguiente: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala Civil y Penal, Sentencia número 8/2012, fecha 19 de marzo de 2012, ponente Ramos Rubio.

¿Cómo se articula desde una perspectiva jurídico penal la exención de responsabilidad penal? ¿Te convence la solución adoptada por la Audiencia? ¿Por qué ha anulado el Tribunal Superior la Sentencia de primera instancia?

b. Transeúnte herido en Sol al repeler la policía una agresión

Unos policías municipales en labores de vigilancia aparcaron el coche policial en la confluencia de la Puerta del Sol con la calle del Arenal. Instantes después “fueron avisados por algunos viandantes de que un hombre de mediana edad estaba golpeando el vehículo policial. Le estaba propinando patadas y puñetazos. Además, rompió uno de los espejos retrovisores. Cuando llegaron los agentes, le ordenaron que parara, pero el hombre continuó golpeando el coche. Acto seguido sacó un cuchillo y se fue directo hacia uno de los agentes. Este retrocedió dos o tres pasos y disparó al menos tres veces. Las detonaciones hicieron que mucha gente que pasaba por la zona se echara a correr, por lo que se produjo un gran revuelo.

Una de las balas hirió al atacante en el brazo izquierdo, con orificio de entrada y salida. Al salir, el proyectil golpeó contra el suelo y uno de los fragmentos hirió de gravedad a Antonio C. P., que paseaba por la zona”. Como resultado del impacto Antonio perdió la visión de un ojo.

Extracto de la noticia publicada en EL País el 28 de noviembre de 2011. Puedes consultar la nota completa en:

http://www.elpais.com/articulo/espana/Queria/mataran/atrevia/suicidarme/elpepuesp/20111128elpepunac_5/Tes?print=1

El caso se encuentra pendiente de sentencia, pero, a la luz de las calificaciones del Ministerio Fiscal y de la defensa así como de los hechos ocurridos, podemos realizar un primer análisis de los mismos. A través de la respuesta a las siguientes preguntas intenta enmarcar desde un punto de vista teórico los hechos narrados:

1. ¿Cuál es la petición de condena del Ministerio Fiscal para el agente de policía? ¿Aplica a su conducta alguna causa de justificación? ¿Esta causa de justificación se aplica de forma completa o incompleta? En el caso de que sea incompleta, ¿qué requisito faltaría para que no pudiera admitirse la eximente completa? ¿te parece correcta esta calificación?
2. ¿Crees que podría analizarse el supuesto desde la perspectiva del cumplimiento de un deber? Comenta las diferencias entre esta causa de justificación y la legítima defensa.
3. En relación con Santiago Manjón, ¿cuál es la petición de condena del Ministerio Fiscal? ¿Podría imputársele como un delito contra la integridad física las lesiones al viandante- Castro Pimentel?
4. El abogado del acusado entiende que la actitud de los policías fue desproporcionada: ¿podemos aplicar este criterio de proporcionalidad a la acción llevada a cabo por la policía? Fundamenta tu respuesta.

Lección 14^a

EL ESTADO DE NECESIDAD

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Su interés
 - 2. Regulación y estructura
 - 3. Presupuesto y requisitos del estado de necesidad
 - a. El presupuesto: la situación de necesidad. Sobre el concepto de estado de necesidad
 - b. Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Sobre el fundamento y clases de estado de necesidad
 - c. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el que se defiende
 - d. Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse
 - e. Parte subjetiva
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto
 - 2. Casos para resolver

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

El estado de necesidad es probablemente la causa de justificación de mayor complejidad dogmática y, a la vez, presenta una gran profundidad ético-social, en la que aparecen implicados principios fundamentales que afectan no sólo al comportamiento humano en su vertiente individual, sino que además tocan la fibra sensible de nuestro modelo de Estado.

En el marco de los estudios de Grado no resulta realista pretender que el alumno profundice en las complicadas implicaciones dogmáticas, filosóficas y de Teoría de Estado de la eximente. Bastará, por tanto, con conocer la estructura, presupuesto y requisitos del estado de necesidad, pero sin olvidar que es una institución penal rica en matices y que conduce a preguntas últimas sobre la justificación del castigo y la legitimidad del uso del *ius puniendi*.

Precisamente porque la escasez de tiempo no justificaría dejar de llamar la atención sobre el interés del estado de necesidad, habida cuenta de los profundos interrogantes que plantea., queremos insistir, en concreto, en el atractivo y complejidad que presentan los casos en los que se cuestiona la aplicación de un estado de necesidad. Por eso se exponen en gran medida en estos materiales casos reales, no de laboratorio, casos que forman parte de una realidad que parece escapar al control del ciudadano normal, pero que nos afecta y concierne.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

1. Su interés

Los supuestos en los que se baraja la posible aplicación de un estado de necesidad tienen como base siempre un conflicto o colisión de intereses: una situación de peligro actual para uno o varios intereses que sólo puede evitarse lesionando otro u otros intereses. Este punto de partida revela que en todo estado de necesidad se tiene que responder a preguntas tan difíciles como las siguientes: ¿de parte de quién se pone el ordenamiento jurídico-penal? ¿cuáles son los intereses que el ordenamiento penal decide proteger? ¿qué puede hacer un sujeto inmerso en esa situación de conflicto sin tener que responder penalmente de su conducta?

Se entiende así que el estado de necesidad sea una causa de justificación apasionante para un dogmático del Derecho penal, en cuyo marco se plantean además cuestiones filosóficas y de Teoría del Estado. Es un tema que trasciende los márgenes del estudio técnico del delito, enfocando el conflicto desde los principios básicos que configuran nuestro Estado social y democrático de Derecho. Para que te hagas una idea rápida de su interés, observa los sugestivos problemas que pueden plantearse desde la óptica del estado de necesidad:

*

Un avión es secuestrado en pleno vuelo por terroristas islámicos. Toman el control de los mandos y sustituyendo al piloto y al copiloto lo dirigen contra un céntrico edificio de más de cincuenta plantas con la intención de chocar contra él y provocar innumerables víctimas. La única opción posible es interceptarlo en pleno vuelo y hacerlo explotar. De esta manera se evitaría la muerte tanto de los pasajeros del avión como la de las personas presentes en la torre, muriendo únicamente los primeros.

Se plantea aquí un conflicto “vida contra vida”. ¿Puede derribarse el avión y matarse a los pasajeros inocentes para evitar las muertes de los sujetos que están en la torre? ¿Abandona entonces del Derecho penal a esos pasajeros y ya no protege su vida?

**

En el régimen del Tercer Reich, se elaboraron unas listas que contenían los nombres de enfermos mentales que debían ser trasladados a otros centros para ser ejecutados. Recibidas esas listas por la comisión médica de uno de los centros, dos de sus integrantes, médicos psiquiatras, intentaron sacar de la lista a cuantos más pacientes pudieron, aun cuando actuaban de forma contraria a las órdenes recibidas. Para evitar que les sustituyeran por otros médicos que no cuestionaran las órdenes y, por tanto, no tuvieran la posibilidad de salvar a ningún paciente, tuvieron que aprobar el traslado de algunos enfermos a otros centros, aunque sospechaban que serían ejecutados.

Se plantea nuevamente un conflicto “vida contra vida”. ¿Es admisible el sacrificio de vidas humanas para salvar otras vidas?

El hijo pequeño de una familia acaudalada es secuestrado exigiéndose rescate para su liberación. La familia paga el dinero pedido, sin que el secuestrador libere al menor. La policía consigue detener al presunto secuestrador, que no revela el lugar donde se encuentra el secuestrado. Ante la imposibilidad de obtener la información relativa al paradero del menor y la posibilidad de que el menor muera de hambre y sed, dado que su secuestrador está detenido, los policías encargados de su custodia torturan al secuestrador, después de lo cual, el secuestrador admite que ahogó al menor el mismo día que se produjo el secuestro.

Se plantea aquí la cuestión de la posible justificación de la tortura. ¿Puede atentarse contra la dignidad del secuestrador y poner en jaque los principios de un Estado de Derecho para salvar la vida del menor?

Una activista por los derechos humanos se instala en el aeropuerto de Las Palmas de Gran Canaria, y comienza una huelga de hambre. Pasadas ya dos semanas en las que únicamente había ingerido líquidos y su estado de salud se encontraba muy deteriorado, se hace preciso trasladarla a un hospital y alimentarla por vía parenteral, acción a la que repetidamente se niega la activista. Una vez que pierde la consciencia debido a su estado tan precario, es trasladada al hospital donde comienzan a alimentarla en contra de su voluntad.

Se trata de un caso de posible justificación de una alimentación forzosa. ¿Puede imponerse frente a la libre voluntad de una persona una conducta dirigida a salvarle la vida?

Con la expresión “correos de la cocaína” se hace alusión a aquellas personas que desde hace ya bastante tiempo pueblan la jurisprudencia penal y también nuestras cárceles. Son detenidos al intentar introducir en nuestro país en cantidades no muy elevadas de droga. La forma de introducir la droga varía, pero resulta frecuente que estas personas hayan ingerido la droga y la porten en su aparato digestivo. En este caso se les llama “boleros”, por la preparación de la droga en bolas para su ingesta. Su función consiste en transportar la droga, sin que tengan otra implicación en dicho negocio. Una vez detenidos, son acusados de un delito contra la salud pública: un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, siendo la pena que durante muchos años les ha venido correspondiendo la de nueve a trece años de prisión y multa.

La inmensa mayoría de estas personas esgrimen en su defensa que fue el intento de salir de la situación de angustiosa penuria económica lo que les llevó a delinquir, con la esperanza de que dicha circunstancia sirva para atenuar el castigo. El Magistrado del TS Perfecto Andrés Ibáñez se refiere a ellos con las siguientes palabras: “muchas veces, son víctimas de las más lamentables condiciones de vida, y, por eso, fácilmente de la falta de escrúpulos de quienes se aprovechan, de forma sistemática y sin riesgo propio, de tales situaciones. Imputados que, además, padecen, en último término, un plus de gravamen, derivado de la frecuente precariedad de su posición en el proceso, que, con frecuencia, les impide alegar pruebas atendibles de un estado de necesidad que, en otras

condiciones, sería relativamente fácil acreditar. Baste pensar que el inculpado estándar y actual destinatario por antonomasia de la aplicación del art. 369.3º del C Penal, procede de los estratos sociales más bajos de países en los que la salud y la subsistencia como derechos son pura retórica constitucional. Y que, dentro de este estereotipo, el de quien transporta la droga en el interior del propio aparato digestivo, expresa, sólo con esa opción trágica (dicho sea con una categoría tomada de la filosofía moral contemporánea), un drama personal que no debería ser indiferente para el derecho...”.

Estos casos no son sino un ejemplo de una problemática más amplia, desde la que se plantea si un sujeto puede vulnerar el derecho penal para evitar la pobreza y la exclusión social y los males que éstas llevan aparejados.

Un empresario vasco es secuestrado por la banda terrorista ETA. La policía informa a la familia de que no deben pagar el rescate, puesto que el dinero será utilizado para financiar los futuros atentados y otras actividades de la banda, amén de constituir el pago del rescate un ilícito penal (colaboración con banda armada, art. 576.2 CP). No obstante, la familia, desesperada, se pone en contacto con los terroristas y abona la cantidad exigida.

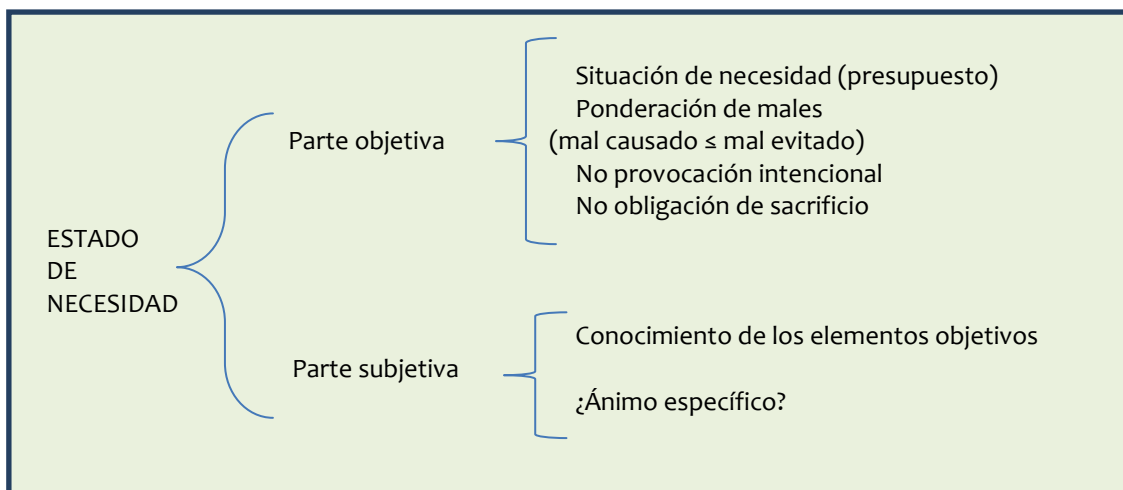
En estos supuestos se produce un conflicto entre la libertad e incluso la vida del secuestrado y la protección de los ciudadanos y el propio Estado.

2. Regulación y estructura

a. Regulación legal

1. Transcribe el contenido del art. 20.5 del Código Penal

b. Estructura:



3. Presupuesto y requisitos del estado de necesidad

Conforme al esquema planteado, el estado de necesidad presenta diversos requisitos que a continuación se desarrollan brevemente. Como siempre, resulta importante plantearse el carácter esencial o no del elemento en cuestión de cara a decidir la posible aplicación de la eximente incompleta. El carácter básico de la siguiente exposición no debe llevar al error de pensar que se trata de una materia sencilla, sino que, por el contrario, presenta una gran gama de matices y de aspectos complejos.

a. El presupuesto: la situación de necesidad. Sobre el concepto de estado de necesidad.

El estado de necesidad parte de una situación de conflicto: la **situación de necesidad**. Supone una situación de peligro para uno o varios intereses que sólo puede evitarse lesionando otro u otros intereses. P. ej., para evitar que se asfixien los habitantes de una casa incendiada (peligro para la vida), un vecino rompe el cristal de una ventana (lesión de la propiedad); para evitar que mueran las personas en un rascacielos (peligro para la vida), se derriba un avión matando a los pasajeros (lesión de la vida).

El tenor literal del Código alude a que en la situación de conflicto el sujeto “lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber” y, por tanto, dibuja dos formas de estado de necesidad, el conflicto de bienes, cuando se trata de lesionar un bien jurídico ajeno para evitar un mal, y el conflicto de deberes, cuando esa evitación se persigue mediante la infracción de un deber por parte del agente.

Al igual que ocurre en la legítima defensa, también en el estado de necesidad se puede actuar en estado de necesidad propio, cuando el sujeto que ve en peligro sus bienes jurídicos actúa para salvaguardarlos, o en auxilio necesario, cuando es un tercero el que acude en ayuda del sujeto cuyos intereses están en peligro.

2. Determina los términos del conflicto en los siguientes supuestos, fijándote en si se trata de supuestos de conflicto de intereses o de colisión de deberes y de estados de necesidad propios o de auxilios necesarios.

- a. "Ha resultado probado, y así se declara, que el día 11 de enero de 2000 Fátima Z. A., mayor de edad procedió a romper la cerradura del cuarto de contadores del inmueble sito en la calle Grandeza Española núm. 8 de Madrid, causando desperfectos tasados en 20.000 ptas. Dicha conducta estuvo motivada por la imposibilidad de acceder por parte de Fátima al citado habitáculo para restablecer el alumbrado de la finca, siendo ello preciso para atender a su padre gravemente enfermo". SAP de Madrid (Sección 23ª) núm. 439/2000, de 27 de diciembre.
- b. A, médico internista, se encuentra de servicio en la unidad de urgencias de un hospital. En un momento dado el servicio de colapsa al llegar numerosos heridos graves que han sufrido un accidente de autocar. A atiende a cuantos le es posible, pero no a todos, muriendo dos personas no atendidas.
- c. El día 3 de junio de 2004, los acusados Íñigo y Alicia, ambos mayores de edad, el primero con antecedentes penales no imputables a efectos de reincidencia y sin antecedentes la segunda, de común acuerdo, forzaron

la puerta del inmueble sito en la Calle Germán Sellers de Paz núm. 6, bloque 8 bajo B, de la ciudad de Cáceres, cuya actual propietaria es la Junta de Extremadura, y tras penetrar en su interior, se instalaron en la misma con sus tres hijos menores a fin de utilizarla como vivienda, sin tener autorización alguna para ello. Los daños ocasionados en el inmueble derivados de forzar la puerta ascienden a 80 euros. Los acusados actuaron impulsados por el deseo de evitar que sus hijos siguieran pernoctando en un coche, como venía ocurriendo desde que se vieron obligados a abandonar su última residencia por carecer de recursos para sufragar el alquiler. SAP de Cáceres (Sección 2ª) núm. 49/2005, de 22 de abril.

- d. A y sus dos hijos gemelos de 6 años están dando una vuelta con un hidropedal en el mar. De repente y de forma inesperada, pues ondea la bandera verde, se levantan olas tan altas que el hidropedal vuelca, observando A cómo sus hijos están ahogándose, consiguiendo rescatar a uno mientras el otro muere.
- e. Antonio E.S. fue condenado como autor responsable en grado de consumación de una falta de lesiones, imponiéndosele la pena de diez días de arresto menor. Para el cumplimiento de la pena se designaron los días 7 al 10, 14 al 17 y 21 al 22 de noviembre, fijando como domicilio de cumplimiento el sito en la calle Don Julián y Don Romero, núm. 22 de Aranda de Duero. Sin embargo, durante la vigilancia del cumplimiento del arresto domiciliario, la Policía Nacional informó de que el condenado no fue hallado en su domicilio en la visita efectuada el 17 noviembre a las 9,20 horas. El acusado reconoció el incumplimiento en dicha fecha y hora, alegando haberse desplazado a la consulta del Psicólogo Fernando A.H. para recibir una terapia de relajación, durante al menos una hora. El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Burgos condenó a Antonio E.S. como autor de un delito de quebrantamiento de condena. SAP de Burgos núm. 95/1996, de 12 junio.

El precepto regulador del estado de necesidad (art. 20.5º CP) recoge diversos requisitos, pero no contiene una definición expresa del estado de necesidad ni de su presupuesto, la situación de necesidad, que son más bien fruto de una elaboración doctrinal y jurisprudencial.

3. **Compara el contenido del precepto regulador del estado de necesidad (art. 20.5º CP) con el concepto de estado de necesidad manejado por el Tribunal Supremo que a continuación se reproduce:**

“La esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual”. (Cfr. STS núm. 470/2009, de 7 de mayo, con más referencias).

Sintéticamente puede decirse que la situación de necesidad exige la presencia de un peligro real, actual y grave de producción de un mal propio o ajeno susceptible de ser evitado mediante el ejercicio de acciones de salvaguarda idóneas *ex ante* que implican la lesión de un bien jurídico de otra persona, acciones en tal medida necesarias por cuanto no existen medios alternativos menos lesivos.

4. Pon un ejemplo de una situación de necesidad diferente a los propuestos hasta ahora en estos materiales y varíala para que en un caso sea un estado de necesidad propio y en otro, un auxilio necesario.
5. Con ayuda de la bibliografía relativa al tema, intenta definir los siguientes conceptos:
 - a. Peligro
 - b. Actualidad del peligro
 - c. Gravedad del peligro

La situación de necesidad puede haber tenido su origen, o no, en una agresión antijurídica, pero, a diferencia de la legítima defensa, en el estado de necesidad se reacciona frente a un tercero que no ha generado antijurídicamente el conflicto y que, sin embargo, es el que sufrirá la acción necesaria.

6. Pon un ejemplo de conflicto generado por una agresión antijurídica en la que el sujeto reacciona en estado de necesidad.

Junto a la presencia de una situación de necesidad como presupuesto de la causa de justificación, se exige por la doctrina y la jurisprudencia que la acción sea necesaria, esto es, que la acción con la que se intenta evitar la lesión del bien jurídico en peligro sea idónea y constituya el medio menos lesivo. Esta exigencia de **subsidiariedad** supone que, si existían otros medios menos perjudiciales para salvaguardar el bien jurídico en peligro, no puede optarse por lesionar un bien jurídico o infringir un deber. La jurisprudencia acostumbra a ser muy exigente en el examen de este requisito y negar la aplicación de la eximente de estado de necesidad por falta de subsidiariedad.

7. Pon un ejemplo en el que este requisito no concurra.

Si no concurre la situación de necesidad como conflicto de intereses falta el presupuesto de la eximente, de modo que no cabe apreciar ni siquiera la eximente incompleta. Esto es, si no concurre una cierta probabilidad de producción de la lesión de un bien calificable como mal susceptible de ser evitado mediante el ejercicio de acciones de salvaguarda idóneas que implican la lesión de un bien jurídico de otra persona o la infracción de un deber, no hay cabida ni para el estado de necesidad completo ni para el incompleto. Sin embargo, se mantienen opiniones diversas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto a la admisión de la eximente incompleta en caso de que falte la subsidiariedad de la acción, por no estar claro si se trata de un requisito esencial o no del estado de necesidad.

En relación con la situación de necesidad y la acción necesaria se plantean múltiples cuestiones problemáticas. Entre otras, la de si se puede actuar en estado de necesidad llevando a cabo una conducta típica para salvaguardar **un bien que no tiene un reflejo directo en el CP**, que no sea un bien directamente protegido en un tipo penal.

8. Por ejemplo: ¿crees que estaría amparado por un estado de necesidad quien falsifica una receta para poder calmar los agudos dolores que sufre, porque el médico, sin especial argumento, le deniega el analgésico?

b. Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Sobre el fundamento y clases de estado de necesidad

En gran medida, la complejidad de la circunstancia eximente de estado de necesidad es reflejo de la gran complejidad del requisito de la ponderación de males o proporcionalidad. En parte es debida a las dificultades técnicas para realizar la comparación de males: ¿qué es mayor: un peligro grave pero no seguro para la vida de A o la lesión segura de la integridad física de B necesaria para eludir el peligro para A?. Pero sobre todo se debe a sus profundas implicaciones éticas asociadas a los problemas que pueden plantearse en esta sede: ¿Puede torturarse para obtener una confesión? ¿Podría la situación de pobreza de una familia justificar, por ejemplo, hurtos contra la propiedad? ¿Puedo extraer a una persona un riñón para salvar mi vida?

¿Cómo ha de realizarse la ponderación? Ponderación males vs ponderación bienes jurídicos enfrentados

La ponderación entre males que consagra el 20.5 CP sería más amplia que la comparación estricta entre bienes jurídicos. Generalmente se entiende que la ponderación no ha de limitarse a la comparación entre el valor abstracto de los bienes jurídicos enfrentados (ej. vida versus vida), sino que han de ser considerados todos los elementos concurrentes en la situación concreta. Con ello se quiere hacer hincapié en que han de ser tenidos en cuenta otros principios o criterios a extraer del ordenamiento jurídico y, de forma muy destacada, de la Constitución.

Así, por ejemplo, no sólo es relevante el **valor de los bienes** en conflicto conforme al ordenamiento jurídico, que puede inferirse de la pena que su lesión comporta (es más grave un peligro para la vida que uno para la salud como es más grave el homicidio que las lesiones), sino también el **grado de peligro** que amenaza a cada bien jurídico o las **posibilidades efectivas de salvaguarda**. Igualmente es relevante la **forma en que se verifica la lesión**: no es lo mismo la privación dolosa de, por ejemplo, la vida (A quita la tabla de salvación al naufrago B para entregársela al naufrago C) que una muerte como una producción naturalística, es decir, en la que la naturaleza sigue su curso (A no quita la tabla de salvación al naufrago B, por lo que el naufrago C, que estaba en medio del agua sin tabla, muere).

Especial relevancia tiene la presencia en el conflicto de **intereses de extraordinaria importancia constitucional** como, por ejemplo, la dignidad humana, la autonomía personal o la libertad. En general, la acción necesaria que no sólo lesiona un bien jurídico ajeno para evitar el mal propio, sino que vulnera también la libertad de decisión del tercero o lo instrumentaliza, de modo que será preciso que ese mal propio sea muy grave para que pueda hablarse de un mal igual o superior al causado.

9. Compara los siguientes supuestos aplicando las pautas anteriores y argumenta cómo deberían resolverse:

- a. A sufre una grave enfermedad cardíaca. De no conseguir con urgencia un corazón para un trasplante, morirá. A contrata a B para que mate a

alguien y le extraiga dicho órgano. ¿Estaría amparado A en un estado de necesidad? ¿Cómo se realizaría en este caso la ponderación que exige el art. 20.5 CP? ¿Han de compararse vida/vida o en esta comparación deben incluirse otras consideraciones?

- b. Caso planteado por el filósofo Carneadas (“la tabla de Carneadas): Dos naufragos se hayan sujetos a una tabla que sólo puede salvar a uno de ellos. El naufrago A, consigue desasir de la tabla al naufrago B, que muere ahogado. ¿En qué términos se establece aquí la ponderación de males?, ¿y si es uno de ellos el que está asido y el otro le quita la tabla para salvarse?
- c. A los efectos del art. 20.5 CP, ¿crees que valen más cien vidas que una vida? Pon un ejemplo. ¿Son magnitudes cuantificables?

En relación con la ponderación de situaciones enfrentadas, se plantea el tema de la **naturaleza jurídica o fundamento** del estado de necesidad, donde se suscita la cuestión de si puede afirmarse que el causar un mal en estado de necesidad está siempre permitido –no es contrario al ordenamiento penal– o, por el contrario, hay ocasiones en que simplemente está exonerado. Esta dicotomía, traducida a términos propios de la teoría jurídica del delito, es la de si el estado de necesidad es siempre una causa de justificación o puede ser también una causa de inexigibilidad o de exculpación, que afecta a la culpabilidad, no a la antijuridicidad o ilicitud de la conducta (que sigue estando prohibida).

Así, se pueden diferenciar fundamentalmente dos posturas: la teoría monista o la teoría de la diferenciación, opciones que se vinculan al concepto de antijuridicidad y de justificación que se sostenga:

- La teoría monista o de la unidad, con crecientes apoyos en la literatura española, entiende que el estado de necesidad es siempre una causa de justificación, tanto si el mal causado es igual como si es menor al salvaguardado, por entender que la conducta no alcanza el desvalor suficiente para merecer una prohibición penal, pues en todo caso se salvaguarda un interés digno de protección jurídica.
- La teoría diferenciadora, tradicionalmente seguida por la jurisprudencia y la doctrina, entiende que sólo la salvaguarda de un interés superior puede fundamentar una causa de justificación, pues sólo cuando el mal causado es relevantemente superior puede legitimarse ante el sujeto que sufre la acción necesaria la merma en sus bienes jurídicos. Se tratará de una causa de inexigibilidad si se lesiona un mal igual para evitar otro, pues el ordenamiento no puede aprobar (declarar conforme a Derecho o lícita) esa conducta tan lesiva como salvífica, pero sí comprende la posición de conflicto en que actuó el sujeto y por eso le exculpa.

Este problema no afecta a la consecuencia principal de la presencia de un estado de necesidad: la exención de pena, pero puede suponer algunas diferencias vinculadas a que los efectos de una causa de justificación son más amplios que los efectos de una causa de exculpación. Por ejemplo, suele considerarse que no cabe legítima defensa frente a una acción justificada, pero sí frente a una acción exculpada; o que la participación en una acción justificada es impune, pero no lo es la participación en una acción exculpada.

Este requisito se considera no esencial, lo que permite aplicar la **eximente incompleta** del art. 21.1 en relación con el art. 20.5 CP. De hecho, es habitual que los tribunales efectúen con gran rigor la ponderación y sólo aprecien la eximente incompleta sobre la base de que no se da la proporcionalidad de males, sino que se ha causado un mal mayor al evitado. Si el mal causado es desproporcionadamente mayor, la jurisprudencia entiende que ni siquiera cabría la eximente incompleta.

c. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto

No existe unanimidad doctrinal ni jurisprudencial sobre cómo entender este requisito, discutiéndose si es preciso que se provoque la situación de necesidad *stricto sensu* o basta con generar la situación de peligro; o si “sujeto” en el sentido de la Ley es el que lleva a cabo la acción necesaria o el titular del bien jurídico a favor de quien se actúa, pues pueden no coincidir en caso de auxilio necesario. En cualquier caso, la provocación debe ser intencional, por lo que no basta una provocación imprudente.

Asimismo se mantienen opiniones diversas respecto a la admisión de la eximente incompleta en caso de que la situación haya sido provocada, por no estar claro si se trata de un requisito esencial o no del estado de necesidad.

10. Compara las siguientes situaciones y, consultando bibliografía sobre el estado de necesidad, argumenta cuál es la solución procedente para cada una de ellas

- a. Provocación imprudente de la situación de peligro. A conduce imprudentemente lo que le hace perder el control del coche y, en un momento dado, tiene que optar entre atropellar a un viandante o chocar contra el coche que circula en sentido contrario. Choca con el coche y causa lesiones de consideración a sus dos ocupantes.
- b. Provocación intencionada de la situación de peligro. A desea suicidarse simulando un accidente. Para ello estropea los frenos de su coche y se lanza por una carretera de precipicios y gran pendiente. A pensaba que caería por un precipicio. No cuenta con que aparece un coche de frente y ha de optar entre chocar con el coche o lanzarse al precipicio, optando por lo primero y causando graves lesiones a los ocupantes del otro automóvil.
- c. Provocación intencionada de la situación de peligro y de la situación de necesidad. A quiere matar al perro de su vecino, B, que es muy agresivo. Un día, cuando B no está, A abre la puerta del jardín de B y suelta al perro. El perro sale del jardín y va a atacar a un niño cuando A, que se había hecho previamente con una escopeta, dispara al perro causándole la muerte (la muerte del perro podría subsumirse en un delito de daños)

d. Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse

El supuesto prototípico de obligación de tolerar el peligro corresponde a los deberes jurídicos –no necesariamente públicos– de protección frente a la generalidad vinculados a una profesión o cargo. Así, además de los bomberos, soldados y policías o miembros, en general, de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, estarían obligados los médicos y enfermeros de hospital, pero también los que ejerzan su profesión privadamente, la tripulación de un barco, los socorristas, e incluso, los miembros de organizaciones privadas con funciones de tutela de la comunidad como la Cruz Roja. Esa obligación tiene siempre como límite el marco de los deberes de su competencia profesional.

Como ocurría con la exigencia de falta de provocación, también el requisito de la ausencia de un deber de tolerar profesional plantea algunas dificultades de aplicación en los supuestos de auxilio necesario. La actual doctrina española mayoritaria identifica, de la mano del argumento literal, obligado con necesitado. Conforme a tal punto de partida, el requisito tercero del art. 20.5° CP sólo afecta al necesitado, de modo que en los casos de auxilio necesario no cabe exculpar al auxiliador que obra a favor de una persona obligada; pero sí cabría exonerar al sujeto obligado que ayuda a otra persona relegando sus deberes profesionales.

Se defiende la posibilidad de aplicar la eximente incompleta en caso de que concurra obligación de sacrificio.

11. Pon dos ejemplos, uno de ellos de auxilio necesario, en los que a tu juicio no concurriría este requisito precisando el tratamiento jurídico-penal de las conductas.

e. Parte subjetiva

Por supuesto, el estado de necesidad también tiene una parte subjetiva, consistente ante todo en el conocimiento de los elementos de la eximente. Además, en esta sede se plantean una serie de problemas no muy frecuentes, por lo que bastarán un par de apuntes.

Podrían aparecer supuestos de “estado de necesidad putativo”, supuestos donde objetivamente no concurre la causa de justificación, pero el sujeto así lo cree. Por ejemplo, rompo el cristal de un coche pensando que en su interior hay alguien casi muerto (creencia errónea de que concurre una situación de necesidad), cuando la persona en su interior estaba dormida (ausencia real de una situación de peligro para el bien jurídico).

12. Repasa el tema de introducción a las causas de justificación y sobre la base de un ejemplo explica las consecuencias de un estado de necesidad putativo.

También se podría plantear la cuestión de si es preciso un especial elemento subjetivo en el estado de necesidad. Es decir, si para estar amparado en un estado de necesidad, basta un conocimiento de que se dan las circunstancias de esta eximente o, por el contrario, ha de actuarse con un especial ánimo de salvaguardar el bien jurídico.

13. Un empresario vasco es secuestrado por el grupo terrorista ETA. El secuestro no sólo amenazaba de una manera actual y efectiva a la libertad ambulatoria del secuestrado sino que se extendía a la propia vida de dicha persona. En las negociaciones para su puesta en libertad a cambio de una cantidad económica interviene como intermediario entre la familia y la banda armada un individuo perteneciente al mundo abertzale radical. Finalmente, y con su mediación, ETA recibe la cantidad correspondiente, liberándose al empresario. ETA paga al intermediario una cantidad por su intermediación.
- ¿Cómo se plantea aquí el estado de necesidad?
 - ¿Crees que es necesario un especial ánimo en el sujeto que actúa en estado de necesidad para poder aplicar esta eximente?
 - ¿Se aplicará un estado de necesidad al mediador?

III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto

El presente caso está resuelto de una forma bastante más extensa de lo habitual, con la finalidad de que el alumno pueda observar un tratamiento en mayor profundidad del presupuesto y requisitos del estado de necesidad de la mano de uno de los supuestos más frecuentes en los que se invoca esta eximente y también uno de los casos en que con mayor frecuencia se desestima tal invocación: los denominados “correos de la cocaína”.

No obstante, en la resolución del presente caso se opta por una postura favorable a su aplicación, si bien advirtiendo de que se trata de una solución controvertida y que no suele encontrar demasiado predicamento entre nuestros tribunales. Los argumentos que se exponen en la resolución están en parte extraídos del artículo “Los “correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo: pobreza, estado de necesidad y prevención general”, de Margarita Martínez Escamilla (en Estudios penales en recuerdo al Profesor Ruiz Antón, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, págs. 701 y ss.).

Una vez leída con atención la resolución del caso, contesta brevemente las siguientes preguntas:

- ¿En qué dos ideas básicas se sustenta la jurisprudencia del TS que deniega con carácter general la aplicación del estado de necesidad en estos supuestos?
- ¿Por qué no resulta fácil realizar la ponderación de males (primer requisito del estado de necesidad) en casos como el de los correos de la cocaína?
- ¿Qué significa la discusión sobre si el estado de necesidad entre bienes iguales es una causa de justificación o una causa de inexigibilidad de otra conducta?
- ¿Crees que pueden tenerse en cuenta consideraciones “preventivo-generales” en la ponderación de males a la hora de decidir la aplicación del estado de necesidad?
- Valoración personal del problema planteado.

a. Supuesto de hecho

«La procesada, Marta Lucía T. C., titular del pasaporte colombiano núm. ..., mayor de edad (nacida 20-8-1963) y sin antecedentes penales, el día 19 de julio de 1998, fue detenida por miembros de la Policía Nacional en el Aeropuerto de Madrid-Barajas, cuando procedente de Bogotá (Colombia), portaba en su aparato digestivo 80 cuerpos cilíndricos, que contenían 899,5 gramos de cocaína, de una riqueza del 64,6% y de un valor en el mercado de 5.850.000 pesetas, que destinaba a su posterior venta y distribución en España, asimismo portaba 1.500 dólares USA. La sustancia intervenida que causa grave daño a la salud y ha de considerarse de extraordinaria importancia por su cuantía, se encuentra sometida al control de estupefacientes, Lista I y IV del Convenio Unico de Ginebra de 1961.

Marta Lucía T. C. es madre de dos hijos menores de edad, uno de los cuales padece una deformidad congénita que ha requerido distintas intervenciones médicas. Cuando tomó la decisión de transportar la droga se encontraba sometida a un situación de penuria económica que la llevó a actuar para poder obtener medios económicos que permitiesen su subsistencia y la de sus hijos menores, así como conseguir dinero para una nueva intervención quirúrgica de su hijo, cuya enfermedad, si bien no ponía en peligro su vida, si mermaba notablemente su calidad de vida. María Luisa trabajaba como empleada del hogar, con cuyo sueldo no lograba cubrir las necesidades básicas, habiendo acudiendo varias veces a la beneficencia, sin que por esta vía hubiera podido resolver sus problemas».

La Audiencia Provincial, en primera instancia, condenó a la procesada como autora penalmente responsable de un delito contra la salud pública con la concurrencia de la eximente incompleta de estado de necesidad, a la pena de tres años de prisión y multa. Dicha Sentencia fue recurrida por el Ministerio Fiscal y por la defensa de la procesada. El Ministerio Fiscal entiende que no concurre la referida eximente incompleta, pues la conducta de la procesada entrañaba una gravedad mucho mayor que cualquier problema económico que pudiera afectar a la procesada. La defensa de Marta Lucía interpone también recurso de casación pidiendo la aplicación del estado de necesidad como eximente completa, pues habría quedado acreditado en los hechos probados que estaba en juego su subsistencia y la de sus hijos.

Si fueras el Tribunal Supremo, ¿cuál sería tu resolución? Razona la respuesta.

b. Resolución del supuesto

Los hechos probados muestran que Marta Lucía ha realizado una acción típica de tráfico de drogas, en concreto, ha llevado a cabo dolosamente los elementos típicos del delito contra la salud pública contemplado en el art. 368 CP. Marta Lucía ha ejecutado conscientemente actos de tráfico de cocaína consistentes en transportar una cantidad de esa droga, que supera con creces la destinada a un posible consumo propio, entre Bogotá y Madrid. No se plantean, por tanto, problemas respecto a los requisitos de un comportamiento humano, en este caso activo, y de tipicidad, ni por lo que atañe al tipo objetivo ni al tipo subjetivo.

Las dificultades en la calificación del caso comienzan al pasar al nivel de la antijuridicidad y examinar si concurre una causa de justificación, esto es, si están presentes circunstancias que conducen a negar un desvalor de la conducta suficiente para fundamentar la prohibición penal. Las causas de justificación generales que se contemplan habitualmente son tres: la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho. Es evidente que en el supuesto analizado la posible licitud de la conducta típica no procede ni de una legítima defensa ni de un

cumplimiento de un deber o un ejercicio legítimo de un derecho. La legítima defensa presenta como presupuesto esencial la presencia de una agresión antijurídica, en este caso inexistente, pues Marta Lucía no es objeto de un ataque ilegítimo y, menos aún, su conducta de tráfico consiste en una respuesta frente a ese ataque. Tampoco se dan los elementos de la eximente cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, pues Marta Lucía ni está jurídicamente obligada a actuar en el sentido que lo hizo ni tiene un derecho reconocido a ello.

En definitiva, *a priori* el supuesto planteado sólo podría tener encaje en la eximente de estado de necesidad. Esta circunstancia se contempla en el art. 20.5º CP y tiene como presupuesto (1) una situación de necesidad: la amenaza de un mal, de un peligro para un bien jurídico, cuya evitación exige que se actúe, siendo la comisión de un delito la única forma de conjurar ese mal. Además de ese presupuesto, conforme al art. 20.5º se exigen como requisitos de la eximente (2) que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar, (3) que no exista una provocación intencionada de la situación de necesidad, (4) que el necesitado no tenga obligación de sacrificarse por su oficio o cargo y (5) que el sujeto tenga conocimiento de la presencia de los elementos objetivos del estado de necesidad. Procederemos a continuación a ir desgranando estas exigencias.

1. La situación de necesidad

La situación de necesidad puede conceptuarse como la presencia de un peligro real, actual y grave de producción de un mal propio o ajeno susceptible de ser evitado mediante el ejercicio de acciones de salvaguarda idóneas *ex ante* que implican la lesión de un bien jurídico ajeno, acciones en tal medida necesarias por cuanto no existen medios alternativos menos lesivos. Si no concurre este elemento, no puede hablarse de estado de necesidad y no cabrá apreciar ni siquiera la eximente incompleta.

A. Situación de conflicto

Resulta definitorio de la situación de conflicto el enfrentamiento entre dos males, el que se cierne sobre el sujeto necesitado y el preciso como acción necesaria para evitarlo, que consiste, en principio, en la comisión de un delito y los efectos nocivos que comporta. En el supuesto comentado, el mal que causa la realización de un delito de tráfico de drogas. ¿Cuál es, entonces, el mal que se pretende evitar? Conviene aquí distinguir dos aspectos que nos permitirán examinar desde el principio los aspectos problemáticos que este tipo de casos presentan.

a. Conforme a los hechos probados, la mujer “se encontraba sometida a un situación de penuria económica (...) trabajaba como empleada del hogar, con cuyo sueldo no lograba cubrir las necesidades básicas”. Se plantea así, por un lado, si la situación de penuria económica probada y el riesgo de no subsistencia de la acusada y sus hijos merece la consideración de mal a los efectos del art. 20.5 CP. En principio, parece evidente que la respuesta debe ser afirmativa, pues más allá del riesgo para la salud física y mental que la situación de pobreza grave comporta, desde diversas disciplinas y en numerosas investigaciones acreditadas se han puesto de manifiesto los diversos efectos nocivos de la pobreza, como deficiencias educativas, precariedad laboral o comportamientos sociales desviados. Se daría el requisito de la presencia de un mal grave y real. Sería también un mal actual en la medida en que está ya presente, por mucho que algunos daños no sean inminentes, pues es preciso actuar para eliminar el mal y si no se hace, el mal no desaparecerá.

No obstante, la consideración de la penuria económica como mal no es absolutamente clara en la jurisprudencia cuando se relaciona con el tráfico de drogas. En casos como el comentado, la jurisprudencia insiste en que existe una desproporción tal

entre el mal que suponen los efectos del tráfico y el mal que supone la penuria económica que no hay un conflicto calificable de estado de necesidad. Con ello parece sugerir que el mal que supone la pobreza grave no tiene entidad suficiente para ser considerado un mal grave en el sentido del art. 20.5° CP.

b. En el supuesto de hecho que se plantea, aun en el caso de seguir la tesis de negar que la penuria económica constituya un mal, cabría defender la presencia de una situación de necesidad poniendo el acento en los problemas de salud del hijo de la acusada. Como reflejan los hechos probados “Cuando tomó la decisión de transportar la droga se encontraba sometida a un situación de penuria económica que la llevó a actuar para poder obtener medios económicos que permitiesen su subsistencia y la de sus hijos menores, así como conseguir dinero para una nueva intervención quirúrgica de su hijo, cuya enfermedad, si bien no ponía en peligro su vida, sí mermaba notablemente su calidad de vida”. Existe un peligro grave, real y actual para un bien jurídico de gran importancia, la salud. Y si bien no es un peligro que afecte a quien actuó en estado de necesidad, no hay que olvidar que el Código penal admite tanto el estado de necesidad propio como de terceros, que acostumbra a denominarse auxilio necesario: en este caso, la madre interviene respecto a una situación de necesidad que afecta a su hijo cometiendo el delito de tráfico de drogas.

B. Acción necesaria

Afirmada la existencia de una situación de conflicto entre dos males, se exige que el mal que amenaza sea susceptible de ser evitado mediante el ejercicio de acciones de salvaguarda idóneas *ex ante* y necesarias por cuanto no existen medios alternativos menos lesivos.

a. Idoneidad de la acción. La conducta de transportar droga era un acción apta *ex ante* para paliar el mal que representa la penuria económica y el que comportan los problemas de salud del hijo de la acusada. Era una manera idónea de obtener dinero, recursos económicos con los que permitir la subsistencia del núcleo familiar así como mejorar notablemente las dolencias de su hijo, pues permitían sufragar una operación dirigida a paliar los efectos negativos de la deformidad congénita que padecía

b. Subsidiariedad. Frente al argumento de que Marta Lucía debería haber buscado otras vías para solventar su situación, cabría argumentar que la situación de penuria económica no es un problema coyuntural, sino una situación estructural de la que resulta muy complicado salir. La apelación a la beneficencia o a la ayuda asistencial no parece suficiente para afirmar que existen otros medios menos lesivos, ante todo, una vía de evitación del mal que no suponga la lesión de bienes jurídicos. Esos remedios, en el caso de que existan, están diseñados en general para paliar las manifestaciones concretas de la miseria y en muy pocas ocasiones ofrecen auténticas salidas a la situación de pobreza grave. Pero es que, además, en el caso concreto, la acusada había agotado todos los recursos que están en su mano para garantizar la subsistencia propia y de su familia y procurar un mejor estado de salud para su hijo. No sólo trabajaba y ello no era suficiente, sino que había acudido varias veces a la beneficencia, sin que por esta vía hubiera podido resolver sus problemas.

2. Que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar

Afirmada la existencia de una situación de necesidad que sólo se solventa mediante la lesión de un bien jurídico, hay que analizar la concreta forma en que el sujeto ha solucionado ese conflicto y comprobar si concurren los requisitos a los que el art. 20.5 CP subordina la exención de pena. El primer requisito es que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar: ¿qué es más grave, los males derivados del tráfico de drogas o los vinculados a la pobreza y/o la precaria salud de una persona?

En la mayoría de las ocasiones, la ponderación no es fácil de realizar, pues han de tenerse en cuenta no sólo los bienes jurídicos en conflicto sino también el resto de intereses que confluyen. Pero en casos como el que se analiza esas dificultades son superiores, pues no resulta sencillo determinar cuáles son los efectos nocivos que determinan la dimensión del mal que representa el delito contra la salud pública y del que, por otro lado, comporta la penuria económica. La jurisprudencia en muchas ocasiones ni siquiera efectúa una auténtica ponderación, pues se limita a afirmar que la desproporción entre males es evidente, en el sentido de que son abrumadoramente superiores los efectos nocivos derivados del ilícito de tráfico de drogas. A lo sumo, para fundamentar esa aseveración, enumera los enormes males sociales, psicológicos, familiares, médicos, criminológicos, etc. que el tráfico de drogas conlleva. Se alude así, de un lado, a los efectos nocivos que recaen en el adicto: problemas de salud física y psíquica, ruina económica, dificultades sociales, rupturas y familiares, etc. De otro lado, se traen a colación los efectos a terceros que las drogas causan: la ruina personal, económica y social de un elevado número de personas, situaciones gravísimas de penuria económica, el aumento de la delincuencia, de enfermedades irreversibles o las rupturas familiares, sociales y profesionales que desencadena.

Esta forma de operar resulta, sin embargo, cuestionable. Si en la ponderación de males han de ponerse en la balanza todos los intereses concurrentes, resulta una falsa preponderancia cuando sólo se tienen en cuenta los intereses de una parte, los que genera el tráfico de drogas, olvidando que el otro elemento de comparación, la pobreza o penuria económica, presenta asimismo multitud de efectos nocivos. Males que afectan igualmente a la salud física y psíquica, a las posibilidades de integración social y profesional y tienen también una vertiente criminógena, ya que la situación de pobreza también genera delincuencia.

Pero es que, además, resulta discutible que se estén ponderando correctamente las consecuencias que genera el comportamiento de Marta Lucía. El transporte de 899,5 gramos de cocaína, de una riqueza del 64,6%, equivaldría, según parámetros de consumo diario empleados por el Tribunal Supremo, a la dosis diaria de 386 adictos. No es, desde luego, una cifra pequeña, pero está lejos de ser lo suficientemente importante como para atribuirle los perversos efectos de tráfico de drogas a nivel global que el Tribunal Supremo enumeraba. Máxime si se tiene en cuenta que no todos los consumidores son adictos y, por tanto, no pueden predicarse de ellos ni siquiera los efectos de deterioro físico, psíquico, social y económico de los que antes hablábamos. En resumen, los efectos sobre la salud individual de los posibles destinatarios de la droga transportada por Marta Lucía no son inmediatos ni tan ciertos y graves; y, desde la perspectiva del bien jurídico colectivo salud pública, la conducta de la acusada no es más que una pieza minúscula en el complejo fenómeno del narcotráfico, que, desde luego, no tiene influencia significativa en el mercado de la droga, ni sobre su precio ni sobre la oferta existente.

Frente a ese peso del mal que supone el delito contra la salud pública cometido por la acusada, hay que colocar en el otro platillo de la balanza los efectos perniciosos vinculados a la situación de penuria económica probada en que se encontraba y que pretende paliar con su acción. Desde esta perspectiva resulta fundamental el dato de que están acreditadas las dificultades de subsistencia, esto es, no se trata de mejorar una situación precaria, sino de poder sobrevivir, tanto la acusada como sus dos hijos. Ya ese dato conduce a negar, a nuestro juicio, que el mal que se evita no presente la suficiente relevancia como para justificar la aplicación de una eximente incompleta de estado de necesidad.

Pero es que, además, en el caso concreto hay un mal que pesa sobremanera en la ponderación, el riesgo cierto para la salud del hijo de la autora. No se trata ya de los eventuales problemas de salud y de las carencias relativas a una alimentación y una vivienda

dignas de los implicados, sino del concreto y grave problema de salud de una persona que le impide disfrutar de un nivel de calidad de vida mínimo. En nuestra opinión la presencia de ese mal concreto y grave es determinante para inclinar la balanza a favor de la conducta realizada y afirmar que se cumple el requisito primero del estado de necesidad.

Antes de examinar si también están presentes los demás requisitos y, en tal medida, es posible apreciar el estado de necesidad como eximente completa, conviene tener presente un último apunte relativo a los elementos de la ponderación. Tanto la jurisprudencia como parte de la doctrina introducen como un interés a ponderar consideraciones preventivo-generales relativas a los efectos criminógenos que tendría el admitir la justificación de determinadas conductas. En el caso de la jurisprudencia, estas consideraciones constituyen un argumento de peso para fundamentar la no aplicación de la eximente de estado de necesidad, ni completa ni incompleta. En el caso de Marta Lucía, se negaría la aplicación de la eximente por entender que la justificación de esa conducta de transporte de droga abriría el camino a una impunidad generalizada para ese tipo de supuestos que conllevaría un aumento de este tipo de acciones con unas consecuencias imprevisibles.

No resulta fácil rebatir el “efecto llamada” que podría suponer la aplicación del estado de necesidad en estos casos, sobre todo teniendo en cuenta la necesidad que impulsa dichas conductas y que situaciones como la de Marta Luisa lamentablemente no son excepcionales. No obstante, consideramos incorrecto incluir en la ponderación de males este tipo de argumentos, pues ello supone a nuestro juicio una vulneración del principio de legalidad. Tal y como refiere el art. 20.5º CO se trata de comparar los males que trata de evitar la conducta con los que la misma desencadena y la posible merma preventivo-general que la aplicación de la eximente pudiera conllevar no es un efecto generado por la acción del necesitado, sino por la aplicación de una eximente prevista en el Código penal. Es decir, de la conducta del bolero puede derivarse una merma de la salud pública y de la salud individual, pero no una merma de la eficacia preventiva de la norma que prohíbe traficar. Esta sería, en todo caso, consecuencia de la aplicación de una eximente prevista por el legislador, que opta por no castigar al necesitado cuando el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar y rebajarle la pena cuando para evitar un mal grave, propio o ajeno, causa un mal de mayor entidad.

Realizado el análisis de la ponderación y concluyendo que el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar, pasemos a analizar brevemente el resto de requisitos del estado de necesidad.

3. Que la situación necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto

De los hechos probados se infiere que la mujer no ha provocado la situación de pobreza en que se haya, pues ni se ofrece ningún dato que abone tal conclusión ni resulta compatible con el hecho probado de que Marta Lucía trabaja y es precisamente el escaso sueldo que recibe lo que impide que pueda garantizar unos mínimos a su familia y ella misma.

A mayor abundamiento, también es evidente que los hijos de la acusada no han provocado esa situación de penuria y, sin embargo, son sujetos necesitados. Y ello es especialmente claro en el caso del hijo, respecto al cual se presenta una situación de necesidad más intensa aún, cual es su enfermedad, en cuyo origen ni él mismo ni su madre han tenido nada que ver.

Cabe afirmar la ausencia de provocación intencional de la situación de necesidad.

4. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Ni la acusada ni sus hijos tienen un oficio o cargo del que surja un deber profesional de tolerar los males vinculados a esa actividad. Se da el requisito tercero.

5. Elemento subjetivo

No existen tampoco problemas a la hora de apreciar la concurrencia del elemento subjetivo de la justificación: que el sujeto tenga conocimiento de la presencia de los elementos objetivos del estado de necesidad. Marta Lucía es consciente de que están en una situación de necesidad que no ha provocado y que no tiene que soportar por razón de su profesión o cargo así como de la posibilidad cierta de salir de la misma que el transporte de droga le ofrece.

Conclusión

De acuerdo con lo argumentado, podría afirmarse la presencia del presupuesto y requisitos del estado de necesidad previsto en el art. 20.5º CP. La conducta de Marta Lucía no generaría responsabilidad penal por cuanto está cubierta por una eximente, en concreto, por una causa de justificación: el estado de necesidad, procediendo la absolución de la acusada.

2. Casos para resolver

a. Caso de “El Gallinero”

A, ciudadano rumano es acusado por sustracción de cobre que posteriormente vendía a una fábrica en Coslada. Su abogada pide la aplicación de la eximente de estado de necesidad, alegando que la sustracción de cobre es su único medio para mantener a su familia, sin que tengan ninguna otra fuente de ingresos más allá de lo que encontraban en las basuras y de los paquetes de comida y ropa que a veces les daban en una parroquia. A vivía en el poblado denominado “El Gallinero”. Ante la respuesta de que todo el dinero del que en aquel momento disponía su familia eran veinte euros, la juez le preguntó: “¿qué haría si alguien le diera cincuenta euros?” “Comprar gasolina y buscar otro asentamiento, porque el Gallinero está infectado de ratas”, fue la respuesta. Hacía un par de semanas dos de sus hijas habían sido mordidas por las ratas mientras jugaban. El juez, antes de dictar sentencia y sin que ninguna de las partes lo solicitara como prueba, de oficio fue a visitar el mencionado poblado uniendo a la causa el reportaje realizado en video y una descripción de su puño y letra.

¿Qué opinas de la aplicabilidad a este supuesto, como eximente completa o incompleta, del estado de necesidad?

Vid. http://www.youtube.com/watch?v=b_YQqHIV8Zk&feature=related
<http://www.youtube.com/watch?v=B-ltUD-eXjA>

De la situación en el poblado “El gallinero” se da cuenta en la siguiente noticia extraída de la prensa:

“La delegada de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Madrid, Ana Botella, se va a reunir esta semana con los voluntarios que trabajan en el poblado chabolista del Gallinero. Esos voluntarios llevan varias semanas concentrándose para reclamar medidas urgentes al consistorio para que limpie el basurero de la zona y elimine las ratas para garantizar la buena salud de los 300 niños del poblado.

Llevar ya varias semanas emprendiendo acciones de protesta, frente a la Casa de la Villa, frente al Palacio de Cibeles... y ya por fin han conseguido un primer paso: que el Ayuntamiento les reciba. Será este jueves a la una de la tarde con los representantes de las parroquias de Santo Domingo de la Calzada y San Carlos Borromeo, cuyos voluntarios llevan años presentes en el poblado chabolista del Gallinero.

En esa cita, la principal preocupación es la limpieza y la eliminación de las ratas del poblado, en el que viven 300 niños. "Queremos evitar que ocurra lo de la semana pasada, cuando dos niñas de cuatro años fueron mordidas y agredidas por las ratas", señala Javier Baeza, párroco de San Carlos Borromeo, en declaraciones a la Cadena SER. Según Baeza, en esa reunión "habrá que ver cuándo y cómo se puede hacer; luego serán sus técnicos los que marquen la agenda".

Además recordarán que la Fiscalía de Madrid abrió una investigación la semana pasada por las condiciones insalubres del poblado, y que el propio Ayuntamiento, hace más de un año, acordó en pleno realizar acciones para limpiar la zona, a pesar de que hasta hoy no se ha cumplido.

(Fuente de la noticia: Cadena SER, Lunes, 5/12/2011, 11:09 h).

b. Caso del fallo de los frenos

A pesar de que Andrés nota que en su camión, que lleva un exceso de carga, le fallan los frenos, prosigue la marcha. Aparecen entonces en la carretera las niñas M. y L., y al no responderle los frenos y para evitar la muerte segura de las niñas, Andrés dirige su vehículo contra un coche parado dentro del cual se encuentra el conductor, produciéndole a éste lesiones graves y serios daños al vehículo. Condenado Andrés por lesiones y daños imprudentes, recurre en casación, alegando que debe ser absuelto porque las lesiones y los daños causados estaban cubiertos por un estado de necesidad.

¿Tiene razón Andrés en su recurso? Analiza los distintos requisitos del estado de necesidad y valora cuál sería más problemático.

c. Caso de los médicos nazis

El día 1 de septiembre de 1939, Hitler dictó una orden para que los establecimientos psiquiátricos informaran sobre las características de la enfermedad y ante todo, sobre la capacidad de trabajo de los reclusos en dichos establecimientos. Estas informaciones llegaron al Ministerio del Interior, elaborándose con ellas unas listas en las que se determinaban los sujetos que debían ser aniquilados. En los establecimientos psiquiátricos se recibió la orden de preparar el traslado de estos enfermos a otros centros donde debían ser ejecutados. Una comisión se encargó de examinar estas listas. Dos médicos psiquiatras, que formaban parte de dicha comisión, procuraron tachar de las listas los nombres de tantos enfermos como les fuera posible, e incluso liberaron de los establecimientos a algunos de ellos, conscientes de que actuaban en contra de la orden. Ambos médicos colaboraron en el transporte de los enfermos cuyo nombre quedó definitivamente en las listas, sospechando que su destino era la muerte. A pesar de los graves conflictos de conciencia que esta colaboración les planteaba, se decidieron a participar en la acción de aniquilamientos con el fin de salvar el mayor número posible de enfermos, pues sabían que si se negaban a intervenir, serían sustituidos por otros médicos, fieles al Régimen Nazi, que cumplirían la orden sin más dilaciones.

¿De qué manera podría calificarse la conducta de los médicos?

d. Caso del pago del impuesto revolucionario.

Habida cuenta de que la entrega de dinero a un grupo terrorista podría subsumirse en un delito de colaboración con banda armada, puesto que dicho dinero será utilizado para los fines del grupo, en numerosas ocasiones se ha analizado bajo el prisma del estado de necesidad la entrega a grupo terrorista de una cantidad de dinero no sólo en concepto de rescate en casos de secuestro, sino también en casos de contribución económica bajo coacción, como en la exigencias de pago por parte de ETA del llamado “impuesto revolucionario”.

¿Apreciarías estado de necesidad en esta situación?

Lección 15ª

EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO. EL CONSENTIMIENTO

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Rasgos generales de la eximente contemplada en el art. 20.7º CP
 - 2. Requisitos. Esbozo de los requisitos genéricos
 - a. Fuentes del deber o el derecho
 - b. Legitimidad
 - c. Necesidad y proporcionalidad
 - d. Elemento subjetivo
 - 3. Supuestos
 - a. Especial consideración del uso de fuerza y armas de fuego por la autoridad y sus agentes
 - b. Excurso: la obediencia debida
 - 4. El consentimiento: remisión
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto
 - 2. Casos para resolver

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Con esta lección se cierra el bloque dedicado a las causas de justificación. En ella se abordará la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7º CP), haciéndose sólo una alusión somerísima al consentimiento, por entender que su análisis encuentra mejor acomodo al hilo del estudio de los diversos tipos de la parte especial.

La eximente contemplada en el art. 20.7º CP opera respecto a una amplia variedad de situaciones y, precisamente debido a tal heterogeneidad, presenta rasgos diversos en sus requisitos y conformación en función del supuesto en que se esté aplicando. La diversidad de las múltiples variantes no podrá ser tratada de forma exhaustiva en estos materiales. Hay que insistir en que el alumno deberá completar estas notas con la lectura de la bibliografía al uso y el material jurisprudencial al que se hace referencia expresa en el texto

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

1. Rasgos generales de la eximente

El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho es una eximente de la responsabilidad criminal que ampara las acciones atentatorias de bienes jurídicos en principio subsumibles en un tipo penal, cuya realización constituye un deber o un derecho del sujeto autor de las mismas. Como todas las causas de justificación, presupone la presencia de un conflicto y ampara determinadas soluciones a ese conflicto, las que puedan calificarse como cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.

Esta causa de justificación se contempla en el art. 20.7º CP, donde se alude, además de al ejercicio de un derecho, al de un oficio o cargo, pero con ello no se amplía el ámbito de la eximente o se crean cuatro modalidades, sino que se mencionan dos posibles fuentes de deberes o derechos. La eximente incluye situaciones de cumplimiento de un deber jurídico y de ejercicio legítimo de un derecho que pueden tener su origen en el ejercicio de un cargo o de un oficio o profesión, pero también en otras fuentes.

1. Transcribe el art. 20.7º CP.
2. Compara su tenor con la regulación de la legítima defensa y el estado de necesidad contemplada en los art. 20.4º y 20.5º CP. ¿Cuáles serían los requisitos legales de cada una de estas eximentes?

Como puedes ver, en el art. 20.7º CP se justifican las conductas que suponen cumplir un deber o ejercer un derecho legítimamente sin más requisitos explícitos. Ello obedece a la lógica de un ordenamiento jurídico unitario: no puede ser antijurídica –contraria a Derecho– la conducta de quien cumple un deber que le impone el propio ordenamiento jurídico o ejerce un derecho legítimamente, esto es, dentro de los límites legales.

Se dibuja así una eximente amplia y compleja, pues incluye todo tipo de deberes –jurídicos en todo caso– y derechos. Precisamente ese carácter genérico determina que su valoración oscile entre los que la consideran superflua y los que la elevan a la categoría de causa de justificación general y cláusula de cierre del sistema. Para los primeros, es pura lógica que no puede actuar en contra del Derecho quien actúa conforme a él y, por tanto, no era necesaria su previsión en el Código penal. Para los segundos, esta circunstancia actúa, en palabras del Tribunal Supremo, como “una cláusula de cierre del sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales” (vid., en tal sentido, por ejemplo, la STS 1262/2006, de 28 de diciembre, con ulteriores referencias). Seguramente ambas posiciones tienen parte de razón: aunque esta eximente tenga un contenido tan genérico que puede considerarse una regla vacía de contenido, sirve, como ha destacado la doctrina, para recordar que el sistema de justificación es un sistema abierto a todo el ordenamiento jurídico (Molina), así como que es preciso delimitar en el caso concreto hasta dónde llega ese deber o

derecho frente a la lesión de bienes jurídicos que implica su cumplimiento o ejercicio (Mir). Por eso, puede decirse que, en cierto modo, hay tantas causas de justificación como derechos y deberes puedan esgrimirse y cada uno de tales supuestos tendrá unos requisitos concretos.

Por ejemplo, la libertad de expresión e información ampara el contenido de ciertas noticias que afectan al honor o la intimidad. Ese derecho justificaría la conducta *a priori* subsumible en un tipo de calumnias o injurias, pero siempre que se trate de asuntos de interés público, la información sea veraz y su difusión necesaria. Esos son los límites del derecho que condicionan la acción justificada en el caso concreto.

2. Requisitos. Esbozo de los requisitos genéricos

Si bien los requisitos para justificar una conducta atentatoria de bienes jurídicos penalmente protegidos dependerá en cada caso del concreto deber o derecho en liza, cabe apuntar en este punto unos mínimos requisitos genéricos.

a. Fuentes del deber o derecho

Tanto el deber que se cumple como el derecho que se ejerce han de ser de carácter jurídico, excluyéndose los de carácter ético o moral. Su origen puede estar en todo el ordenamiento jurídico, incluidas las fuentes no escritas como la costumbre o los usos sociales. Singularmente, tal y como recoge el Código penal, pueden proceder de un cargo, en cuyo caso reflejan el ejercicio de funciones públicas, o de un oficio, donde se alude al ejercicio de profesiones privadas. Precisamente en el ámbito del ejercicio de funciones privadas, las reglas no escritas sobre la profesión son relevantes para fijar el ámbito de una posible justificación.

3. ¿Cuál es la fuente del derecho de los abogados a realizar manifestaciones que puedan atentar contra el honor o la intimidad de una persona?

b. Legitimidad

Como ya hemos destacado, la exigencia de cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho plantea como decisión última hasta dónde llega ese deber o derecho frente a la lesión de bienes jurídicos que conlleva su cumplimiento o ejercicio. Esos límites proceden en primer lugar de los límites legales del deber o derecho, que en el caso de proceder de un oficio o cargo coinciden con los límites legales de su ejercicio. Más allá de las concretas reglamentaciones, la legitimidad del cumplimiento o ejercicio supone que se ajustan a las normas y valores del ordenamiento jurídico.

4. ¿Estaría amparada por la exigencia de ejercicio de un oficio la actuación del cirujano plástico que no se limita a operar las orejas del paciente, tal y como éste había consentido, sino que le opera también las bolsas de los ojos, por entender que le envejecían mucho y con ello le hacía un favor?

c. Necesidad y proporcionalidad

Vinculada a la exigencia de legitimidad se encuentra la exigencia de que exista necesidad, abstracta y concreta, de realizar la conducta atentatoria contra bienes jurídicos, exigencia repetida y matizada por los tribunales y la doctrina respecto a los diversos supuestos en que se aplica la eximente del art. 20.7º CP. La necesidad abstracta alude a que sea preciso atentar contra bienes jurídicos para cumplir el deber o ejercer el derecho. La necesidad concreta se reconduce a los criterios de menor lesividad y proporcionalidad en sentido estricto.

Si no existe necesidad abstracta o se trata de un exceso intensivo extraordinario, no cabrá apreciar la eximente incompleta. Sin embargo, si se trata de un exceso intensivo de entidad media, cabrá acudir a la eximente incompleta.

5. ¿Estaría amparada por la eximente -completa o incompleta- de ejercicio de un derecho la conducta de un padre que inflige castigos corporales consistentes en latigazos a su hijo cada vez que suspende una asignatura de la carrera?

d. Elemento subjetivo

Como en toda causa de justificación, es preciso que el sujeto actúe con conocimiento de que se dan los anteriores presupuestos objetivos y de la conducta que realiza.

6. A, policía de servicio, está tomándose un café y apuesta con su compañero a que consigue intimidar a un transeúnte que va a entrar en la cafetería deteniéndole, a lo que procede. A ignoraba que el transeúnte se disponía a atracar el bar. ¿Estaría justificada la detención? ¿Cómo se calificarían los hechos?

3. Supuestos

Las constelaciones de supuestos donde se recurre en una u otra medida a la eximente del art. 20.7º CP para justificar intervenciones lesivas son variadas. Entre otras:

- el derecho de retención de la posesión frente al dueño en los casos contemplados en el Código civil
- el derecho de corrección de los padres y tutores respecto a los hijos o tutelados
- la libertad de expresión frente al honor o la intimidad
- el ejercicio de la profesión médica respecto a las lesiones que objetivamente suponen las intervenciones quirúrgicas
- el ejercicio de la profesión de abogado y el derecho de defensa frente al honor

Como ya se advirtió, resulta imposible tratar todas ellas con algo de detenimiento en estos materiales, por lo que es imprescindible consultar la bibliografía al uso así como jurisprudencia relacionada (vid. el caso resuelto y las referencias de los casos para resolver).

No obstante, entre los supuestos de justificación que incluye esta eximente destaca por su significación práctica el ejercicio de cargo público y, más concretamente, el uso de fuerza por parte de la autoridad y sus agentes, en especial, los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado.

a. Especial consideración del uso de fuerza y armas de fuego por la autoridad y sus agentes

Las pautas generales para resolver el conflicto entre el deber de actuación de los agentes y las posibles lesiones a bienes jurídicos que puedan ocasionar se encuentran en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

- En su art. 5.2.c) establece que “en el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance”.
- Además, en el art. 5.2.d) se precisa que “solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior”.

Esta regulación encaja con una doctrina asentada, tanto académica como jurisprudencial, que exige como requisitos de la justificación:

a) que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo y ejerza la violencia con ocasión del mismo;

b) que el cumplimiento del deber concreto precise hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque sin tal violencia, no le fuere posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe

c) que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, que se utilice el medio menos peligroso y del modo menos lesivo posible conforme a las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto);

d) que la fuerza empleada sea proporcionada a la gravedad de la situación que origina la intervención.

Si falta cualquiera de los dos primeros requisitos, no cabe apreciar la eximente, ni siquiera como incompleta, pues son requisitos esenciales. Sí cabrá aplicar la eximente incompleta si falta la necesidad concreta o la proporcionalidad, esto es, si se trata de un exceso intensivo en el cumplimiento de un deber.

7. Comenta los siguientes supuestos, analizando si reúnen los requisitos precisos para considerar justificada la conducta de los agentes de la autoridad. Se resuelve el primer caso como ejemplo.
 - a. Durante una protesta pacífica de estudiantes (“sentada”) delante del Rectorado, un policía, que acompaña al Rector, sin previo aviso y sin mediar palabra saca la defensa (porra) y golpea con ella a varios estudiantes, causándoles lesiones leves, hasta abrirse paso por las escaleras y acceder al hall de entrada, todo ello con el objetivo de que también accediera el Rector.
 - a.1. La actuación del policía no puede estar justificada, pues si bien es un agente autorizado a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo y lo hace con ocasión del mismo, no existe necesidad abstracta de empleo de esa violencia, pues el sujeto contaba con medidas no coactivas que en ningún momento puso en práctica. Para poder acceder al hall de entrada podría haber solicitado verbalmente que le dejaran pasar o, incluso, podría haber entrado sorteando a los estudiantes sentados.
 - b. A y B, policías municipales, se encuentran patrullando en las inmediaciones de un colegio, cuando observan que un vehículo se ha saltado un semáforo. Sin tener en cuenta que es una zona escolar y que es la hora de salida de los menores, emprenden la persecución del vehículo infractor, en el curso de la cual atropellan a un menor de 10 años, causándole lesiones graves.
 - c. Durante la identificación de un sujeto por dos policías, el sujeto saca una navaja y los ataca, apuñalando a uno de ellos en el brazo y dirigiéndose al otro, que saca su pistola y le dispara, alcanzándole dos balas. A consecuencia del disparo el sujeto muere.
 - d. Dos policías observan cómo huye un sujeto que acaba de atracar a una mujer mayor. Tras perseguirle durante dos minutos por la calle, lo alcanzan, pero el sujeto se resiste a la detención, por lo que uno de los policías le agarra fuertemente el brazo y se lo retuerce para poder ponerle los grilletes.

b. Excurso: la obediencia debida

Relacionada con la eximente analizada y, en concreto, vinculada a la dinámica de las relaciones jerárquicas se halla la figura de la obediencia debida, controvertida sobre todo en los supuestos de cumplimiento de órdenes antijurídicas.

En el Código penal anterior esa figura constituía una eximente autónoma, que algunos autores consideraban una causa de justificación y otros una causa de exculpación. La obediencia debida tiene acomodo hoy en la eximente cumplimiento de un deber, en este caso de un deber jurídico de obediencia. Es, por tanto, una causa de justificación. La cuestión es, como siempre, determinar hasta dónde llega ese deber de obediencia y, por tanto, hasta dónde llega la cobertura de la eximente respecto a las acciones lesivas de bienes jurídicos realizadas por un sujeto en cumplimiento de las órdenes del superior.

Ese límite se sitúa en las órdenes de contenido antijurídico, pero cuya ilegalidad no es manifiesta, clara y terminante. En estos términos se expresa el art. 410 CP al tipificar el delito de desobediencia en casos de incumplimiento de la orden

dada por un superior, en el ámbito de su competencia y con las formalidades legales, que no sea manifiestamente antijurídica.

Si, por el contrario, la orden es manifiestamente antijurídica, el subordinado no podrá invocar el cumplimiento de un deber y responderá penalmente de los hechos típicos que haya podido realizar. No obstante, pueden darse dos situaciones todavía relevantes para matizar o excluir su responsabilidad penal.

1. De un lado, puede que el sujeto actúe ignorando que la orden era claramente antijurídica. Se trata de un error, que podrá ser de tipo o de prohibición, en función del elemento sobre el que recaiga.

2. De otro lado, puede que el subordinado actúe por miedo, por temor a los efectos que el incumplimiento le puede acarrear. Habría que analizar entonces la posible concurrencia de la eximente, completa o incompleta, de miedo insuperable del art. 20.6° CP, que veremos en el tema de culpabilidad.

4. El consentimiento

El consentimiento no se encuentra expresamente previsto entre las circunstancias eximentes del art. 20 CP, situación de indefinición legislativa que se corresponde con el carácter polémico de esta figura, tanto en lo relativo a su naturaleza como en lo concerniente a su ámbito de aplicación y eficacia. En el fondo del debate late la cuestión última de la disponibilidad de los bienes jurídicos por el titular de los mismos: ¿puede un sujeto decidir libremente dañar su integridad física igual que puede decidir sobre su patrimonio? ¿puede permitir que otro la dañe como puede regalar objetos de su propiedad?

En función de la respuesta a este tipo de cuestiones respecto a cada uno de los bienes jurídicos protegidos en las diversas figuras delictivas del Código, entre otros factores, el consentimiento operará como causa de atipicidad, causa de justificación, elemento de atenuación, etc., o como elemento irrelevante respecto a la responsabilidad penal. Esa tópica será analizada al hilo del estudio de los delitos de la parte especial, por lo que en estos materiales se prescinde de profundizar más al respecto.

III. APLICANDO LO APRENDIDO

Para facilitar la aproximación a los diversos grupos de supuestos donde se recurre a la eximente del art. 20.7° CP, se plantea como caso resuelto los hechos y fundamentos de una sentencia que se ocupa del uso de la fuerza por la autoridad y sus agentes (y asimilados). Asimismo se recogen como casos para resolver los hechos probados de algunas sentencias y la referencia correspondiente para que pueda indagarse sobre la solución dada por los Tribunales y, sobre todo, conocerse los requisitos concretos para justificar la conducta.

1. Caso resuelto: uso de fuerza por vigilantes de seguridad. SAP de Vizcaya núm. 344/2009, de 21 abril

a. Supuesto de hecho

“UNICO.- Son hechos probados y así declara que hacia las 05:00 horas del día 3 de diciembre de 2006, Modesto accedió a la estación de METRO BILBAO de Abando y dirigiéndose a un empleado del metro, Serafín y a Visitación, Heraclio y Fermín (todos mayores de edad y sin antecedentes penales)que en esos momentos se encontraban prestando servicio de vigilancia siendo empleados de PROSEGUR SA, les increpó con motivo de que las escaleras mecánicas no funcionaban en ese momento. Que Modesto, en un momento determinado amagó con golpear a Heraclio, momento en que fue sujetado y derribado al suelo por los acusados, que lo esposaron, lugar donde al caer, se golpeó en la cara.

Que a consecuencia de estos hechos, Modesto sufrió lesiones consistentes en traumatismo facial con hematoma y fractura del arco cigomático izquierdo, que requirieron para su sanidad de intervención quirúrgica.

Modesto tardó en curar sus lesiones treinta días, tres de los cuales estuvo hospitalizado y durante ellos estuvo impedido para sus ocupaciones habituales.

Restan como secuelas cicatriz de 4 centímetros en región temporal izquierda con correcta coloración y molestias locales en región cigomática a la apertura forzada de la mandíbula”.

b. Resolución del supuesto

Fundamentos de derecho

Tercero.

“Efectivamente, el debate de la cuestión se centra exclusivamente en si en la actuación de los acusados concurre o no la existencia de la eximente completa de obrar en cumplimiento de un deber.

En este sentido, la STS nº 850/2006, de 12 de Julio, establece que, " como recuerda la STS nº 1401/2005, mencionado a su vez la STS nº 17/2.003, con cita de otras muchas anteriores, conocidos son los requisitos que esta Sala viene exigiendo para la aplicación de la eximente de cumplimiento del deber cuando se trata de la actuación de un agente de la autoridad, que tiene no sólo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando -si resultan necesarios- medios violentos, e incluso las armas reglamentariamente asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y de servir a la paz colectiva "con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable", pero al mismo tiempo "rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad" como dice el apartado c) del Artículo Quinto, apartado 2, de la L.O. 2/86, de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (dictada en cumplimiento del artículo 104.2 CE), al regular las "Relaciones con la comunidad", y cuyo apartado d) concreta que "solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior". Todo ello responde al mandato del artículo 104 CE y se halla inspirado en las líneas marcadas por la "Declaración de la Policía ", hecha por el Consejo de Europa de

8.5.79, y por el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17.12.79 . Conforme a tales normas y directrices, en estos casos, para la aplicación de la eximente de cumplimiento del deber es necesario que concurran los siguientes requisitos: 1°).- Que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo; 2°).- Que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente; 3°).- Que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito se está desarrollando la actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe. Si falta cualquiera de esos tres primeros requisitos, que constituyen la esencia de esta eximente, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta; 4°).- Que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso y, por otro, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas la posibilidades de actuación de que dispusiere el agente de la autoridad (necesidad en concreto); y, 5°).- Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública”. (...)

Cuarto

“En el Código Penal en su conjunto, son diversos los preceptos que tipifican conductas cuyo sujeto pasivo, es la autoridad o sus agentes, y de acuerdo con la interpretación ajustada a la Constitución, la protección que se realiza penando esas conductas, deriva de las necesidades propias de la función pública, como servicio a los ciudadanos, cuya alteración redundaría en perjuicio de la generalidad de la población. Es imprescindible que esa función pública se proteja, tanto desde el punto de vista de los agentes que ejercen como desde el de los ciudadanos que con ellos se relacionan. Todo ello ha de engarzarse con el concepto de orden público, que no es otro que aquél que se refiere a la paz y tranquilidad de las manifestaciones externas de la convivencia colectiva. Dentro de los medios para preservarla, se castigan aquellos ataques a las personas encargadas de velar para que se mantengan los mínimos parámetros que posibiliten esa convivencia en paz, pero reiterando una vez más que lo que se protege es la función pública, y por ello, se perseguirán únicamente aquellas conductas que perjudican de modo efectivo las funciones o servicios públicos (o las condiciones en que la autoridad y sus agentes las desarrollen).

Dicho esto y aplicando las directrices jurisprudenciales expuestas al supuesto que nos ocupa, se advierte que aquélla es unánime en relación con la exigencia de analizar si, en su proceder, los agentes de la autoridad se han excedido o no en sus funciones. Es conocido y evidente que, tanto en la aplicación de los tipos penales que protegen el bien jurídico consistente en el servicio público (y a los agentes que están llamados a llevarlo a cabo) como en la circunstancia apreciada por la Juez "a quo" (eximente de cumplimiento del deber), es constante la Jurisprudencia en el sentido de que únicamente merece protección quien no se excede en su cometido, y la proporcionalidad de la actuación habrá de valorarse partiendo de la certeza de que la misma debía producirse, es decir, que debía haber intervención policial, en este caso, de los vigilantes de seguridad de Metro Bilbao, por el proceder del civil afectado por esta causa.

Y esta Sala entiende que la actuación de los acusados fue absolutamente desproporcionada. Efectivamente, partiendo de la base de que inicialmente pudo estar justificada su actuación, debido a la forma en la que Modesto se dirigió a uno de los miembros del Servicio de Seguridad increpándole porque no funcionaban las escaleras mecánicas, amagando incluso con golpear a uno de ellos, -incidente previo que esta Sala no cuestiona, porque carece de la inmediatez necesaria para valorar las pruebas de fuente

personal que se vertieron en el juicio oral-, lo que desde luego no es de recibo, es la respuesta de los acusados ante tal "ataque".

Y es que es la propia Juzgadora " a quo " la que en el último párrafo del Fundamento Jurídico Segundo expone que "En lo que respecta a la reducción del Sr. Modesto estimamos que fue entonces cuando recibió un único golpe al ser derribado al suelo,(...) perfectamente compatible con el derribo al suelo a un hombre de complexión menuda, por tres personas, dos de ellas hombres de fuerte complexión... "

La secuencia que se deduce de estos elementos es notablemente opuesta a la que se expone a continuación en el Fundamento Jurídico siguiente de la sentencia apelada que estima la concurrencia de la eximente completa del art. 20.7 CP.

Efectivamente examinada la actuación de los acusados se advierte que se trató de una actuación propia de su función, lícita y ejercida con los requisitos legales y reglamentarios. El denunciante planteó una situación que se hizo razonablemente necesario hacer uso de la fuerza, es decir, concurrió en este caso la " necesidad en abstracto", siempre inexcusable, como se ha señalado, para la consideración de la merma o exclusión de la responsabilidad, y que aquí por lo que ya se ha significado concurre.

Ahora bien, respecto a la "necesidad en concreto", el medio empleado no resultó finalmente proporcionado, o lo que es lo mismo, la adecuación o respuesta de los vigilantes del orden correspondiente a la gravedad del estímulo que justifica su conducta, no está ya presente en la actuación de los acusados, que resultó excesiva y desproporcionada. No se justifica ni la superioridad numérica empleada para reducir al denunciante, habida cuenta de que la dotación estaba compuesta por varios vigilantes, con sus uniformes y armas reglamentarias y el oponente lo formaba un varón que no consta que portase arma o instrumento peligroso. La diferencia de complexión física entre unos y otro, era asimismo evidente de suerte que la misma Juez de lo Penal lo pone de manifiesto en su sentencia y este Tribunal ha tenido asimismo ocasión de constatar en el reportaje fotográfico que consta en las actuaciones. En suma, mucho menos existió necesidad racional y proporcionada de emplear fuerza y lanzar un golpe tan fuerte a Modesto como para derribarle al suelo con el grave resultado lesivo constatado.

En consecuencia la discordancia objetivada entre la necesidad abstracta o mera necesidad y la concreta que se traduce en el empleo de la fuerza exigible para controlar la situación, la que rebasa la racional legitimidad del medio empleado, origina que opere solamente como atenuante. Hubo extralimitación en el uso del medio empleado, y por tanto, falta proporcionalidad en la actuación de los vigilantes de seguridad en relación con las precauciones que el caso requería. En este sentido se han de citar asimismo las SSTS 22.12.1.989; 25.3.1.992; 3.12.1993; 17.1.1994; 24.11.994; 13.5.1996; 31.1.1997; 16.11.998; 19.6.1998; 1.7.2002; 22.1.2.005; 31.1.2.005" (...)

Fallamos

“Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Modesto , contra la sentencia, de fecha 12 de Noviembre de 2.008, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Bilbao, en el Procedimiento Abreviado nº 219/08 del que el presente Rollo de Apelación nº 194/09 dimana, se revoca la misma y se condena a Visitación, a Fermín y a Heraclio como autores responsables de un delito de lesiones con la atenuante de obrar en cumplimiento de un deber, a la pena a cada uno de ellos de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena y a indemnizar conjunta y solidariamente a Modesto en la cantidad de 2.552 euros por las lesiones, y 4.000 euros por secuelas, con aplicación de lo dispuesto en el art. 576 LEC, así como al pago de las costas devengadas en la instancia,

entre las que se incluyen las correspondientes a la acusación particular, declarando de oficio las de esta alzada”.

2. Casos para resolver

a. Derecho de corrección

1. Caso de los golpes con el cable de ordenador

"María Esther, mayor de edad, sin antecedentes penales y con residencia legal en España, el 14 de diciembre de 2010 en el domicilio familiar de la CALLE000 NUM000 de Madrid, llegó a golpear a su hijo Baltasar, de 15 años, con un cable de ordenador en la espalda causándole lesión macular eritematosa de 10 cm.

El día 9 de diciembre pegó a Baltasar con el cable de ordenador dejándole señales en línea media dorsal de 10 cm. y dos marcas de 8 cm. en cara anterior del antebrazo izquierdo”. SAP Madrid (Sección 6ª) núm. 416/2011, de 16 de noviembre.

Condenada por el Juzgado de lo penal por un delito de maltrato en el ámbito familiar, la defensa de María Esther alega en su recurso la inaplicación de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho del artículo 20.7 del CP "Derecho de corrección" respecto del delito de malos tratos en el ámbito familiar, pues las acciones se enmarcan en el ejercicio de la patria potestad y las facultades que confiere conforme al art. 154 del Código civil. ¿Es admisible la alegación de la condenada?

2. Caso de la bofetada en la cara

"Primero.- Resulta probado y así se declara, que el acusado Jesús, mayor de edad y sin antecedentes penales, en horas aproximadas al mediodía del sábado día 21 de mayo de 2011, se encontraba en el domicilio de su madre sito en Montbrió del Camp, junto con sus dos hijos menores de edad, Jaume y Adriano , en compañía de una amiga suya.

El Sr. Jesús llamó a su hijo Adriano de 10 años de edad, que se encontraba en la planta de arriba de la casa para que bajara a saludar a su amiga llamada Gema , negándose el menor, insistiendo el padre, hasta en tres ocasiones para que su hijo bajara a la cocina, accediendo finalmente Adriano que en vez de dirigirse a la cocina, se fue hacia la terraza corriendo y escapando de su padre, el cual lo cogió por la ropa obligándole a ir a la cocina a saludar a su amiga, resistiéndose el menor, por lo que el acusado le dijo a su hijo que tendría que disculparse con la señorita Gema y en el pasillo le dio una fuerte bofetada con la mano abierta en la mejilla.

Segundo.- A consecuencia de la agresión sufrida, el menor Adriano sufrió lesiones consistentes en contusión periorbitaria a nivel del ojo izquierdo, precisando para su curación 4 días no impeditivos y una única asistencia facultativa”. SAP Tarragona (Sección 2ª) núm. 133/2012, de 22 de marzo.

Condenado Jesús por un delito de lesiones en el ámbito familiar del art. 153.1, alega en su recurso que su conducta está amparada por la circunstancia eximente de ejercicio del derecho de corrección de los padres sobre los hijos. ¿Es admisible el argumento del condenado?

b. Honor vs. Libertad de expresión: Caso de los bomberos de Sevilla

"Romeo, Secretario General del Sindicato Profesional de Bomberos de Sevilla, en el mes de agosto de 2004 suscribió un artículo titulado "La otra cara del ordenador" en el Boletín informativo que edita dicho sindicato, en el cual injuriaba a Juan Antonio, Domingo, Carlos Daniel, Arturo y Iñigo, llamándolos "sinvergüenzas", si bien, no directamente y mediante sus correspondientes identidades, pero sí en referencia a los miembros de la oficina técnica de extinción y salvamento del Cuerpo de Bomberos (OTES), a sabiendas de que éstos se correspondían con los denunciantes ya que se había reunido anteriormente con ellos por considerarlos relacionados con dicha organización". SAP Sevilla (Sección 1ª) núm 577/2006, de 23 de octubre.

Condenado por una falta de injurias del art. 620.2º CP, Romeo recurre alegando que sus afirmaciones se enmarcan en el ejercicio de la crítica y suponen una manifestación de su derecho a la libertad de expresión. ¿Es admisible la alegación de haber ejercido legítimamente el derecho a la libertad de expresión?

c. Uso de fuerza por la autoridad y sus agentes: Caso de los tiros en Lavapiés

El día 27 de mayo de 2012, domingo, sobre las dos y media de la tarde, dos agentes de la Policía Municipal de Madrid de paisano se hallaban patrullando en el barrio madrileño de Lavapiés cuando vieron en la confluencia de la calle Duque de Alba y la plaza Tirso de Molina a un grupo de unas 20 personas que vendían todo tipo de objetos en la calle. Al identificarse como agentes y sacar la placa, la mayoría salió corriendo y los dos agentes iniciaron la persecución. Lograron dar alcance a uno a la altura del número 12 de la calle Amparo y le decomisaron bolsos falsificados. Durante la detención de ese hombre que supuestamente vendía bolsos falsificados, un agente disparó dos tiros al aire en la calle del Amparo.

Para ilustrar estos hechos y poder resolver el caso, contempla el vídeo que reproduce el momento de la detención y los disparos.

<http://www.abc.es/videos-local/20120527/policia-abre-fuego-lavapies-165909999001.html>

¿Está amparada por la eximente de cumplimiento de un deber la actuación de los dos policías relativa a la detención y al uso de fuerza? Analiza, en concreto, los requisitos de necesidad y proporcionalidad. O, como dice el art. 5.2 c) de la LFCSE, los requisitos de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.

Lecciones 16ª a 19ª

LA CULPABILIDAD

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Indicaciones básicas sobre el tema “culpabilidad”
 - a. Algunas precisiones terminológicas
 - b. Fundamento material de la culpabilidad
 - c. Elementos de la culpabilidad: inimputabilidad, error de prohibición y no exigibilidad
 - 2. Indicaciones básicas sobre el tema “Imputabilidad”
 - a. Concepto y causas de inimputabilidad
 - b. Anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio: art. 20.1º CP
 - c. Intoxicación plena, síndrome de abstinencia y grave adicción
 - d. Alteración de la percepción
 - e. *Actio libera in causa*
 - 3. Indicaciones básicas sobre el tema “Error de prohibición”
 - 4. Indicaciones básicas sobre el tema “Inexigibilidad”
 - a. Introducción al concepto de “exculpación penal”
 - b. Miedo insuperable
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto y práctica jurisprudencial
 - 2. Casos para resolver
- IV. UN DOCUMENTAL PARA EL DEBATE: “ El perdón” de Ventura Durall

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Estas lecciones deberán prepararse por el alumno por anticipado. Su extensión impide que se planteen en los materiales todas y cada una de las cuestiones implicadas, por lo que es imprescindible completar los materiales y las explicaciones en clase con la bibliografía recomendada y realizar las prácticas con detenimiento.

Para una mejor comprensión de las implicaciones penales de la enfermedad mental, se proyectará el documental “El Perdón”, de Ventura Durall, proponiéndose una serie de preguntas al respecto.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

1. Indicaciones básicas sobre el tema “culpabilidad”

a. Algunas precisiones terminológicas

1. ¿Qué categorías (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad) crees que se ven afectadas en los siguientes supuestos? Argumenta la respuesta.
 - a. A golpea a B en la cabeza, causándole lesiones, para evitar la agresión sexual de la que estaba siendo objeto..
 - b. A va conduciendo su automóvil por una pendiente. De pronto nota que los frenos no funcionan y en una curva no puede impedir colisionar con un vehículo, muriendo el ocupante de éste. El coche de A había pasado la ITV hacía una semana y hacía un mes una revisión general en un taller mecánico. El fallo se debió a un defecto de fabricación que A no podía haber previsto.
 - c. A sustrae a su esposa 50.000 euros (de dinero privativo) para pagar unas deudas de juego. A no responde penalmente por el hurto, porque el art. 268 CP exime de responsabilidad penal a los cónyuges por los delitos patrimoniales que se causen entre sí.
 - d. A sufre una psicosis que le hace oír voces que le ordenan matar a X. A, a consecuencia de ese trastorno que le limita su capacidad volitiva, mata a X.

La teoría jurídica del delito se estructura en dos grandes bloques. Hasta ahora hemos estado examinando el primero de ellos: el injusto penal, la antijuridicidad o ilícito penal. Con ello se han abordado los elementos que determinan el carácter prohibido del hecho y su gravedad. Cuando concurren esos requisitos, el hecho está valorado negativamente por el Derecho penal. A partir de ahora examinaremos los elementos que indican si ese hecho desvalorado y prohibido es imputable a su autor de forma que deba responder penalmente de él.

Este segundo bloque se denomina tradicionalmente culpabilidad, pero a él se alude también con otros términos: imputación subjetiva, imputación personal, atribuibilidad, motivabilidad, etc. La búsqueda de una expresión distinta a “culpabilidad” para referirse a este nivel de la teoría del delito se debe en gran medida a la carga moralizante, incluso religiosa, que la palabra culpabilidad incorpora. Sin embargo, si se tiene bien presente que el Derecho penal propio de un Estado de Derecho es un Derecho penal del hecho en un Estado respetuoso del fuero interno del sujeto, queda claro que con culpabilidad penal no se alude a un juicio moral sobre el autor, sino a las condiciones que permiten exigirle responsabilidad por un hecho individual prohibido, no por su forma de ser o su ideología o moral.

Por otro lado, esas opciones terminológicas entroncan con la distinta forma de entender las razones por las que puede exigirse responsabilidad penal a un sujeto por su hecho antijurídico (el llamado “fundamento material” de la culpabilidad), pero a la postre no conducen hoy en general a exigir requisitos diversos para atribuir responsabilidad penal. Esos requisitos comunes se agrupan en

tres categorías: la imputabilidad-inimputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad-error de prohibición, la exigibilidad de la conducta conforme a derecho-inexigibilidad.

Para terminar estas primeras indicaciones conviene recordar que ha de distinguirse entre el principio de culpabilidad y la categoría del delito culpabilidad.

El **principio de culpabilidad** es un principio limitador del *Ius puniendi* de amplio contenido que exige para poder imponer una pena a un sujeto que se le pueda imputar o atribuir a ese sujeto el hecho que la motiva. Este principio engloba, a su vez, cuatro garantías o principios:

- Principio de personalidad de las penas: sólo puede castigarse por hechos propios, no ajenos
- Principio de responsabilidad por el hecho: sólo pueden castigarse conductas, no formas de ser ni el fuero interno del sujeto.
- Principio de responsabilidad subjetiva en sentido estricto: sólo pueden castigarse conductas dolosas o culposas (art. 5 CP), excluyéndose la responsabilidad objetiva o por el resultado
- Principio de atribuibilidad, imputación personal o de culpabilidad en sentido estricto: sólo puede imponerse una pena a sujetos culpables en el sentido de la categoría dogmática culpabilidad

Las exigencias del principio de culpabilidad operan transversalmente a lo largo de toda la teoría del delito.

2. ¿Dónde situarías en el esquema del delito que seguimos la exigencia de responsabilidad subjetiva? ¿y el principio de imputación personal?

La **categoría sistemática culpabilidad** es fruto de la evolución de la teoría del delito y se ocupa del estudio de las condiciones en que puede imputarse el hecho injusto a un sujeto y hacerle responsable por él. En esa evolución, la categoría culpabilidad ha ido perdiendo componentes (el dolo y la imprudencia) y en ella se analizan hoy los mencionados elementos de la imputabilidad, el conocimiento de la prohibición y la exigibilidad.

b. Fundamento material de la culpabilidad

Nos encontramos ante el eslabón de la teoría del delito donde se sitúan los requisitos de imputación personal de un hecho antijurídico a su autor. La pregunta a la que hay que responder es ¿por qué se es responsable o, en términos más clásicos, culpable del delito? ¿por qué se puede imponer una pena a un sujeto que realiza un hecho típico y antijurídico? ¿cómo se justifica ante él el castigo más allá de la “utilidad social” o preventiva, es decir, para otros, de la pena? La pregunta por el fundamento material de la culpabilidad es en realidad la pregunta por la justificación o legitimidad del Derecho penal.

3. Sobre el fundamento material de la culpabilidad se ha escrito mucho y muy bien. Para esta lección, sin embargo, basta con que consultes el material

bibliográfico específico y expliques en qué consisten las siguientes propuestas de fundamento material de la culpabilidad:

- a. La libertad de voluntad o libre albedrío
- b. La motivación (normal) por la norma

c. Elementos de la culpabilidad: inimputabilidad, error de prohibición y no exigibilidad.

El fundamento material de la culpabilidad sirve para definir las razones por las cuales puede exigirse el cumplimiento del deber de evitar el injusto a una persona y, si no lo hace, exigírsele responsabilidad. Para la visión de la culpabilidad como reprochabilidad, la razón estriba en la capacidad del sujeto de actuar de otro modo: conforme a la norma. Para los defensores de la culpabilidad como motivabilidad (normal), la razón se vincula a la aptitud del sujeto para ser motivado por la norma.

Esas razones se traducen en la exigencia de unas condiciones de actuación que normalmente se formulan en los ordenamientos positivos de forma negativa, como supuestos en los que no puede hablarse de un sujeto culpable. Por ejemplo, si un sujeto no conoce la norma, difícilmente podrá actuar conforme a ella o ser motivado por ella. Luego, el conocimiento de la prohibición es un presupuesto de la conducta culpable. El Código penal, sin embargo, no contempla un precepto que exija la conciencia de la antijuridicidad, sino un precepto que impone la exención de pena si no se da esa conciencia o conocimiento, el art. 14.3.

Según la concepción actual dominante esas condiciones para hablar de una conducta culpable son tres:

- La imputabilidad (también llamada capacidad de culpabilidad) entendida como la capacidad del sujeto de comprender el injusto y de comportarse conforma a esa comprensión. O también como la capacidad de motivarse normalmente. Su reverso son las causas de inimputabilidad.
- El conocimiento de la prohibición o conciencia de la antijuridicidad: el conocimiento de que la conducta era delito. Su reverso es el error de prohibición.
- La exigibilidad o normalidad de las circunstancias en que el sujeto actúa. Su reverso son las causas de exculpación.

2. Indicaciones básicas sobre el tema de la “imputabilidad”

a. Concepto y causas de inimputabilidad

La doctrina tradicional, desde planteamientos liberoarbitristas, configura la imputabilidad como la capacidad de comprender lo injusto del hecho y la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento. Supone, por tanto, una capacidad cognitiva (comprender) y una capacidad volitiva (comportarse conforme a esa comprensión).

4. A estas dos capacidades se alude en el art. 20.1 y 20.2 CP. Lee atentamente los preceptos e identifica tal referencia.

Pero no te equivoques, no se trata de la capacidad genérica de conocer y querer, imprescindible para hablar de dolo e incluso de conducta humana, que también pueden tener los inimputables, sino de comprender el significado antijurídico del comportamiento y dirigir la actuación conforme a ello. Así, puede ocurrir que el estado mental del sujeto le impida comprender que su hecho era injusto, pero también que, comprendiéndolo, sea incapaz de controlarse.

Otros autores, seguidores del fundamento material de la culpabilidad en la normalidad de la motivación por las normas, conciben la imputabilidad como la normalidad motivacional psíquica. El fundamento de las exenciones vinculadas a la inimputabilidad se sitúa en el principio de igualdad como exigencia de tratar de modo diferente lo que es diferente. A juicio de estos autores, no puede responsabilizarse penalmente al sujeto por no haber actuado conforme a la norma si carece de las habilidades psíquicas habituales que permiten tener acceso al contenido de las normas y a su significado en relación con la conducta propia y ajena.

La decisión sobre si hay imputabilidad o no es en la práctica muy compleja y, aunque a la postre es un juez el que declara si existe o no, no es menos cierto que esa decisión se apoya en gran medida en las opiniones vertidas por expertos en psicología y psiquiatría (peritos) sobre el estado mental del sujeto.

En el ordenamiento penal español acostumbran a señalarse como supuestos de inimputabilidad las eximentes contempladas en los **art. 20.1, 20.2 y 20.3** CP. En relación con la minoría de edad, que el **art. 19** CP sitúa por debajo de los 18 años, no quiere decir que el menor de esta edad no sea penalmente responsable, sino que entre los 14 y 18 años se le aplica la **Ley de Responsabilidad penal del menor**. Sólo el menor de 14 años no es considerado penalmente responsable.

5. Describe brevemente las exenciones contempladas en los arts. 20.1, 20.2 y 20.3 CP y justifica por qué son causas de inimputabilidad y no otro tipo de eximentes como, por ejemplo, una causa de justificación.

La afectación de las capacidades del sujeto puede tener **distinto grado**.

- Cuando está anulada se aprecia una **exención** por inimputabilidad.
- Pero puede ocurrir que esa capacidad no esté anulada, sino sólo fuertemente aminorada, pudiéndose apreciar, una **eximente incompleta** (art. 21.1 en relación con los art. 20.1, 20.2 y 20.3 CP). En estos casos se habla de semiimputabilidad.
- Por último, puede suceder que la imputabilidad del sujeto esté afectada de forma menos relevante, y se habla entonces de imputabilidad disminuida de forma leve. También esa minoración se puede reflejar en la responsabilidad del sujeto a través de la entrada de alguna de las **atenuantes** que se prevén en el Código como supuestos de imputabilidad disminuida. En concreto, podría apreciarse la atenuante de actuar a causa de la grave adicción (art.

21.2 CP), de arrebató u obcecación (art. 21.3 CP) o la atenuante analógica (art. 21.7 CP).

Para terminar con estas cuestiones introductorias de la (in)imputabilidad conviene recordar que, si bien la inimputabilidad excluye la responsabilidad penal, no impide que puedan imponerse **medidas de seguridad** al autor del hecho típico y antijurídico. La anormalidad psíquica del sujeto puede indicar su peligrosidad criminal, presupuesto ineludible de la imposición de medidas de seguridad, que tienen ante todo una finalidad preventivo especial: impedir la comisión de nuevos delitos preferentemente mediante la rehabilitación del autor.

El catálogo de medidas de seguridad se contempla en el art. 96 CP, que comprende, por ejemplo, el internamiento en centro psiquiátrico o de deshabitación, pero también medidas no privativas de libertad como la inhabilitación profesional o la libertad vigilada. Pueden imponerse tanto en casos de inimputabilidad (eximente completa) como en los casos de la llamada semiimputabilidad (eximente incompleta). En los art. 101 y siguientes se recoge el régimen de aplicación de las medidas de seguridad en función de cuál haya sido la causa de inimputabilidad concurrente.

b. Anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio: art. 20.1º CP

Art. 20.1º:

Están exentos de responsabilidad criminal: 1. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

Se emplea en el Código penal una fórmula mixta en la que se atiende a dos elementos:

- Presupuesto: anomalía o alteración psíquica
- Efecto (psicológico): incapacidad para comprender la ilicitud del hecho o comportarse conforme a esa comprensión. Si no se da esa incapacidad, pero sí una disminución relevante podrá apreciarse una eximente incompleta.

Al amparo de la regulación legal, se mantiene una concepción amplia de las causas de la perturbación psíquica, que pueden ser endógenas o exógenas, permanentes o transitorias.

6. Con independencia de que ha de probarse en el caso concreto el efecto de incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o de conducirse conforme a ese entendimiento, consulta la bibliografía sobre la materia y pronúnciate sobre la posibilidad de apreciar la eximente en los siguientes casos de anomalía psíquica:

- a. Psicosis (esquizofrenias)
- b. Oligofrenias

- c. Neurosis
- d. Psicopatías

Dentro de los supuestos de inimputabilidad comprendidos en el art. 20.1 se incluye el **trastorno mental transitorio**, al que se alude expresamente en su párrafo 2º. Esa mención confirma que la inimputabilidad puede deberse a una perturbación puntual de las facultades mentales del sujeto, más o menos larga, pero de breve duración. El origen de la perturbación puede ser patológico o no, endógeno o exógeno.

c. Intoxicación plena, síndrome de abstinencia y grave adicción

Artículo 20.2 CP:

El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión

El Código penal recoge expresamente la afectación de la imputabilidad debida al consumo de drogas. Así, el Código penal habla de:

Intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos (art. 20.2 CP). Si la intoxicación no es plena, podría aplicarse la **eximente incompleta** (art. 21.1 CP). Esta eximente hoy en día podría ser perfectamente subsumible en el trastorno mental del art. 20.1, dada su amplia interpretación actual. Sin embargo, cuando se introdujo la eximente de enajenación y trastorno mental estaba reservada para supuestos de enfermedades mentales de causas endógenas.

7. A ingiere una pastilla que le ha proporcionado B bajo la promesa de le hará alucinar como nunca. A los 10 minutos de tomar la pastilla, A, fan de la serie "True Blood", comienza a sentir que la gente que está con él en la discoteca quiere morderle y comienza a golpear a diestro y siniestro, lesionando a dos clientes del local. ¿Responde A de las lesiones causadas?

El síndrome de abstinencia (síntomas que se producen por el abandono de la sustancia psicoactiva). Dependiendo de la merma de las capacidades intelectivas y volitivas que conlleva, se aplicará como eximente completa (art. 20.2), lo cual es bastante raro (el Tribunal Supremo no la ha aplicado nunca como eximente completa), o como eximente incompleta (art. 21.1 CP)

8. A, persona dependiente del alcohol que lleva 72h sin consumir, sufre un *delirium tremens* en su tercera fase (la más peligrosa). Durante este episodio sufre alucinaciones consistentes en que salen cientos de insectos de una maceta de la habitación del hospital donde está ingresado. Presa del pánico arroja la maceta por la ventana, causando graves daños en el coche aparcado bajo la ventana. ¿Respondería penalmente de los daños causados?

Grave adicción. Por último, aunque ya lo veremos en la lección dedicada a las atenuantes, el art. 21.2 CP consagra como atenuante “la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el nº 2 del artículo anterior”. No es necesario que actúe bajo los efectos de las drogas (intoxicación plena o no plena), sino que su toxicomanía sea la causa impulsiva que lleva al delito. Hay quien exige que afecte a la capacidad cognitiva y volitiva del sujeto, es decir, a su imputabilidad. Sin embargo, hay quien fundamenta el efecto atenuante no en la alteración de la capacidad para motivarse conforme a la norma, ni en una dificultad de conocimiento para adecuar el querer a los requerimientos normativos, sino en la presencia de circunstancias que determinan la anormalidad del proceso motivador, situándola más bien en el nivel de la exigibilidad.

9. A, consumidor de larga duración de heroína, sustrae el dinero del bolso de una señora para comprar la droga que necesita para no sufrir un síndrome de abstinencia. ¿Se le aplicaría la atenuante 21.2 CP?

A veces, el consumo prolongado de drogas produce un **deterioro permanente de las facultades mentales del sujeto**. En estos casos el sujeto puede actuar con sus facultades mentales alteradas aunque no esté bajo los efectos de la droga. Estos supuestos han de ser analizados desde la perspectiva de la enfermedad mental o el trastorno mental transitorio.

Ej. A, a causa del consumo de cocaína y de drogas de diseño durante años, sufre frecuentes brotes psicóticos. Durante uno de estos brotes, agrede a B con un palo porque pensaba que le quería matar.

10. Consulta los art. 101 y ss. CP y argumenta si en los siguientes supuestos cabe apreciar una eximente o atenuante de inimputabilidad y, en su caso, aplicar una medida de seguridad (privativa o no de libertad).

- a. Un hombre armado con una pistola irrumpió en una parroquia del distrito madrileño de Ciudad Lineal y mató a una mujer embarazada. Tras ser detenido, manifestó que esa mujer llevaba al diablo en su vientre y por eso la mató.
- b. Juan presenta un retraso mental leve con un coeficiente intelectual del 75% de la media. Tras consumir unas cervezas se dirige a recoger su coche para volver a casa. Sentados encima del coche hay una pandilla de jóvenes a los que Juan comienza a golpear mientras grita que están abollando el capó.
- c. A y B son pareja y consumidores habituales de cocaína. El sábado, tras haber consumido cocaína a lo largo de la noche, A apuñaló a B. A la mañana siguiente llama a la policía, manifestándoles que hay un cadáver en su casa y que no se acuerda de nada de lo ocurrido.
- d. A no tiene costumbre de beber, pero en la celebración de Navidad de su empresa se bebe cuatro gin-tonic, presentando claros síntomas de ebriedad. En ese estado comienza a insultar y pegar a un compañero con el que mantiene desde hace tiempo una enemistad por considerar que había ascendido a su costa.
- e. A atraca un estanco para obtener dinero con el que comprar las dosis de heroína correspondientes a la semana. A, de 30 años de edad, es consumidor de heroína desde los 22.

d. Alteración de la percepción

Artículo 20.3 CP

El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad"

Esta eximente contempla una causa de inimputabilidad basada en la deficiente relación con el mundo exterior, que impide comprender adecuadamente el sentido de sus actos. En principio, contempla situaciones de origen biológico (alteración en la percepción) que provocan un efecto psicológico (alteración grave de la conciencia de la realidad). Su ámbito de aplicación característico son situaciones de ceguera, sordomudez, ceguera y sordomudez o autismo desde la infancia. En consonancia, el art. 103 prevé expresamente como posible medida de seguridad el internamiento en centro educativo especial.

Se trata de una eximente de muy rara aplicación.

Para muchos autores y algunas resoluciones jurisprudenciales, esta eximente podría tener una eficacia más amplia, y necesaria, si se incluyera bajo su tenor los casos de subdesarrollo cultural profundo.

11. ¿Incluirías aquí los casos de alteración en la percepción por una deficiente socialización?

e. Actio libera in causa

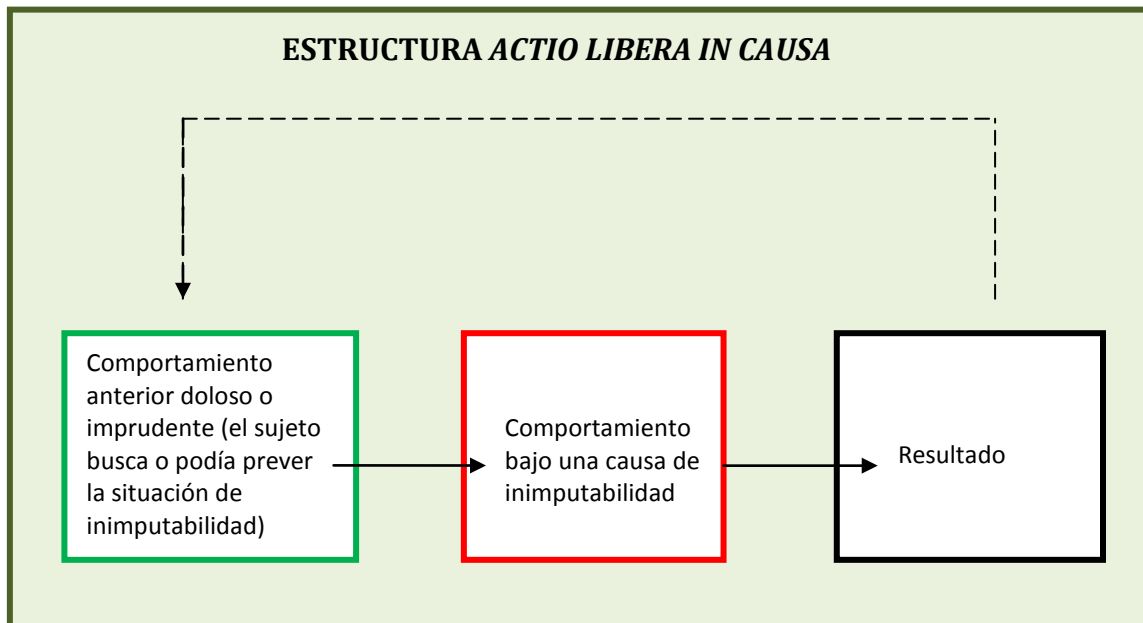
La mención expresa al trastorno mental transitorio en el art. 20.1 CP se hace para declarar que no cabe la exención si fue provocado por el sujeto. Del mismo modo en las modalidades de trastorno mental transitorio vinculadas al consumo de tóxicos, drogas y alcohol recogidas en el art. 20.2° CP, se especifica que sólo se exonera si el estado no ha sido buscado por el sujeto con el propósito de cometer la infracción o habiendo previsto o debido prever su comisión.

Se alude aquí a la figura de la *actio libera in causa*, esto es, situaciones en las que en el momento de actuar el sujeto era inimputable, pero en un momento previo (*actio libera*) el sujeto se coloca en esa situación dolosa o imprudentemente previendo o buscando la realización de la acción típica. Esta figura abarca tanto situaciones de provocación dolosa de la situación de inimputabilidad como de provocación imprudente donde al menos era previsible la realización de un delito.

Cabe distinguir las siguientes situaciones:

1. El sujeto busca la situación de trastorno con el fin de cometer el delito → responsabilidad a título de dolo
2. El sujeto no busca la situación para cometer el delito, pero ha previsto que en ese estado podría cometerlo → responsabilidad a título de dolo (eventual) o de imprudencia consciente
3. El sujeto no persigue la situación para cometer el delito, pero debía haber previsto que podría realizarlo en esa situación → responsabilidad a título de imprudencia

12. Plantea cuatro ejemplos que reflejen cada una de las posibilidades anteriores.



3. Indicaciones básicas sobre el tema “error de prohibición”

El conocimiento de la antijuridicidad constituye el presupuesto intelectual por excelencia de la actuación culpable. Sólo quien conoce la prohibición puede barajar la norma como elemento fundamentador de su actuación, como mejor razón a la hora de orientar su conducta. No es necesario que el conocimiento se refiera al contenido exacto del precepto penal, sino que basta con que el sujeto tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido.

Si falta esa conciencia de la antijuridicidad, nos encontramos ante un error de prohibición. A diferencia del error de tipo, en el que el sujeto yerra sobre los elementos objetivos del tipo, sean descriptivos o normativos, el error de prohibición se produce cuando el sujeto sabe lo que está haciendo, pero cree que actúa lícitamente, ignorando la prohibición del hecho.

13. ¿Sobre qué se equivoca el sujeto en los siguientes supuestos? ¿Ante qué tipo de error nos encontramos?

- a. A ha adquirido CDs pensando que son originales, pues se trata de copias de gran calidad. En realidad son pirateados. A los vende en el “top manta” pensando que son originales (art. 623.5 CP).
- b. A vende en el “top manta” CDs sabiendo que se trata de copias pirateadas, pero piensa que se trata de una actividad comercial lícita (art. 623.5 CP).
- c. A caza un águila real pensando que es un cuervo (art. 334 CP).

- d. A caza un águila real porque se la ha encargado un coleccionista. Piensa que esta conducta está permitida porque recuerda como su abuelo cazaba águilas. No sabe que existe el art. 334 CP.
- e. El cazador A dispara contra algo que se mueve entre unas matas en la creencia de que se trata de un conejo, cuando en realidad se trataba de otro cazador.
- f. A, proveniente de un país donde la venta de drogas “blandas” no es delito, proporciona a X cinco gramos de hachís a cambio de una determinada cantidad de dinero (art. 368 CP).
- g. A, profesor de Derecho penal, decide hacer una excursión por la montaña y se dedica a recoger plantas para el herbolario que tiene que hacer su hijo, ignorando que entre ellas hay una especie protegida (art. 332 CP).
- h. A es fiel seguidor de la vieja escuela en materia de educación infantil y considera que como maestro puede infligir castigos corporales moderados a sus alumnos.

Se distingue habitualmente como clases de error de prohibición entre error de prohibición directo: error sobre la existencia de una norma prohibitiva; error de prohibición indirecto: error sobre la existencia o límites de una norma permisiva o causa de justificación; y, en su caso, error sobre los presupuestos de una causa de justificación, que sería otra modalidad de error de prohibición indirecto.

14. Repasa los supuestos anteriores y califica los errores de prohibición.

Los **efectos del error de prohibición** varían en función de la posición de partida sobre la sistemática del delito y, sobre todo, del lugar donde se ubique el dolo. No obstante, si tenemos presente la actual regulación del art. 14.3 CP, parece claro que nos encontramos ante una error que limita sus efectos al nivel de la culpabilidad sin afectar al dolo. En concreto, si el error de prohibición es invencible, se excluye la responsabilidad porque falta la conciencia de la antijuridicidad, elemento de la culpabilidad. Y si el error es vencible, no decae la culpabilidad del sujeto, sólo se ve aminorada, y por ello se prevé la imposición de la pena inferior en uno o dos grados.

Para determinar la **vencibilidad** del error se acude a los criterios señalados para el error de tipo, pero adaptados a la peculiar naturaleza del conocimiento de la antijuridicidad, ya que muchas veces supone unos conocimientos específicos que sólo se dan en profesionales. De modo que será relevante la obligación especial de informarse sobre la licitud del hacer y se satisfarán los requisitos de diligencia cuando, por ejemplo, se haya acudido a un profesional acreditado. Así, en materia tributaria, el asesor fiscal tiene unos conocimientos que le permiten determinar el carácter fraudulento o no de determinadas operaciones, lo que no está al alcance del ciudadano medio. Si un ciudadano se dirige a un experto fiscal para que le asesore, habrá actuado diligentemente, de modo que podrá alegar un error de prohibición si finalmente ignoraba el carácter fraudulento de sus operaciones.

4. Indicaciones básicas sobre el tema “Exculpación penal”

a. Introducción al concepto de “exculpación penal”

La exculpación penal alude a supuestos en los que el sujeto no puede cumplir la norma a pesar de ser imputable y conocer la prohibición debido a las circunstancias excepcionales en que actúa. En este caso el no cumplimiento de la norma no se debe ni a un defecto en las facultades mentales del sujeto ni a un defecto de conocimiento, sino a la presión que ejercen las circunstancias. Por ejemplo, A, sujeto imputable y que conoce la prohibición de matar, es amenazado por un grupo terrorista con matar a su hijo de nueve años si no mata al presidente.

El concepto clásico de (in)exigibilidad como tercer elemento de la culpabilidad recoge la idea de que el ordenamiento no puede exigir realizar acciones heroicas, que cualquiera hubiera ejecutado en el lugar del autor, y, por ello, esas acciones a pesar de ser acciones típicas y antijurídicas no son acciones culpables.

En el ordenamiento penal español se considera de forma predominante que el miedo insuperable es una causa de exculpación. Asimismo un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia, al menos nominalmente, estiman que también es una causa de exculpación y no una causa de justificación el estado de necesidad cuando se evita un mal de igual valor al causado.

Sobre el estado de necesidad ya hemos tenido ocasión de hablar, por eso nos centraremos en la eximente de miedo insuperable.

b. Miedo insuperable

Se trata de una eximente de la responsabilidad criminal que, conforme al tenor literal del art. 20.6º CP, sólo requiere la actuación bajo el impulso de un miedo insuperable. Ese dato conduce en un primer vistazo a ver el miedo insuperable como un supuesto de inimputabilidad, en concreto, como un trastorno mental transitorio, donde el sujeto está perturbado psíquicamente. Sin embargo, esa comprensión dejaría vacía de contenido a esta eximente, por lo que tanto la jurisprudencia más reciente como la doctrina optan por conferirle otro ámbito de aplicación vinculado a la idea de inexigibilidad y de anormalidad en la motivación por la norma debida a las circunstancias en que se realiza la conducta.

A pesar del lacónico tenor literal de la eximente, el Tribunal Supremo vincula la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable a una serie de requisitos que se pueden agrupar en torno a los tres elementos: miedo, mal e insuperabilidad. Se exige:

a) La presencia de un temor o **miedo**.

b) Que el miedo esté inspirado en la amenaza de un **mal** real, inminente, serio y grave.

c) Que el miedo sea **insuperable**, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas.

d) Que el miedo sea el único móvil de la acción.

Los límites entre la eximente, la semieximente y la atenuante analógica de miedo insuperable son trazados en función de la intensidad de la capacidad de elección del sujeto. Para aplicar la eximente incompleta basta la presencia de un temor inspirado en un hecho real, efectivo y acreditado, cuya intensidad corresponde a una disminución notable de la capacidad electiva, pudiendo faltar la insuperabilidad –equiparada a la imposibilidad de una conducta distinta–. La atenuante analógica quedaría reservada para casos en los que el miedo ni siquiera alcanza el nivel de menoscabo notable de la capacidad de elección.

15. Lee los siguientes supuestos y argumenta la posibilidad de aplicar alguna de las eximentes que conoces.

- a. Un chico y una chica con estética punk fueron abordados por un grupo de seis amigos, que mostraron una actitud agresiva, realizando comentarios despectivos sobre la vestimenta de aquéllos. Dos de los miembros del grupo acometieron imprevista e inmotivadamente al chico, momento en que éste, viéndose acorralado y temiendo por su vida, sacó en actitud defensiva una navaja de unos 8 cm. de largo, que utilizaba para las tareas del campo, ante lo cual los sujetos agresores se apartaron. No obstante, en ese momento el chico les acometió y propinó dos puñaladas a uno de los acosadores, causándole la muerte.
- b. Un camarero rumano accedió a colaborar en la operación de “doblar” tarjetas de crédito entregadas por los clientes, porque, ante su rechazo inicial, fue presionado por compatriotas suyos mediante la exhibición de fotografías de su familia y la indicación de que la tenían controlada.
- c. El 12 de julio el marido de la acusada había aparecido muerto en una cuneta en Cartagena de Indias a consecuencia de más de dos tiros disparados contra el mismo, recibiendo la viuda en el sepelio la visita de unas personas que le exigieron la realización de un viaje a España portando droga como único medio de evitar que violaran y mataran a su hija de diez años de edad y posteriormente acabarían con la vida de su hijo de cuatro años. La acusada accedió a efectuar el viaje, que realizó el día 31 de julio.

El papel de la eximente de miedo insuperable es, en gran medida, el de una eximente supletoria, con una función de recogida. Así ocurre en la práctica, donde se emplea como cláusula residual para acomodar supuestos próximos a otras eximentes, si bien finalmente no encajan en sus márgenes, como, por ejemplo, supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa o de solución de un conflicto de intereses sin acomodarse a los requisitos de subsidiariedad y ponderación de males propios del estado de necesidad.

III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto y práctica jurisprudencial

En esta lección te proponemos a modo de caso resuelto los fundamentos jurídicos de una sentencia que versa sobre un supuesto de error de prohibición: caso de las relaciones sexuales con una menor de 13 años. Al final se plantean diversas preguntas al respecto

SAP Castellón núm. 356/2011, de 24 de octubre.

HECHOS PROBADOS

“El procesado, Landelino , nacido el 19 de julio de 1987 y sin antecedentes penales, mantiene una relación de pareja con Lidia , nacida en fecha 19 de julio de 1994, desde que la misma contaba con la edad de 12 años, en el curso de la cual mantuvieron relaciones sexuales entre ambos que han sido libres, voluntarias y consentidas en todo momento, habiendo nacido fruto de dicha relación la única hija de la pareja en fecha 18 de noviembre de 2007.

El procesado desconocía que mantener relaciones sexuales con una menor de trece años fuese delito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-(...)

El procesado declaró en el plenario, en términos similares a lo que había manifestado en la indagatoria practicada en la instancia, que se conocieron en Rumania hace unos cinco años cuando Lidia tenía 12 años y él 19; que antes de cumplir ella trece años mantuvieron relaciones sexuales, consentidas por ambos; que si bien llegó a España en 2001 y ha trabajado en la recogida de naranja desconocía, hasta que se lo dijeron en Servicios Sociales, que mantener relaciones sexuales con una menor de trece años constituye delito; que el hecho de que en su primera declaración manifestara en sede judicial que sí sabía que esto era delito se debe a que antes ya se lo habían comentado las trabajadoras sociales; que pertenecen a la etnia gitana rumana y a los 17 años de edad ya tuvo otro hijo de una relación anterior; que tuvieron la hija hace cuatro años, cuando Lidia tenía trece años, y ambos cuidan de la misma junto con su familia.

La citada menor, que en la actualidad cuenta con 17 años de edad, asimismo declaró que se conocieron en Rumania cuando tenía 12 años y poco tiempo después de iniciar la relación con el procesado se trasladó a España; que no es extraño tener relaciones a esa edad en la comunidad gitana de su país; que no sabía que en España no está permitido.

También en el plenario la trabajadora social Elsa afirmó que " Lidia no está arrepentida de querer tener un hijo,...de la situación, sino que estaba bien", y que igualmente "*les advirtieron de que esa relación podía ser constitutiva de delito en*

España", siendo entonces la reacción de ambos como "que no lo sabían, que no eran conscientes,...vivían una situación normal".

Por otro lado, consta en el expediente instruido al efecto por la Conselleria de Bienestar Social que Landelino y Lidia viven como pareja desde primeros de 2007 en casa de los padres de él, cuya situación se ha producido con el consentimiento de los padres de Lidia, puesto que el padre de ésta permitió que con 12 años se quedara en España para convivir con Landelino, al tiempo que los padres de este último han permitido que sus hijos convivan con sus parejas en edades muy tempranas.

SEGUNDO.-Constituye hoy una tesis pacífica (STS 14 diciembre 2007) que la culpabilidad integra como uno de sus elementos la conciencia de antijuridicidad, de lo que deriva que, cuando el sujeto actúa creyendo que su comportamiento es adecuado a Derecho, el mismo no le es personalmente reprochable, aunque sea antijurídico. De ahí que el art. 14.3 CP exima de responsabilidad penal cuando se estime que concurre un error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto. Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo.

Asimismo declara la jurisprudencia (STS 18 abril 2006) que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aún cuando concorra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Como señala la STS 10 mayo 2005, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y como recuerdan las SSTS 15 enero 2003 y 28 junio 2004 la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS 14 noviembre 2003 declara que el error de prohibición consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera

significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 CP .

También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (SSTS 22 marzo 2001 , 27 febrero 2003), afirma reiteradamente que *"no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas"*(SSTS 11 marzo 1996 , 3 abril 1998), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es *"notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada"*(STS 26 mayo 1987).

Por otro lado, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (STS 29 noviembre 1994), de la misma manera y en otras palabras (STS 17 abril 1995) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de anijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En definitiva, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis, nos dice la STS 27 febrero 2003, debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento. No obstante, para el juicio de la vencibilidad (o excusabilidad) o invencibilidad (o inexcusabilidad) del error, hay que evitar, ante todo, que por un apego radical a la literalidad del concepto de invencibilidad -equiparándolo a absolutamente insuperable o irresistible- haga realmente difícil imaginar una situación a la que pudiera aplicarse.

Se trata, en efecto, de comprobar si el error en que incurrió el procesado hubiera podido superarse empleando una diligencia objetiva y subjetivamente exigible. Para ello habrá de tenerse en cuenta la apariencia de legalidad de la conducta. Sucede que en aquellos delitos denominados naturales, que reprueban la práctica totalidad de las culturas o cuya ilicitud puede considerarse notoria en un círculo cultural determinado, resulta muy difícil apreciar la invencibilidad y aún el

error mismo de prohibición. Otras veces, los medios de comunicación social se encargan de generalizar la ilicitud de otros comportamientos delictivos respecto de cuya nocividad la sociedad no está tan sensibilizada. Esta suerte de notoriedad en sentido amplio facilita un conocimiento que asimila estos casos al de los más característicos delitos naturales.

A las circunstancias objetivas indicadas han de sumarse las subjetivas del agente: entran en juego sus conocimientos personales, su nivel de desarrollo personal y las pautas que rigen en su entorno cultural en caso de tratarse de personas extranjeras. Esto es, la vencibilidad del error.

TERCERO.-Para la defensa, el procesado ni siquiera duda de que su comportamiento pudiera ser ilícito. Estima que el error sobre el significado de su conducta en referencia a su antijuridicidad era invencible. Nada se discute sobre el bien jurídico protegido en el delito imputado. Ni sobre la concurrencia del elemento típico de ser la supuesta víctima menor de edad de trece años, así como que tal dato era conocido por el acusado. Ni tampoco se discute que el consentimiento de la menor de trece años no obsta la concurrencia de todos los elementos del tipo.

Ahora bien, centrado el debate en la cuestión del error de prohibición, es necesario delimitar, como señala STS 14 diciembre 2007 , dos cuestiones bien diversas: a) la existencia, o no, de error en el sujeto activo respecto a la trascendencia jurídico penal del hecho de mantener relaciones sexuales con persona menor de la edad de trece años; y b) cual sea la valoración que merezca ese eventual error en lo que concierne a las posibilidades de ser eliminado por el autor, es decir, a si el mismo era o no vencible.

La primera cuestión constituye un dato empírico, cuya veracidad o falsedad ha de establecerse en función del resultado de la actividad probatoria en el proceso. El segundo consiste en un juicio de valor, por más que sea tributario de datos fácticos.

En este caso, la afirmación básica del silogismo asumido por el Ministerio Fiscal es que, si la ilicitud del trato sexual entre adultos y niñas de edad tan escasa como la de doce años cuya capacidad de discernimiento todavía no se encuentra mínimamente formada es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general, resulta extraño que el procesado no supiera que está penado ese tipo de relaciones en nuestro país, cuando reside en España desde 2001 y la relación con la menor no empieza hasta 2006, después de haber ido, además, a la escuela y de relacionarse con gente en el trabajo. Y luego acude al análisis de las circunstancias del caso concreto para concluir que el carácter residual del error, unido a la excepcionalidad y requisitos de prueba del mismo, no toleran que se invoque dicho error, denominado de prohibición, sobre todo teniendo en cuenta que en su primera declaración judicial manifestó el procesado que sí sabía que era delito.

Pues bien, lo primero no es aceptable acriticamente y sin matices porque la delimitación en la frontera de los trece años para acotar la relevancia del consentimiento que excluye la antijuridicidad tipificada en las relaciones sexuales ha sido señalada en tiempo relativamente reciente. Solamente una persona especialmente avisada puede saber que la frontera pasó de los doce a los trece años con ocasión de la Ley Orgánica 11/1999. En cuanto a lo segundo, sin perjuicio de haber declarado el procesado tanto en la indagatoria como en el plenario que en

modo alguno era conecedor de que tales relaciones fuesen delictivas, aclaró en el acto del juicio que aquella primera declaración en sede judicial es consecuencia de que tiempo antes ya le habían informado en Servicios Sociales que estos hechos podrían ser considerados por la legislación española como delito; y en ese sentido, la trabajadora social que ha comparecido en calidad de testigo reconoció haber efectuado tal advertencia al procesado, afirmando que éste no era hasta esa fecha consciente de ello. A lo que caber añadir que el procesado había tenido con diecisiete años otro hijo de una relación anterior, que la menor se encontraba a escasos meses de los trece años de edad, así como la realidad social vivida por acusado y víctima, los dos pertenecientes a la comunidad rumana gitana, a una cultura que permite y consiente las relaciones a esas edades. Es pues harto creíble que el procesado pudiera pensar que su comportamiento era lícito.

Ese error era, además, invencible. No se trata ahora de establecer si el comportamiento del procesado satisface o no las exigencias del tipo del art. 181.2 CP. Ello es indudable. Ni siquiera ha sido cuestionado. De lo que se trata es de la valoración de si, pese a ello, el procesado no debe ser considerado culpable por razón de tal conducta. Porque el error de prohibición, estimamos, excluye tal culpabilidad, cuando es invencible. Es decir, debemos concluir que no es culpable cuando no pudo haber tenido la conciencia de que su comportamiento era antijurídico. Obviamente, en sentido diverso del error de subsunción. Y tal exculpación ocurre porque, como indica la doctrina, situado en tal error invencible el sujeto no puede considerarse motivado por tal norma.

Al respecto, la cuestión de la evitabilidad no pasa solamente, y, desde luego, no en este caso, por la existencia de posibilidades de conocer la reprobación que la norma, la actual al tiempo del hecho, hace de su comportamiento. Pasa, antes incluso, por la consideración acerca de si el sujeto tenía o no razones para cuestionarse, primero, e indagar, después, la eventual consideración de su acción como contraria a Derecho, con independencia de la identificación de la precisa norma al respecto. Para lo cual es imprescindible una reflexión sobre las específicas circunstancias del caso concreto, sin que, por ello, sea suficiente acudir a estándares generalizadores. De lo que se trata es de valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. Al efecto no parece razonable una exacerbación objetiva en clave de inderogable exigencia del deber de examinar el propio deber según el Derecho. Como no es aceptable la laxitud de una absoluta subjetivización. Y de todo ello, aun sin que pueda hablarse de una deficiente socialización por parte del sujeto, que relegue la norma prohibitiva a espacios, para él, de exotismo normativo, se deriva, en el entender de este Tribunal, que, el procesado, dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, no solamente estaba incurrido en error, sino que ni siquiera tenía motivos objetivos para dudar y, por ello, tal error, ausente de todo aviso, era para él invencible.

Por tanto, concurre en el procesado un error invencible de prohibición, procediendo por ello, su libre absolución”.

1. ¿Qué efectos atribuye el Tribunal al error de prohibición?
2. ¿Qué clases de error de prohibición distingue? ¿Qué se incluye dentro del error de prohibición indirecto?
3. ¿Qué rasgos tiene que presentar el conocimiento de la antijuridicidad? ¿Es preciso que el sujeto conozca exactamente el precepto en el que se contempla la conducta y esté de acuerdo con la prohibición para afirmar la conciencia de la antijuridicidad?
4. ¿Cómo se evalúa la vencibilidad o invencibilidad del error?
5. ¿Cuál fue la decisión del Tribunal en este caso?

2. Casos para resolver

a. Inimputabilidad: caso de los golpes a la tía

El día 17 de noviembre de 2008, sobre las 14 horas, la procesada Vanesa, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, estaba en el domicilio de su tía, Apolonia, sito en la CALLE000 , NUM000, NUM001 NUM003, de la ciudad de Ferrol. Vanesa acudía allí prácticamente a diario para acompañar y atender a Apolonia. Cuando las dos estaban en la sala, Apolonia tuvo que levantarse para coger el teléfono que estaba en el pasillo, momento en el que, sin causa aparente para ello, Vanesa cogió un pesado cenicero de vidrio y la golpeó en la cabeza aprovechando que estaba de espaldas y no podía verla, asestándole más golpes en esa parte del cuerpo mientras caía y cuando estaba en el suelo. La finalidad de Vanesa era la de causar la muerte de Apolonia, quien contaba ochenta años de edad en esa fecha.

Como consecuencia de estos hechos, Apolonia resultó con traumatismo craneoencefálico y múltiples heridas. Tardó ciento ochenta días en curar, de los que cincuenta y ocho fueron de ingreso hospitalario, precisando para su restablecimiento tratamiento médico y rehabilitación. Como secuelas le quedaron síndrome postconmocional, cicatrices en varias partes del cuero cabelludo que ocasionan un perjuicio estético ligero y material de osteosíntesis craneal.

Vanesa había estado bajo tratamiento psiquiátrico entre los años 1997 y 2007 por padecer un cuadro psicótico-disociativo con comportamientos autoagresivos. En la fecha en la que ocurrieron los hechos su estado era de un empeoramiento progresivo debido al abandono del tratamiento y a acontecimientos vitales estresantes, presentando un cuadro de trastorno de identidad disociativo. En ese momento su conocimiento y voluntad estaban sumamente restringidos, careciendo de control sobre su otra personalidad, lo que le limitaba en gran medida su capacidad para conocer el contenido y el alcance de sus actos.

Califica jurídicamente la conducta de Vanesa.

b. Imputabilidad: caso de los atentados en Oslo

El 22 de julio de 2011, Anders Breivik mató a 77 personas en un doble atentado perpetrado en Oslo y sus alrededores. Una de las cuestiones centrales del caso, versa sobre si **Anders Breivik** sufría un trastorno mental que anula o limita su responsabilidad penal cuando mató a esas personas.

Más información:

<http://www.lavanguardia.com/internacional/20111129/54238641670/psiquiatras-green-breivik-sufria-enajenacion-mental-cuando-cometio-atentados-oslo.html>
<http://www.lavanguardia.com/internacional/20120410/54283913421/informe-psiquiatrico-concluye-breivik-responsable.html>
http://internacional.elpais.com/internacional/2011/11/29/actualidad/1322570544_162886.html

En abril de 2012 tuvo lugar el juicio contra Anders Breivik. Al tiempo de editar estos materiales no se había conocido la sentencia. Averigua qué decidió la resolución judicial respecto a la eventual inimputabilidad del autor durante los hechos. ¿Qué consecuencias penales tendría su conducta conforme al Código penal español?

c. Error de prohibición: caso de la ablación del clítoris

Probado y así se declara que en fecha 21 de mayo de 2009 nació en la República de Gambia Erica, hija de los procesados Abilio y Eva María. El día 4 de septiembre de 2009 Eva María y su hija Erica entraron legalmente en territorio español donde se hallaba ya residiendo el Sr. Abilio desde hacía diez años, fijando el domicilio familiar en el término municipal de Alcañiz (Teruel). Ninguno de los tres ha realizado viaje alguno a país extranjero desde esta fecha, permaneciendo desde entonces en territorio español.

En fecha no concretada pero comprendida entre los días 20 de noviembre de 2009 y 25 de mayo de 2010, los procesados, puestos de común acuerdo bien directamente o bien a través de persona de identidad desconocida pero contribuyendo eficazmente a tal fin, extirparon el clítoris de la menor motivados por sus creencias religiosas y culturales.

Como consecuencia de estos hechos Erica resultó con lesiones consistentes en amputación de clítoris con cicatriz lineal con secuelas en su capacidad sexual, no imposibilitando la relación sexual pero sí alterando el placer sexual

Abilio llevaba residiendo en España 10 años, teniendo un perfecto conocimiento del idioma y relación con personas ajenas a su nacionalidad. Eva María llevaba residiendo sólo unos meses en España y tenía en el momento de los hechos un desconocimiento completo del castellano (y sigue teniéndolo) y su única forma de desenvolverse en este país - totalmente ajeno para ella- era mediante su introducción en el grupo cerrado de sus compatriotas gambianos residentes en su localidad ”.

Hechos tomados de la Sentencia num. 12/2011 de la Audiencia Provincial de Teruel del 15/11/2011.

¿Responden Abilio y Eva María por un delito de mutilación genital previsto en el art. 149.2 CP?

d. Causas de justificación y causas de exculpación: el caso del sueño interrumpido

Sobre la una del 4 de junio de 2000, Claudio y otra persona irrumpieron en la vivienda sita en el piso bajo que habitaban Gerardo y Amparo, quienes se encontraban durmiendo, rompiendo, de una patada, la hoja inferior de cristal de la puerta de acceso.

Ya dentro, golpearon a la mujer, y, en una penumbra consecuencia de la falta de luz eléctrica, que sólo recibía indirectamente la vivienda de la que alumbraba un patio contiguo, se enzarzaron en un intercambio de golpes Gerardo y Claudio. Gerardo,

semivestido y descalzo, salido bruscamente del sueño y sorprendido por la inesperada presencia de los dos hombres, temiendo –por él o por su compañera, o por ambos– sufrir lesiones graves y aun mortales, dada la confusión del momento, echó mano a un cuchillo de cocina que encontró en la habitación, y asestó a Claudio, con ánimo de matarlo o indiferente a la probabilidad de que Claudio pudiera fallecer, cuatro cuchilladas. Como consecuencia de ellas, Claudio sufrió diversas heridas que hubieran sido mortales de no haber sido intervenido quirúrgicamente de inmediato.

¿Responde Gerardo por un delito intentado de homicidio? Para responder a esta pregunta habrá que analizar la posibilidad de aplicar una causa de justificación o una de exculpación.

e. Causas de justificación y causas de exculpación: el caso del ataque en la calle Barquillo

El día uno de diciembre de 1996, sobre las 5.30 horas cuando Rafael B. B. de 21 años de edad, conocido como el “H.”, sin antecedentes penales, salía del pub “Big Bamboo” sito en la calle Barquillo núm. ... de esta capital, en unión de Valle F. C., de 18 años, vistiendo prendas de estética punki, aparecieron en el lugar un grupo de seis amigos compuesto por: Angel Luis C. R., Roberto Daniel I. P., Alfonso Roberto G. C. y José Antonio J. V., que iban en tres grupos muy cercanos unos de otros, los cuales habían estado en varios locales de la zona consumiendo alcohol, mostrando una actitud agresiva y realizando comentarios despectivos sobre la vestimenta de Rafael y Valle tales como “mira a los cerdos éstos” frase que fue proferida por Alberto G. o Roberto Daniel I., tras lo cual imprevista e inmotivadamente, pasaron a acometer éstos a Rafael B. con golpes, patadas y empujones, uniéndose a ellos dos o tres amigos más, intentando Valle evitar la agresión, momento en que fue sujeta por el cuello y apartada del lugar por una o dos personas del otro grupo, agrediendo mutuamente, soltando a Valle y rodeando todos a Rafael, momento en que éste, temiendo por su vida, y en actitud defensiva sacó una navaja de unos 8 cm de largo, que utilizaba habitualmente para las tareas del campo en la población donde vive, en Roda de Isábena (Huesca), y propinando con la misma dos puñaladas a Roberto, una en el reborde costal izquierdo y otra en la región inguinal derecha que penetró en la pelvis, lesionó el peritoneo y seccionó la arteria y vena epigástrica, siendo esta segunda puñalada muy grave, ya que si no se hubiera intervenido quirúrgicamente le hubiera podido producir la muerte; asimismo le asestó a Alberto una puñalada a la altura de la séptima costilla izquierda, que penetró en la pared posterior, lo que originó una hemorragia que produjo un shock hipovolémico, que si bien permitió a éste andar unos metros, provocó que cayera desplomado al suelo, muriendo a consecuencia de las heridas mientras era trasladado en la ambulancia. Roberto I. requirió para alcanzar la sanidad intervención quirúrgica, estando incapacitado para sus obligaciones habituales durante 40 días, quedándole como secuelas dos cicatrices, una en el reborde costal izquierdo y otra en región inguinal derecha que se prolonga con cicatriz quirúrgica.

Analiza jurídico-penalmente los hechos narrados, determinando razonadamente si Rafael es o no penalmente responsable de los resultados causados. ¿Podría jugar en este caso algún papel la eximente de miedo insuperable?

f. Miedo insuperable: caso de los abusos sexuales

Declaramos probado que el acusado Demetrio, mayor de edad y condenado en sentencia firme de 27 de octubre de 1995 a la pena de seis años y un día de prisión mayor por un delito de detención ilegal y a la pena de dos años de prisión por un delito de lesiones, entre los años 2003 y 2008 convivía juntamente con su esposa, la también acusada Tatiana, mayor de edad y sin antecedentes penales, y los hijos comunes menores de edad, el mayor de los cuales era Celsa, nacida el día 16 de enero de 1991, a quien el acusado Demetrio mantenía prácticamente encerrada dentro del domicilio familiar, ocupándola en la crianza de sus hermanos menores, imponiéndole incluso los patrones de vestir e impidiéndole, bajo amenazas de matarla a ella y a su madre, toda salida de aquel recinto domiciliario, incluso para continuar sus estudios a partir del momento en que cumplió los doce años, cuando le impidió seguir acudiendo al centro docente, o para reunirse o comunicarse con sus amigas, controlándole el tiempo de que disponía para realizar alguna compra, cuando puntualmente era autorizada a salir del domicilio, llegando en varias ocasiones a darle bofetadas y, en otras, a golpearla con una vara de madera y remache metálico que siempre llevaba el acusado consigo.

Además, el acusado Demetrio, guiado por el propósito de satisfacer su deseo sexual, a partir del año 2003 se introducía en la habitación de su hija Celsa y le tocaba los pechos por debajo de la ropa, así como también la zona vaginal y en los glúteos, sin que la niña pudiera negarse, pues en ese caso era golpeada por el acusado, a bofetadas o con la vara ya referida. En otras ocasiones, tanto en el domicilio de la CALLE000, nº NUM000, NUM001 NUM002 de Santa Coloma de Gamanet, como cuando los acusados y sus hijos se trasladaron a vivir a una chabola instalada en un huerto próximo a Montcada i Reixach, ya en el año 2004, el acusado Demetrio obligaba a su hija Celsa a meterse en la cama de matrimonio, colocándola entre ambos cónyuges con el pretexto de que le tocara la espalda, pero que en realidad obedecía al propósito de continuar con los tocamientos a que sometía a su hija Celsa, como así efectivamente siguió haciendo por sus pechos y zona genital, al tiempo que él se masturbaba hasta la eyaculación; en otras ocasiones, dentro de la cama de matrimonio y en la disposición descrita, el acusado obligaba a Celsa a tocarle el pene y a masturbarle, llegando a obligarla a ponerse de espalda y a colocarse encima de ella, y en otras a rociarla con un líquido o crema en la zona próxima al ano de la menor, colocando allí el dedo o el pene, sin que haya podido llegar a determinarse si en esas circunstancias llegó a penetrarla por aquella vía.

La acusada Tatiana, presente siempre en la misma cama en que el acusado sometía a su hija menor a los actos descritos, conocedora como era de que el acusado dispensaba a su hija un trato impropio de una hija y más propio de una mujer, no hizo nada por evitar los tocamientos y las acciones realizadas por el acusado Demetrio sobre la hija común, aunque dejó de actuar afectada por el temor que sentía hacia el acusado, su marido, por las reiteradas amenazas recibidas de que la iba a matar también a ella, a quien había golpeado en repetidas ocasiones, llegando en alguna de ellas a abrirle una brecha en la frente con una botella y a fracturarla varios dientes en uno de esos golpes.

Estas conductas se mantuvieron cuando los acusados junto con todos sus hijos se trasladaron nuevamente, a mediados de 2004, ahora al BARRIO000 de la localidad de Badalona (Barcelona), concretamente en la CALLE001 nº NUM003, NUM001 en un piso de la NUM004 planta y después en la NUM001, en que el acusado Demetrio continuaba obligando a su hija Celsa, en el mismo contexto de sometimiento presidido por las amenazas de golpearla en la forma ya reseñada, a introducirse en la cama junto a él y a quitarse la ropa, haciéndola igualmente objeto de tocamientos del tipo de los descritos arriba, llegando a obligarla a que le masturbara en diversas ocasiones; y en al menos otras

dos ocasiones roció también con un líquido o crema la zona del ano de la menor colocando entonces el dedo o el pene, sin que haya podido tampoco precisarse ahora si en estas ocasiones llegó a penetrarla por aquella vía. Tampoco en estas ocasiones la acusada Tatiana hizo nada por evitar los tocamientos y las acciones realizadas por el acusado Demetrio sobre la hija común, aunque seguía bajo el temor fundado que sentía respecto del acusado, según lo relatado ya." (sic)

Analiza jurídico-penalmente los hechos narrados, determinando razonadamente si Tatiana es o no penalmente responsable de los hechos.

g. Miedo insuperable: caso del transporte de cocaína

La acusada voló de Bogotá a Madrid portando en el interior de su organismo 143 cuerpos cilíndricos que contenían 770 gr. de cocaína. Los hechos probados contemplan que el 12 de julio el marido de la acusada había aparecido muerto en una cuneta en Cartagena de Indias a consecuencia de más de dos tiros disparados contra el mismo, recibiendo la viuda en el sepelio la visita de unas personas que le exigieron la realización de un viaje a España portando droga como único medio de evitar que violaran y mataran a su hija de diez años de edad y posteriormente acabaran con la vida de su hijo de cuatro años. La acusada accedió a efectuar el viaje bajo el grave temor de que en caso contrario, aquéllos ejecutaran los males anunciados sobre las personas de sus hijos, realizándolo el día 31 de julio.

Analiza jurídico-penalmente los hechos narrados, determinando razonadamente si la acusada es o no penalmente responsable de los hechos.

IV. UN DOCUMENTAL PARA EL DEBATE: “EL PERDÓN”, DE VENTURA DURAL

Se recomienda la proyección del magnífico documental “El perdón”, de Ventura Durall. Este documental versa sobre el caso de Andrés Rabadán, conocido como “el asesino de la ballesta” e ilustra la relación entre trastorno mental y crimen y sus consecuencias jurídico-penales.

Trailer: <http://www.youtube.com/watch?v=3k9r1FeGHil>

Tras ver el documental, los alumnos deberán contestar las siguientes preguntas:

- a. ¿Concedieron los órganos judiciales que juzgaron a Andrés Rabadán alguna relevancia a la circunstancia de trastorno mental o similar?
- b. ¿Cómo puede influir el trastorno mental en la responsabilidad penal?
¿Qué efectos puede tener en la pena?
- c. ¿Se le impuso a Andrés Rabadán una pena o una medida de seguridad?
- d. Comenta las diferencias entre una pena y una medida de seguridad
- e. Valoración personal del documental y de la problemática que plantea

Sobre este caso también puede leerse el siguiente reportaje:

EL PAÍS

REPORTAJE: EN LA MENTE DEL PARRICIDA

La negra vida de Andrés Rabadán



Reportaje de Elsa Fernández-Santos
27/04/2008

Una noche, el espectro de Matías Rabadán desapareció de las pesadillas de su hijo Andrés. Matías llevaba ya más de cinco años muerto. Su hijo pequeño le había matado disparándole flechas con una ballesta y, desde entonces, su figura cadavérica asediaba el sueño del joven parricida. Andrés Rabadán, el menor de tres hermanos, fue declarado inimputable por una muerte cometida bajo la influencia de un brote psicótico y condenado a una medida de seguridad privativa de libertad. Le bautizaron como "el asesino de la ballesta" o "el loco de la ballesta" y le impusieron 20 años de internamiento. Han pasado 14 años y hace ya mucho tiempo que Andrés Rabadán soñó que el espectro de su padre dejaba de perseguirle. Una madrugada, así lo cuenta él, se encontraron cara a cara, se abrazaron y cada uno siguió su camino.

Rabadán (Premià de Mar, 1973) habla sin dramatismos de cómo mató a su padre. Después de 14 años de internamiento en los módulos psiquiátricos de diversas cárceles de Cataluña -como Brians, La Modelo o Quatre Camins- dice que puede reconstruir aquel horror con distancia, como si hablara de otra persona, y que mentiría si dijera que hoy le duele. "Durante muchos años tuve pesadillas terribles. Estaba trastornado. Los médicos hurgaron mucho en mí, y eso fue muy doloroso, lloraba sin parar; pero ahora puedo hablar de aquello como si yo fuera otra persona".

Lo cuenta un sábado al mediodía en una cabina de comunicación de la cárcel Modelo de Barcelona, donde lleva un año internado. Forma parte de una sala que se divide en pequeños cuartos separados por rejas y cristal. El griterío de las familias (la mayoría, de inmigrantes) obliga a hablar alto y a escuchar pegando la oreja al cristal. Los presos y sus visitantes manosean los cristales buscando un imposible cuerpo a cuerpo. Hay niños, algunos con globos. Su inocencia se agradece en un pasillo de muros amarillos y rejas verdes. Los funcionarios exigen el DNI a los hombres. Curiosamente, las mujeres pasan sin necesidad de identificarse. Con una lista en la mano, dos funcionarios van llamando a las visitas autorizadas.

Rabadán tiene gripe y está pálido. Es menudo y sonríe. Su vida en prisión se ha traducido en tres intentos de fuga, uno de suicidio, una condena extra de año y medio y 5.000 euros de multa por enviar, en 2004, una carta con amenazas a una enfermera de prisiones, la escritura de dos novelas (la primera, *Historias de la cárcel*, publicada en 1994; la segunda, *Cursillo Devi*, saldrá el próximo otoño), varias exposiciones con sus dibujos (reflejo del mundo gótico de sus fantasmas), un romance que acabó en boda con una voluntaria de prisiones y ahora el guión de una película sobre su vida. Una reconstrucción personal que, según el director del filme, Bonaventura Durall, convierte a Rabadán en un preso excepcional.

Un caso "excepcional" también según su abogado, Jesús Gutiérrez. "Una vergüenza", asegura. "Probablemente estamos ante uno de los presos que llevan más años sin salir de la cárcel de toda España, ni un solo permiso en 14 años, y nadie sabe explicar bien por qué". Los diagnósticos cruzados de médicos peritos son el principal escollo en el caso. Según la Fiscalía de la Audiencia de Barcelona, el parricida presenta "un alto riesgo de conducta violenta en el futuro". Se remiten a "los últimos informes". Alto riesgo que niegan los médicos que le han atendido de forma continuada. Una

psiquiatra de prisiones que lo trató durante tres años, y que no quiere revelar su nombre, es rotunda: "No tiene ninguna enfermedad mental. Está curado. Es tan peligroso como tú o como yo".

El 6 de febrero de 1994, Andrés Rabadán mató a Marcial Rabadán con tres flechas de una ballesta marca Star Fire II. Vivían solos. La madre, Matilde Escobar, se había ahorcado en 1982 en su habitación. Sus dos hermanos mayores se habían ido de casa y él pasaba mucho tiempo solo. Padre e hijo habían terminado de comer, y mientras el padre preparaba dos vasos de leche, discutieron. El hijo, de 20 años, se encaminó entonces a su habitación. Allí estaba el arma medieval que se había comprado por Reyes. En el juicio, Andrés Rabadán declaró que quería a su padre y que le mató sin saber lo que hacía. Que oía voces y que las voces lo guiaban. Cuando vio que le había reventado la cabeza con la primera flecha, le disparó dos más, esta vez conscientemente. En su declaración explicó que lo remató para que no sufriera. Luego le quitó una de las flechas, le puso una almohada en la cabeza y lo abrazó. Así permaneció quince minutos, hasta que su padre murió. Entonces cogió su ciclomotor y se entregó a la policía de Palafolls. El joven los llevó a su casa, y allí esperó hasta la llegada la Guardia Civil mientras les hablaba de las clases del instituto y de su novia.



La casa sigue en pie en el cruce de Sant Genís y la Nacional-II. El paisaje apenas ha cambiado en estos 14 años. Es una casa de dos pisos, con un huerto detrás y unos camiones aparcados en la puerta. Martín Rabadán era paleta en la zona y solía llevar a su hijo pequeño a las obras en las que trabajaba. Un mes antes de matar a su padre, Andrés Rabadán hizo descarrilar tres trenes de cercanías. Los titulares de los periódicos hablaban de "la vía del miedo" al referirse a los descarrilamientos. Un sabotaje profesional contra Renfe que no causó heridos, pero que podía haber sido mortal para cientos de pasajeros. Entonces todo el mundo era su enemigo, y, subido a la torre de telecomunicaciones de Sant Genís, el chico pasaba las tardes maldiciendo su existencia.

"Yo he perdonado a mi hermano", dice Mari Carmen Rabadán. "Y he rezado para que Dios lo perdone. Ahora sólo falta que lo perdonen los demás". La hija mayor ha tardado 14 años en hablar del asesinato de su padre. Ha sido peluquera, pero ahora trabaja como comercial en Palafolls. Tiene dos hijos. "De lo del abuelo se enteraron en el colegio. Todo fue horrible". Es una mujer atractiva, con una expresión dura en la cara, pero con unos ojos negros en los que se reflejan las luces de la cafetería donde intenta explicarse. Sentada, con las manos debajo de los muslos, confiesa que le pone muy nerviosa hablar de su familia. Ella fue la última persona en ver a su hermano antes del suceso, y de alguna manera se culpa por no haber detectado el grave trastorno que sufría. "Era un chico muy solitario, odiaba a todo el mundo porque se sentía rechazado. Mi padre lo obligaba a trabajar, él llegaba por las noches y se ponía a estudiar porque quería hacer otras cosas. Pobrecito. Cuando mi madre se suicidó, ni lloró. En cambio, se emocionó el día que le regalamos un microscopio. Yo le decía que la mamá se había ido al cielo, y él me replicaba que no, que se había colgado. No se expresaba, lo llevaba todo dentro. Y yo no supe ver que acumulaba tanto dolor".

"Vivir con mi padre era un calvario", continúa Mari Carmen Rabadán. "Yo me fui porque no lo soportaba más. Y lo dejé sólo con Andrés, que para mí era como un hijo porque, cuando mi madre murió, yo me hice cargo de él. Sé que mi hermano hizo algo terrible. Pero es mi hermano y le quiero. Para mí es inocente. Era un crío desquiciado y harto, que de los 8 a los 18 años sólo sufrió. Yo sólo quiero que salga de la cárcel y que le dejen ser la persona que no ha podido ser. Ha cambiado mucho en la cárcel. Ha pasado de estar abatido y deprimido a estar fuerte y bien. Sinceramente, lo admiro. Es muy inteligente, y haré cualquier cosa por ayudarlo a salir. No entiendo por qué está donde está".

Rabadán no toma medicación desde 2002, año de su último intento de fuga. "Sin embargo", dice su abogado, Jesús Gutiérrez, "se mantiene la medida de seguridad a un preso que, según los propios forenses, ya no padece el trastorno psicótico por el que fue internado y al que ahora se le ha diagnosticado un trastorno narcisista y antisocial de la personalidad, conceptos muy ambiguos que se pueden aplicar a muchas personas que se sientan a nuestro lado sin convertirlos en peligrosos".

Gutiérrez se queja de que los exámenes psiquiátricos en los que se basan los jueces consisten en una mera revisión anual. "Rabadán está en la cárcel sin recibir ninguna medicación. Si no está en tratamiento porque no lo necesita, y habiendo sido declarado inocente en el juicio, ¿cuál es la finalidad entonces del encierro? ¿Acaso piensan que estará curado automáticamente cuando hayan pasado los 20 años y un día? ¿Cómo es que todavía no ha tenido ni la posibilidad de una libertad tutelada? Es una chapuza".

Andrés Rabadán desgrana con media sonrisa su rutina carcelaria. "¿Qué hago? Pues me despiertan a las siete y media de la mañana. A las ocho desayunamos, y a las nueve bajamos a un patio diminuto donde sólo hay dos posibilidades: pasear o sentarse. A las once subimos otra vez a la celda. A la una comemos, y luego al patio tres horas más".

El preso escribe, lee y dibuja. No le dejan tener lápices de colores, y por eso se limita al dibujo a bolígrafo. Desde hace unos meses está de suerte: su vecino de celda es un joven al que le envían muchos libros. "Sus padres son muy cultos y tiene unos libros buenísimos. Le han condenado a siete años de internamiento porque se volvió loco y salió a la calle con un cuchillo en la mano. Hirió a uno, le hizo un rasguño con la navaja. Probablemente cumplirá los siete años. Si no le hubiesen diagnosticado un brote de locura, ni siquiera habría entrado en la cárcel. No tiene antecedentes".

Para Félix Pantoja, vocal del Consejo del Poder Judicial y ex fiscal de menores, la situación de los presos psiquiátricos en España es un agujero negro en nuestro sistema. La línea que separa la cordura de la locura es frágil, y por ella se cuele el vacío legal de los presos declarados locos. La sociedad, además, no cree en la reinserción, sino en la seguridad. "La rehabilitación es casi inexistente. No hay permisos ni posibilidad de acceder a un tercer grado. Los presos psiquiátricos no tienen voz en la cárcel. Son los olvidados". Félix Pantoja cree que es una cuenta pendiente, y por eso propuso la creación de la figura del juez de vigilancia para medidas de seguridad, para conocer exactamente cuántos presos hay en España bajo esta situación. "Es un agujero negro del sistema español, son presos condenados al pozo, y por eso creo que debe crearse un juez especial para seguir estos casos". La paradoja, añade Pantoja, está en que el sistema penitenciario "cuida" a los presos psiquiátricos, pero los despoja de todos sus derechos. "Es muy complejo. Tenemos una sociedad muy punitiva, que no quiere admitir que una sociedad libre y democrática tiene sus riesgos y debe asumírselos".

Durante sus 14 años de internamiento, Rabadán ha aprendido catalán y ha leído sin parar. "No me gusta la televisión, me agobia. Aquí solo ponen programas tipo Las tardes con Patricia, que te ensucian la cabeza. Prefiero leer. Si un libro no me engancha a las primeras 50 páginas, lo dejo, no quiero perder el tiempo. Ahora me han prestado La hoguera de las vanidades, y me gusta mucho".

Entre sus libros favoritos cita La montaña mágica, Las aventuras de Tom Sawyer, Bella del señor o La campana de cristal. Al entrar en la cárcel le diagnosticaron una esquizofrenia delirante paranoide, pero Rabadán ya no toma medicación. "Pasé años medicado, pero llegó un momento en que no quería tomar más pastillas y le pedí por favor a una de las psiquiatras que me atendía en la terapia que dejara de medicarme. Fue una mujer muy buena conmigo y me ayudó. Con ella empecé a curarme".

Rabadán cree que el sexo ha sido la otra puerta para su curación. "Claro, en la cárcel también nos buscamos la vida. Aquí pasamos demasiadas horas y pasan muchas cosas", asegura. Antes de conocer a Carmen Mont (la auxiliar de enfermería con la que se casó el 2 de septiembre de 2003), Rabadán tuvo otras historias. Encuentros furtivos que, según explica, le abrieron la cabeza y le dieron aliento para querer curarse. "Andrés es muy guapo, tiene un lunar en la cara como el de Robert de Niro", afirma Carmen. "Todos tenemos derecho a una segunda oportunidad. Y yo se la he dado a él", dice la mujer en su casa de Mataró, un sótano con cocina americana y con dos sillones huevo en el suelo. Hace frío, y ella explica que el piso tiene bastante humedad. Lo ha comprado con una hipoteca a 40 años, trabaja descargando en la empresa de paquetería DHL de Mataró y dice que sólo espera ver a su marido en la calle. La casa apenas tiene muebles, sólo los dibujos que él le envía desde la cárcel. "Se puede ser feliz con muy poco", explica. "Es un hombre muy detallista, que sabe mantener la ilusión. Sólo con escuchar su voz por teléfono me pongo contenta. Todas las relaciones son complicadas. Mi ex novio no estaba en la cárcel y no funcionó. Claro que tengo miedo, pero si no me arriesgo ¿qué?".

Carmen y Andrés se conocieron en la cárcel de Quatre Camins. A ella le gustó él, y por eso empezó a dejarle notas escritas en la celda. "Yo iba a su zona para verle. Me apetecía besarle, y un día lo hice. No quería ayudarlo, no hay nada caritativo en mí, sólo me enamoré". Carmen Mont asegura que pasa por horas bajas: "Ya ni me gusta ir a la playa. Soy muy alegre, pero me he ido apagando; no pensé que esto fuera ni tan largo, ni tan duro. Pero no camino sola por el túnel, y ni mi vida ni mi relación son un fracaso. A veces soy débil, pero también soy muy luchadora. No creo que él sea un hombre peligroso. Lo consideran frío y calculador, pero es que lleva 14 años hablando de lo mismo. Todo el mundo le pregunta por su pasado, pero a nadie parece interesarle su presente. No nos dejan olvidar".

La boda fue una sorpresa para la hermana de Andrés. "Sabía que unas monjas le habían ayudado, pero no podía imaginar que en la cárcel uno podía llegar a enamorarse. ¡Mi hermano! ¡Pero si nunca expresaba nada! Llevaron la historia muy en secreto hasta que decidieron casarse. Me alegré mucho por él, y lo acabé entendiendo. ¡Abrazar, mi hermano ha aprendido a abrazar! Eso es importante". Entre los invitados a la ceremonia: un joven cineasta, un compañero del instituto, la hermana, otro preso amigo...

Bonaventura Durall (Barcelona, 1974) lleva seis años visitando a Rabadán. "Fui a la primera exposición de sus dibujos. Su historia me interesaba mucho. Dejé mi teléfono a los organizadores para que Andrés se pusiera en contacto conmigo. Lo hizo: no le interesaba contar su historia. Pensaba que hacerlo le perjudicaría dentro de la cárcel. Dos años más tarde se inauguró una segunda exposición, y yo empecé a escribirle. Durante seis meses nos carteamos, hasta que un día, en 2002, aceptó que le visitara. Nos hicimos amigos pronto; me pareció una persona muy crítica, nada alienada y, sinceramente, buena. Alguien con tanta voluntad de superación no es habitual".

El perdón es el título del documental que ya ha rodado Bonaventura Durall, y Las dos vidas de Andrés Rabadán, el de la película de ficción que empezó a rodar el 31 de marzo en Barcelona con el actor Alex Brendemühl interpretando al parricida.

Según el psiquiatra que en los últimos años ha tratado a Rabadán, los grados de peligrosidad de un preso se miden del 0 al 100 y se basan en tres factores: capacidad de crear vínculos exteriores, estado de la enfermedad y consumo de tóxicos. En los tres puntos, su paciente supera de largo los índices de normalidad. No se trata, además, de un psicópata por su sentimiento de culpa y la empatía que siente por el muerto. Pese a que, pasados los 13 años de reclusión, Rabadán podría empezar a padecer la enfermedad del preso (fobia social causada por su largo aislamiento), de momento se mantiene fuerte. "Sé que lo pasa mal, pero desde que le conozco jamás le he visto quejarse ni poner mala cara", dice Buenaventura Duvall. Él, la hermana de Andrés y su mujer se reparten las horas de visita de los fines de semana.

Aunque el preso ha escrito que le gustaría esconderse en una cueva y no salir hasta que la sociedad lo haya olvidado, no cree vivir una contradicción al exponer su vida: "Sufro una injusticia y haré cualquier cosa que pueda ayudarme". En su libro Historias desde la cárcel escribe: "Soy culpable, lo reconozco abiertamente. No me escondo, no iba drogado ni bebido. Mis problemas de entonces no eran más graves que los vuestros de hoy en día. Cabalgaba desbocado a lomos de mi ira. Un grave peligro. La cárcel era necesaria, no digamos que no. Me consta que, explicado así, parezco el psicópata que he negado ser. Sí, es un callejón sin salida, un embrollo. Era y no soy. Soy y no era".

En la cárcel Modelo de Barcelona, que cerrará sus puertas dentro de un año para convertirse en un hotel de lujo, Andrés Rabadán se marcha agarrando del brazo a otro preso mayor que él que no se encuentra muy bien. El griterío de las visitas apenas permite escucharlo cuando se despidió fuera de la cabina de comunicación. "Otro con gripe", señala con gestos. Minutos antes se quejaba de que no puede apuntarse a ninguno de los talleres de cocina o informática que se organizan en la cárcel. "Quizá un taller de cocina, o de lo que sea, suena a poca cosa, pero en una cárcel son la vida. Eso sí, me obligaron a hacer un cursillo de Delitos Violentos, una especie de Alcohólicos Anónimos en los que uno confiesa su crimen. Si hubiese matado en mis cabales, hoy estaría en la calle; pero los locos estamos estigmatizados y nuestras condenas no las perdona nadie".

Fuente:

http://www.elpais.com/articulo/reportajes/negra/vida/Andres/Rabadan/elpepusocdmg/20080427elpdmgprep_1/Tes?print=1

Lección 20^a

LA PUNIBILIDAD

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. La punibilidad: concepto y posición dentro del esquema de la teoría jurídica del delito
 - 2. Elementos
 - a. Condiciones objetivas de punibilidad
 - b. Excusas absolutorias
 - c. Inviolabilidades
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Lectura comprensiva

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Esta lección está desarrollada a modo de guión básico sobre la categoría de la punibilidad. No se contiene una lista exhaustiva ni se realiza un estudio detallado de los elementos que la conforman, más característica del estudio de la parte especial, por lo que el alumno podrá completar las diferentes categorías mediante la consulta de la bibliografía principal sobre el tema.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

1. La punibilidad como categoría dentro del sistema

A lo largo de las lecciones anteriores hemos definido el delito como “comportamiento típico, antijurídico y culpable”. A esta definición es posible sumarle un último elemento, la punibilidad, elemento que no está claro si ostenta el mismo rango que los anteriores o, por el contrario, se trata únicamente de un requisito necesario para castigar determinados delitos, pero en ningún caso esencial en la definición del mismo.

Para exigir responsabilidad por la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable en ocasiones se atiende a elementos diversos que acostumbran a englobarse en una ulterior categoría, la punibilidad, donde, en esencia, se decide si resulta conveniente exigir responsabilidad penal por la conducta: la utilidad que

puede reportar la exigencia de responsabilidad es menor que la ausencia de tal exigencia. De esta forma, la punibilidad dependerá de la presencia o ausencia de ciertos elementos que no condicionan la existencia de los requisitos propios de un delito (típico, antijurídico y culpable), sino que atienden a la conveniencia de imponer una pena.

Las dos posiciones que se aprecian en torno al significado de la punibilidad son, simplificadaamente, las siguientes:

1. Por un lado, entender que la punibilidad es una cuarta categoría esencial dentro del esquema lógico que es la teoría del delito. La exigencia de responsabilidad es una necesidad de algunos tipos delictivos, por lo que en determinados supuestos no es posible afirmar que existe un delito si no se cumplen los requisitos de punibilidad. En resumen, para esta posición, sin punibilidad no hay delito.
2. Por otro lado, se puede entender la punibilidad como un elemento que no condiciona que el hecho sea típico, antijurídico y culpable y, puesto que se trataría de una exigencia de carácter utilitarista, su ausencia o presencia no supondría la ausencia o presencia de un hecho delictivo, sino, únicamente, de la necesidad o no de imponer una pena. En resumen, sin punibilidad hay delito, pero no se puede castigar.

En todo caso, la presencia de los elementos pertenecientes a la punibilidad, al no afectar ni al injusto ni a la culpabilidad, no incidirán en los distintos componentes de esas categorías:

1. El dolo del sujeto no tiene que abarcarlos
2. Los errores sobre los mismos no tendrán relevancia alguna
3. Puesto que el hecho continua siendo típico y antijurídico, puede actuarse en su contra en legítima defensa

2. Elementos de la punibilidad

Como se ha referido, en el nivel de la punibilidad se atiende a elementos que afectan a la posibilidad de exigir responsabilidad por un comportamiento típico, antijurídico y culpable, pero que no son necesarios con carácter general para todo delito, sino sólo donde se contemplan por la ley.

Como circunstancias pertenecientes a la punibilidad cabe referir:

1. Condiciones objetivas de punibilidad
2. Excusas absolutorias
3. Inviolabilidades

a. Condiciones objetivas de punibilidad

Al igual que todos los elementos que se refieren a la punibilidad, no afectan ni al injusto ni a la culpabilidad, pero establecen ciertos requisitos a cuyo cumplimiento se supedita el castigo de un delito. Como ejemplos de condiciones objetivas de punibilidad cabe referir:

- Condición de reciprocidad: en los delitos contra el Derecho de gentes, es condición indispensable para su aplicación que exista una penalidad recíproca en los países de origen.

1. Si no se diera esa condición de reciprocidad, ¿continuaría tratándose de un delito? ¿Se podría imputar algún resultado a su autor a pesar de faltar una condición objetiva de punibilidad? Para contestar a estas cuestiones lee atentamente los art. 605 y 606 CP

- Punibilidad en el lugar de ejecución: del art. 23.2 LOPJ se desprende la exigencia de que el delito sea también punible en el lugar de ejecución del hecho como elemento que condiciona una aplicación extraterritorial de la ley española a hechos cometidos en otro país en virtud del principio de personalidad activa.

2. ¿Recuerdas este principio? Repasa su contenido e intenta deducir el porqué de la exigencia contenida en el art. 23.2 LOPJ.

Aunque puedan resultar similares, es necesario distinguir las condiciones objetivas de punibilidad de las condiciones objetivas de procedibilidad o perseguibilidad. Estas últimas establecen requisitos de naturaleza procesal sin cuya concurrencia no es posible iniciar el procedimiento. En su mayor parte se circunscriben a la presentación de denuncia o querrela o a que se dicte sentencia o auto firme en un procedimiento.

3. Determina cuales de los siguientes delitos contiene alguna condición objetiva de procedibilidad:
 - a. Calumnias
 - b. Homicidio
 - c. Acoso sexual
 - d. Acusación y denuncia falsas
 - e. Abandono de familia
 - f. Hurto
 - g. Delito de tráfico de drogas

b. Excusas absolutorias

Mientras que las condiciones objetivas de punibilidad deben estar presentes para poder afirmar que el hecho es punible, las excusas absolutorias son circunstancias que han de estar ausentes para que se pueda imponer una pena. El legislador estima que si concurre una excusa absolutoria no es conveniente imponer una pena.

Son circunstancias personales de exclusión de la pena, que afectan al castigo sólo respecto a la persona de quien se predicen y no al resto de intervinientes en el delito.

Una de las excusas absolutorias más citada es la exención de pena en los delitos patrimoniales no violentos cometidos entre parientes. Esta exención se encuentra contenida en el art. 268 CP.

4. Busca el artículo 268 CP y transcríbelo. ¿Qué función crees que está cumpliendo esta norma? ¿Por qué podría no ser conveniente la imposición de una pena en estos casos?

Otros ejemplos de excusas absolutorias serían la retractación en los casos de falso testimonio (art. 462 CP), la denuncia en los casos de cohecho (art. 427 CP) o la regularización voluntaria ante la Hacienda Pública (art. 305.4 CP).

También se incluyen en ocasiones en esta categoría la figura de las inviolabilidades, que tratamos a continuación algo más detenidamente de forma autónoma para diferenciarla de otras figuras afines.

c. Inviolabilidades, inmunidades y exenciones

Dentro del marco del Derecho penal, a determinadas personas se las exime de responsabilidad penal bien con carácter general, bien por los hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Se habla entonces de inviolabilidad y se trata de una causa personal de exclusión de la responsabilidad penal. Hay que distinguir esta figura de la inmunidad, que establece requisitos de carácter procesal para proceder a la persecución del delito, afines, por tanto, a las condiciones objetivas de procedibilidad o perseguibilidad.

1. Inviolabilidades

La primera de las inviolabilidades que tenemos que estudiar es la que afecta al Jefe del Estado. La figura del Rey se considera inviolable y como tal se encuentra recogida en el art. 56.3 CE

Artículo 56.CE

La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el art. 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2.

Aunque esta inviolabilidad se aplique a todos los actos del Rey, la inviolabilidad más trascendente y con mayor aplicación práctica es la inviolabilidad de Diputados y Senadores, que no es general, sino exclusivamente referida a las opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones. Se encuentra recogida en el art. 71.1 de la Constitución.

Artículo 71.1CE:

Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

Paralelamente a los diputados y senadores, aunque no está recogido en la Constitución, sino en otras normas, también resultan inviolables, por las opiniones

vertidas en el ejercicio de sus cargos, el defensor del pueblo y sus adjuntos, los magistrados del Tribunal Constitucional y los diputados autonómicos.

5. ¿Por qué puede considerarse que estas conductas no exigen la imposición de una pena? ¿Qué se trata de proteger mediante la inclusión de estas inviolabilidades?

2. Inmunities

La inmunidad parlamentaria supone que los miembros de las Cámaras sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito así como la imposibilidad de inculparlos y procesarlos sin la previa autorización de aquéllas. Al igual que la inviolabilidad, se encuentra regulada en la Constitución en el artículo 71.2, pero no excluye la responsabilidad, sino que la condiciona.

Artículo 71.2 CE

Durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

En los casos en los que las Cámaras autoricen el procesamiento de uno de sus miembros, se establece un requisito ulterior también procesal, el aforamiento, en virtud del cual, sólo podrá llevarse a cabo el procedimiento por un determinado Tribunal (art. 71.3 CE).

En el caso del defensor del pueblo y sus adjuntos así como respecto a los diputados autonómicos, la inmunidad se reduce a la imposibilidad de ser detenidos, salvo en caso de flagrante delito. Inmunidad de la que también gozan los jueces y magistrados.

6. ¿Tienen el mismo fundamento la inviolabilidad y la inmunidad?

3. Exenciones

Se trata de supuestos de inmunidad de jurisdicción española, previstos para los casos de Jefes de Estado extranjeros, funcionarios o agentes diplomáticos, que hayan cometido un hecho delictivo en nuestro país, y para los que se renuncia al enjuiciamiento de los delitos, aunque normalmente esta renuncia se encuentra condicionada al enjuiciamiento en el país de origen del sospechoso.

III. APLICANDO LO APRENDIDO

Lee detenidamente la siguiente Sentencia y el Voto particular que la acompaña. La Sentencia y el Voto Particular representan dos posturas enfrentadas en torno a la aplicación de la excusa absolutoria entre parientes en los delitos patrimoniales no violentos, en este caso concreto entre hermanos que no conviven juntos. Valora cual de las dos posiciones te resulta más coherente con los principios que rigen el Ordenamiento penal y, por ende, consideras que realmente cumple con los objetivos de política criminal que presumiblemente cumple esta excusa absolutoria.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1801/2000, de 20 de diciembre

EXCUSA ABSOLUTORIA: Personas a las que se aplica: entre hermanos, no es necesario que vivan juntos para ser apreciada.

VOTO PARTICULAR: discrepando del criterio anterior.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 819/1999

Ponente: Excmo Sr. Carlos Granados Pérez

Formulado voto particular a la presente resolución

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 19-12-1998, condenó al acusado Bernardo A. S. como autor de una falta de hurto. Contra la anterior Resolución recurrió en casación el imputado, alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho. El TS declara haber lugar al recurso y dicta segunda Sentencia en la que absuelve al imputado Bernardo A. S. de la falta de hurto de la que se le acusaba. A continuación se recoge el voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel.

En la Villa de Madrid, a veinte de diciembre de dos mil.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Bernardo A. S., contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada que le condenó por una falta de hurto, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez conforme a lo prevenido en el art. 206 de la LOPJ al formular voto particular el Ponente inicial Excmo. Sr. D. Roberto García Calvo, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por el Procurador señor N. C.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción número 1 de Santa Fe instruyó Procedimiento Abreviado con el número 51/1997, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Granada que, con fecha 19 de diciembre de 1998, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos probados:

«Sobre las 4 horas del día 29 de septiembre de 1996 el acusado Bernardo A. S., mayor de edad y sin antecedentes penales, entró por la puerta que se encontraba entreabierta en el domicilio de su hermano José, sito en la localidad de Romilla La Nueva, provincia de Granada, c/ Sierra Nevada núm. ... y del garaje se apoderó de un ciclomotor marca Trueba, número de identificación ..., valorado pericialmente en 45.000 ptas.; el ciclomotor fue posteriormente recuperado y devuelto a su legítimo propietario».

SEGUNDO La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: « Fallo: Debemos condenar y condenamos al acusado Bernardo A. S. como autor criminalmente responsable de una falta de hurto, ya definida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de arresto de cuatro fines de semana y al pago de las costas correspondientes a un juicio de faltas, declarando de oficio el resto».

TERCERO Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO El recurso interpuesto se basó en el siguiente Motivo de casación:

«Único.–En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 268 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#)».

QUINTO Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 13 de noviembre de 2000, habiéndose dictado la sentencia fuera de plazo al haberse sometido la cuestión recurrida al conocimiento del Pleno de la Sala que se ha celebrado el día 15 de diciembre de 2000

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO

En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, del artículo 268 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#).

En el recurso, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, se alega la concurrencia de todas las circunstancias que permiten apreciar la excusa absolutoria entre parientes.

El motivo debe ser estimado.

El vigente Código Penal ha dado nueva redacción a la excusa absolutoria entre parientes al disponer, en su artículo 268, que «1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si vivieren juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito».

El texto derogado tenía distinto alcance y entre otras cosas exigía expresamente que los hermanos y cuñados vivieran juntos para beneficiarse de esta exención de responsabilidad criminal.

La nueva redacción determinó que esta Sala, en una [sentencia de 26 de junio de 2000 \(RJ 2000, 5794\)](#), declarara que los hermanos, aunque no vivan juntos, están exentos de responsabilidad criminal por los delitos patrimoniales en los que no concurra violencia o intimidación.

La cuestión ha sido llevada al Pleno no jurisdiccional de esta Sala que, en su reunión del día 15 de diciembre de 2000, se decantó mayoritariamente en favor de la posición que no exige la convivencia para la aplicación entre hermanos de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal.

Ciertamente, de los términos en los que aparece redactado el texto vigente resulta innecesaria la convivencia cuando se trata de hermanos, lo que sí se exige, por el contrario, cuando los delitos patrimoniales se hubieran cometido entre afines en primer grado, como sería el caso de los suegros.

Entender que el texto vigente sigue exigiendo la convivencia entre hermanos conduciría al absurdo, dada la vigente redacción, de requerir esa convivencia a los ascendientes y descendientes, lo que ni siquiera se precisaba en el texto derogado y que

supondría una excesiva intervención del derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absoluta.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por Bernardo A. S., contra sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de fecha 19 de diciembre de 1998, en causa seguida por una falta de hurto, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas.

Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

Así, por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.–Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la sentencia recaída en el recurso de casación núm. 819/1999.

Mi discrepancia alcanza obviamente al extremo relativo a la fundamentación jurídica de la resolución y, consecuentemente, al contenido de la deliberación.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada ahora recurrida condenó al acusado como autor de una falta de Hurto por haber substraído a su hermano un ciclomotor valorado en 45.000 pesetas, rechazando la aplicación de la excusa absoluta del artículo 268 del [Nuevo Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) dado que «el acusado y perjudicado no vivían juntos, requisito que es aplicable a todos los supuestos previstos en dicho artículo, como se desprende claramente del caso de los cónyuges que sí están separados aunque sea de hecho, no puede operar la mencionada circunstancia».

Frente a tal determinación se alzó el recurrente al entender –apoyado por el Ministerio Público– que, a diferencia de lo previsto en el artículo 564 del [Código Penal derogado \(RCL 1973, 2255 y NDL 5670\)](#), la redacción del Nuevo Código Penal no condiciona la aplicación de la excusa absoluta.

Pues bien, dado que existía una [Sentencia –la de 26-6-2000– \(RJ 2000, 5794\)](#) en la que se acogía la tesis del Recurso y dicho criterio no era compartido por quién ahora discrepa como Ponente que habría de redactar la Sentencia, la Sala llamada a decidir ante la discrepancia surgida y con el fin de unificar o rectificar el criterio a seguir en lo sucesivo, sometió a la consideración del Pleno la cuestión, la cual, en definitiva, no es sino puro reflejo de la que existe en el campo doctrinal, donde algunos autores sostienen la innecesidad de la connivencia entre hermanos y otros afirman la necesaria concurrencia de dicha circunstancia «ya que el Nuevo Código sigue el mismo criterio del derogado y amplía simplemente la excusa absoluta a los hermanos por adopción, pero siempre a condición de que vivan juntos».

La resolución dictada acoge la decisión mayoritaria resultante de la referida reunión plenaria del 15-12-2000, mas ello no impide que quien discrepa pueda –en exclusiva y única oportunidad– exponer su determinación, puesto que una interpretación gramatical, lógica y sistemática –ésta sí excluyente del absurdo– es, a su juicio, dadas las razones de Política Criminal que justifican la previsión normativa cuya aplicación se cuestiona, la que, abona la tesis de la Sentencia recurrida. De ello son reflejo, tanto las precisiones en torno a las

situaciones de ruptura matrimonial como la locución adverbial y coyuntural normativamente utilizada en el Texto Legal que, según el Diccionario de la Real Academia Española, denota comparación equivalente «a de igual manera que». De no ser así, se homologarán jurídicamente situaciones de esperpéntica impunidad en las que, a pesar de no existir vínculo afectivo o de convivencia e, incluso, estar presentes reales enfrentamientos entre hermanos, podrán llevarse a cabo todo tipo de actos depredatorios, expoliatorios o defraudatorios (eso sí, sin concurrir violencia o intimidación) bajo el amparo protector de la «fraternidad». Al considerar que el legislador no ha querido tal resultado al regular –aun cuando sea con confusa sintaxis– la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal vigente, muestro mi disconformidad en este Voto Particular.

PUBLICACION.–Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Lección 21ª

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Consideraciones generales
 - a. Catálogo
 - b. Efectos
 - c. Naturaleza y comunicabilidad
 - d. Circunstancias modificativas y *ne bis in idem*
 - 2. Circunstancias atenuantes en particular
 - a. Eximente incompleta
 - b. Grave adicción al alcohol o a las drogas
 - c. Estados pasionales
 - d. Confesión
 - e. Reparación del daño
 - f. Dilaciones indebidas
 - g. Atenuante analógica
 - h. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas
 - 3. Circunstancias agravantes en particular
 - a. Alevosía
 - b. Circunstancias debilitadoras de la defensa o facilitadoras de la impunidad
 - c. Precio, recompensa o promesa
 - d. Motivos discriminatorios
 - e. Ensañamiento
 - f. Abuso de confianza
 - g. Prevalimiento de la función pública
 - h. Reincidencia
 - 4. Circunstancia mixta de parentesco
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto y práctica jurisprudencial
 - 2. Casos para resolver

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

Por razones de tiempo y extensión, la materia relativa a las circunstancias modificativas difícilmente puede ser impartida de forma íntegra en clase. Ello en absoluto significa que no se trate de un tema importante, de gran trascendencia práctica y múltiples repercusiones para la materia objeto de la asignatura Derecho penal II. Es, por tanto, especialmente necesario que prepares a conciencia estas lecciones.

Para ello te recomendamos como método de trabajo que, en primer lugar, procedas al estudio de la parte de introducción y aspectos comunes a las circunstancias modificativas, empleando tanto la parte de estos materiales titulada “Consideraciones generales” como la correspondiente en el material bibliográfico al uso. En segundo lugar, procede abordar el estudio de cada una de las circunstancias en particular. Te aconsejamos que primero estudies la figura de que se trate en el material bibliográfico específico y, a continuación, trabajes la parte de estos materiales correspondiente a la circunstancia en cuestión. En estos materiales no existe pretensión de exhaustividad, sólo se ha destacado algún aspecto de las circunstancias para que afiances tus conocimientos.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

1. Consideraciones generales

A las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se las suele denominar circunstancias **accidentales**, porque no condicionan la existencia del delito, pero sí la gravedad de la pena a imponer, bien para agravarla, bien para disminuirla. Se trata de circunstancias de muy diversa naturaleza, que lo que fundamentalmente tienen en común son sus efectos penológicos.

a. Catálogo

1. Confecciona, rellenando el siguiente cuadro, la lista de circunstancias atenuantes y agravantes.

ATENUANTES	
	ART.
1.	
2.	
3.	
4.	
5.	
6.	
7.	

AGRAVANTES	
	ART.
1.	
2.	
3.	
4.	
5.	
6.	
7.	
8.	

CIRCUNSTANCIA MIXTA	
	ART.

b. Efectos

La introducción en el siglo XIX de las circunstancias modificativas y la regulación de sus efectos se entendió como una limitación del arbitrio judicial, es decir, de la libertad del juez para decidir las penas. El Código vincula la presencia de estas circunstancias a consecuencias en la determinación de la pena, de modo que el juez en muchas ocasiones ya no se puede mover en todo el marco de pena previsto para el delito de que se trate, sino en un margen más reducido determinado por el juego penológico de la circunstancia. Y ello, aunque considere que la pena más adecuada en el caso concreto está fuera de ese marco fijado por la presencia de una circunstancia agravante o atenuante.

2. Qué grado de libertad debe tener el juez en la determinación de la pena adecuada es una cuestión polémica y compleja sobre la que te proponemos que reflexiones.

Las circunstancias modificativas normalmente afectan a la **extensión de la pena**, esto es, a la posibilidad de moverse por el marco penal previsto para el delito en cuestión. Por ejemplo, en un delito de homicidio, la extensión inicial es de 10 a 15 años (art. 138 CP), pero la concurrencia de una atenuante o agravante puede determinar que esa extensión sea más limitada. Pero también pueden afectar al **grado de la pena**, lo que supone un relevante incremento o disminución de la sanción, pues ello permite salirse del marco inicialmente previsto, bien hacia arriba (en el ejemplo, superando los 15 años), bien hacia abajo (imponiendo una pena inferior a los 10 años). Así, por ejemplo, las eximentes incompletas y las atenuantes muy cualificadas pueden determinar la pena inferior en uno o dos grados. Hablamos de **atenuante muy cualificada** cuando concurre con especial intensidad y así lo aprecia el órgano judicial de forma motivada.

(Si aún no te han explicado cómo se determina la pena, puedes intentarlo ayudándote del art. 70 CP)

3. Busca en los art. 66 y el 68 CP el efecto penológico de las siguientes combinaciones y completa el cuadro, determinando la pena correspondiente para el supuesto en que la pena base fuera la del homicidio: 10—15 años.

4. Trata de ilustrar los distintos supuestos con un ejemplo.

<u>Cuando en el hecho concurra:</u>	<u>Determinación pena:</u>
▪ Sólo una circunstancia atenuante →	Pena en su mitad inferior: 12,6 meses-15
▪ Dos o más circunstancias atenuantes o →	
▪ una o varias muy cualificadas y ninguna →	
agravante →	
▪ Sólo una o dos agravantes →	
▪ Más de dos agravantes y ninguna →	
atenuante	
▪ Reincidencia cualificada →	
▪ Eximente incompleta →	

c. Naturaleza y comunicabilidad

Mucho se discute sobre la naturaleza de las circunstancias modificativas: si afectan al injusto del hecho o a la culpabilidad, si son de naturaleza objetiva o subjetiva, cuál es su fundamento concreto, etc. En realidad, los motivos por los que el legislador obliga a tenerlas en cuenta en la determinación de la pena son muy diversos. Algunas suponen una disminución de la imputabilidad (ej. eximente incompleta de trastorno mental, atenuante de arrebató u obcecación, etc.), otras afectan a la gravedad del hecho (ej. alevosía) y otras responden a consideraciones político-criminales o de oportunidad (ej. confesión).

Por supuesto, la naturaleza de la circunstancia no carece de relevancia práctica, pero las razones por las que esos determinados aspectos relacionados con el autor o con el hecho aumentan o disminuyen la pena se averiguan mejor a través del estudio de la atenuante o agravante particular. En cualquier caso, sí interesa poner de manifiesto aquí que de la naturaleza y fundamento de la circunstancia modificativa en cuestión dependerá **si se aplica tan sólo al autor o también resulta aplicable a los partícipes**. De esta cuestión se ocupa el art. 65 1 y 2CP. Esa posibilidad de que se aplique a sujetos distintos al autor se conoce con el nombre de comunicabilidad.

Artículo 65 CP

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

5. Intenta aplicar las reglas del art. 65 CP a los siguientes casos:

- a. A suministra a B subrepticamente una sustancia que le ha proporcionado C con el fin de producirle esterilidad, lo que consigue (art 149 CP). A responde como autor de unas lesiones (art. 149 CP) con alevosía. (art. 22.1 CP) ¿Responde como cooperador necesario a unas lesiones con la circunstancia agravante de alevosía la persona que le proporcionó la sustancia al autor A, es decir, C?
- b. A induce a B a que éste cause la muerte de C. B así lo hace, pero acto seguido se arrepiente y confiesa el crimen a las autoridades. B responde como autor de un homicidio con la atenuante de confesión (art. 21.4 CP). ¿Es aplicable la atenuante también al inductor A?
- c. A, aprovechando que hace tiempo que trabaja en casa de X en las tareas domésticas y utilizando la llave que le habían proporcionado los propietarios, aprovecha un fin de semana en que éstos estaban ausentes para entrar, junto con B, en el piso y sustraer ambos todos los efectos de valor que encontraron. ¿Le es aplicable la agravante de abuso de confianza sólo a A o también a B?
- d. Idea un ejemplo de circunstancia modificativa comunicable a los partícipes y otro en el que no sea comunicable.

d. Circunstancias modificativas y ne bis in idem

La expresión “ne bis in idem”, como ya sabes, alude al principio según el cual no debe valorarse, ni en la calificación de los hechos ni en la determinación de la pena, doblemente la misma circunstancia, siempre que ello suponga identidad de sujeto, hecho y fundamento (vid. Lección 2ª). La aplicación de las circunstancias modificativas es un ámbito en el que debemos estar especialmente atentos para no vulnerar dicha regla. En este sentido el art. 67 CP establece:

Artículo 67 CP

*Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta **al describir o sancionar una infracción**, ni a las que sean de tal manera **inherentes al delito** que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.*

La posible vulneración del *ne bis in idem* al aplicar una circunstancia modificativa se puede producir fundamentalmente por dos razones, que el art. 67 CP contempla expresamente.

1. Los diferentes delitos con frecuencia se configuran a partir de un tipo básico sobre el que se forman tipos cualificados (más graves) o tipos privilegiados (más leves), en atención a la concurrencia de una serie de circunstancias, que aparecen expresamente mencionadas en la descripción del delito. A esas circunstancias se las conoce con diferentes expresiones: **elementos que cualifican, atenuantes específicas o agravantes específicas** (frente a las genéricas que estamos estudiando), etc.

Estas circunstancias o elementos que cualifican o privilegian expresamente el delito pueden coincidir o no con las circunstancias modificativas genéricas:

Ej. El delito de hurto está cualificado, es decir, se aplica el tipo agravado del art. 235 CP “cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico”.

Ej. En las lesiones no se aplica el tipo básico de lesiones (art. 147 CP), sino el tipo agravado del art. 148.2 CP, “si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”. De esta manera, si tenemos que calificar unas lesiones del art. 147 CP producidas a la esposa, no aplicaríamos el art. 147 CP con la agravante de parentesco (art. 23 CP), sino que se aplicaría el tipo agravado del art. 148.4º CP (en cuya pena ya se ha valorado tal circunstancia).

6. Lee los siguientes ejemplos y preceptos y señala la respuesta correcta:

a. A, funcionario de policía, busca a B e, identificándose como policía, le dice a B que tiene que acompañarle a comisaría. A no lleva a B a Comisaría, sino que lo encierra en una casa abandonada. A respondería:

- a.1. Por un delito de detenciones ilegales del art. 163 CP más la agravante del art. 22.7ª CP.
- a.2. Por un delito de detenciones ilegales del art. 165 CP.

b. A mata a B con alevosía. A responde:

- a.1. Por un delito de homicidio (art. 138 CP) más la agravante de alevosía (art. 22.1ª CP).
- a.2. Por un delito de asesinato (art. 139 CP).

2. A veces el delito en cuestión no hace mención expresa a alguna de las circunstancias modificativas genéricas, pero se entiende que éstas forman parte de la esencia de del delito, son inherentes a él, por lo que la aplicación de la agravante genérica supondría un *bis in idem*. Lo verás claro con un ejemplo:

El art. 446 CP regula la prevaricación judicial dolosa: el juez o magistrado que a sabiendas dicta una resolución injusta. El art. 446 CP no se aplica con la agravante de abuso de la función pública (art. 22.7ª CP), pues dicho abuso es consustancial, es inherente a la prevaricación.

7. Lee los siguientes ejemplos y preceptos y señala la respuesta correcta
- El art. 173.2 CP contempla la violencia habitual en el ámbito familiar. Si A habitualmente insulta y agrede a su esposa, ¿le resulta aplicable el art. 173.2 CP con la agravante de parentesco del art. 23 CP o sin dicha agravante?
 - Un policía tortura a un detenido para obtener una confesión. ¿Se le aplica el art. 174 CP con la agravante prevista en el art. 22.7ª CP o sin agravante?

Pero la prohibición de *bis in idem* también se puede vulnerar cuando aplicamos **dos circunstancias agravantes que poseen el mismo fundamento** agravatorio, por ejemplo, la alevosía y el abuso de superioridad, pues la razón de ser en ambos casos reside en el mayor riesgo para el bien jurídico. Son circunstancias incompatibles. En qué casos las circunstancias modificativas son compatibles entre sí y cuándo no lo son sólo es posible saberlo tras un estudio particularizado de cada una de ellas.

2. Circunstancias atenuantes en particular

Recuerda que no pretendemos abordar las múltiples cuestiones que plantean cada una de las atenuantes, ni siquiera dar unos apuntes generales sobre cada circunstancia. Esa visión debes extraerla del manejo del material bibliográfico pertinente que estés usando. Nos limitaremos a señalar, a título ejemplificativo y sin ningún ánimo de exhaustividad, alguno de los problemas que pueden presentar cada una de las circunstancias.

- Eximente incompleta: 21.1ª Las causas expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

La atenuante conocida como “eximente incompleta” ya ha sido analizada en las lecciones anteriores (las dedicadas a las causas de exclusión de la antijuridicidad y la culpabilidad), donde se examinaron las diversas circunstancias que pueden eximir de pena a su autor y se hizo hincapié en que si faltan requisitos inesenciales de la eximente en cuestión es posible aplicar la eximente incompleta del art. 21.1ª CP. Basta pues con repasar aquellos temas.

8. Recuerda cuáles son las eximentes y qué elementos tienen que faltar en cada una para que no pueda aplicarse la eximente completa y sí la atenuante contenida en el art. 21.1ª CP.
9. Recuerda asimismo qué efecto penológico extraordinario confiere el art. 68 CP a esta atenuante.

b. Grave adicción al alcohol o a las drogas: 21.2ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior.

Ha de distinguirse esta atenuante de la eximente contenida en el art. 20.2 CP, así como de la eximente incompleta (art. 21.1ª CP) en relación con ese art. 20.2 CP, todas ellas circunstancias que afectan a la imputabilidad del sujeto (conviene que consultes de nuevo la Lección 17ª y los materiales correspondientes a ella). Respecto a la atenuante, es necesario que el sujeto haya obrado a causa de su grave adicción a las sustancias, mientras que para aplicar la eximente (completa o incompleta) era necesario que hubiera cometido el hecho en un estado de intoxicación (sea o no adicto) o durante el síndrome de abstinencia.

La exigencia de grave adicción supone que el sujeto debe estar fuertemente condicionado por la drogodependencia, sin que baste una adicción que no afecte claramente a su capacidad de motivación y actuación conforme a ella. En este sentido, no parece que dicha adicción pueda afectar de la misma manera con independencia de cual sea la sustancia.

10. ¿La adicción a las drogas o el alcohol puede mover al sujeto de igual forma a cometer delitos? ¿Afecta igualmente la adicción a las distintas sustancias?

La grave adicción debe ser la causa de la realización del delito, esto es, debe haber condicionado la conducta del sujeto. Normalmente, si la causa por la que actúa el sujeto es la grave adicción a determinadas sustancias, lo hará para conseguir liquidez económica que le permita satisfacer sus necesidades inmediatas de ingestión o directamente para procurarse la droga para un consumo a corto plazo. No obstante, también se considera que la atenuante puede operar respecto a acciones delictivas más indirectamente relacionadas con la adicción y la pulsión a consumir droga, pero que a la postre se dirijan a garantizar ese consumo.

11. ¿Sabrías decir a qué delitos nos estamos refiriendo, esto es, cuándo podrá afirmarse respecto a ellos que el sujeto los comete por motivo de su grave adicción? Por ejemplo, ¿es admisible esta circunstancia respecto a un delito de violación? ¿y respecto a un delito de robo con violencia?

c. Estados pasionales: 21.3ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

La atenuante se extiende a los llamados “estados pasionales”, que ejemplifica el Código con las emociones de arrebató y obcecación, pero que pueden incluir

situaciones de furia, ira, venganza, etc. Define la Jurisprudencia dichos estados de la siguiente manera:

“El arrebató es la emoción súbita y de corta duración que se proyecta a través del furor o de la cólera.

La obcecación es la pasión más duradera, más permanente pero también más suave como simple obcecación.

En cualquiera de las dos manifestaciones, ha de concurrir un **estímulo poderoso** como incitación pasional que influya en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto, a medio de una patente **relación de causalidad**, causa y efecto, entre ese estímulo y la **situación anímica** de furor o de ofuscación antes dichas, estado anímico que es el que ya **directa e inmediatamente degenera en un obrar o actuación concreta**.

Mas por encima de tales requisitos, es lógico, por racional, que exista igualmente una **razonable conexión temporal** entre esa presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción arrebatadora o de la pasión obcecada” (STS de 5 de junio de 1991)

El elemento capital de la atenuante es la intensidad de la afectación del sujeto, que provoca una disminución de su imputabilidad: si es escasa o leve, no se planteará siquiera la atenuante; pero si el efecto perturbador es amplio, podría estarse ya ante una eximente incompleta de trastorno mental transitorio (art. 21.1ª en relación con el art. 20.1 CP) y no sólo ante la atenuante. Las diferencias se deciden en términos cuantitativos: ¿cuán afectada está la motivabilidad del sujeto?

12. Determina si en los siguientes supuestos podríamos admitir que los sujetos actúan bajo la circunstancia de arrebató u obcecación argumentando, entre otros elementos, con el grado de afectación de las facultades del sujeto que, a tu juicio, se daría en cada caso, y con el concepto que la Jurisprudencia maneja de estos estados pasionales:
 - a. A regresa a su domicilio y al abrir la puerta escucha ruidos y voces que, provenientes del dormitorio, le hacen pensar que su pareja está manteniendo relaciones sexuales con un amigo de ambos. Sin hacer ruido sale del domicilio y espera en la calle muy nervioso hasta que ve salir a su amigo. En ese momento se le acerca y comienza a insultarle y a propinarle diversos puñetazos en el rostro que le provocan la rotura de los huesos propios de la nariz y de uno de los incisivos.
 - b. A, enfadado porque han nombrado director de área a un compañero (B), cuando daba por seguro que el puesto sería para él, se va al garaje y con un cúter raja las cuatro ruedas del coche de B.
 - c. A, que pasa por una situación económica no muy boyante, se deja convencer por un amigo suyo que trabaja en una sucursal bancaria para que compre unas acciones que previsiblemente triplicarán su valor en las semanas siguientes. A compra dichas acciones con la confianza de que ese golpe de suerte le ayude a saldar todas sus deudas. Una semana después de la compra se produce un desplome general de todas las bolsas europeas y el valor de sus acciones se reduce prácticamente a la nada. Tras escuchar la noticia por la radio, A se dirige directamente al banco donde encuentra a su amigo y comienza a golpearle dura e

insistentemente hasta que la policía, alertada por el resto de trabajadores, consigue inmovilizarlo.

d. Confesión: 21.4ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

El hecho de que, una vez realizado el delito, el autor se conduzca ante las autoridades y, una vez allí, confiese el hecho cometido, recibe una valoración positiva por el ordenamiento, puesto que esa confesión hace innecesaria la investigación policial, no obliga a la aplicación de recursos económicos y humanos para el desentrañamiento de las circunstancias y autores de la infracción y facilita la instrucción de la causa criminal. La *ratio* de la atenuación se halla en la utilidad de la confesión, no en aspectos relativos a al pesar o aflicción que pueda sentir el sujeto.

Es evidente que no toda confesión puede ser válida de cara a admitir su virtual eficacia como atenuante, por lo que la Jurisprudencia ha detallado los requisitos que debe cumplir esta circunstancia para ser tenida en cuenta:

- Ha de ser veraz: “sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación”, aunque no es preciso que sea absolutamente objetiva, pues el sujeto siempre tenderá a dar su versión de lo ocurrido.
- Ha de producirse ante las autoridades competentes. No obstante, cabría atenuante por analogía en caso de que las autoridades no fueran competentes e incluso, excepcionalmente, si no se realiza a la autoridad.
- Ha de realizarse antes de que el autor de los hechos tenga conocimiento de que el procedimiento se dirige contra él. Si la confesión se produce con posterioridad al inicio de la investigación contra el acusado, podrá apreciarse la atenuante por analogía (art. 21.7ª CP), incluso como muy cualificada si los datos aportados son de especial relevancia.

Últimamente se están conociendo muchos supuestos en los que sujetos se presentan de forma voluntaria (normalmente ante la policía o guardia civil) para confesar la comisión de algún delito: en los homicidios llevados a cabo en el marco de relaciones de pareja y desde la perspectiva de la violencia de género, resulta común que el miembro de la pareja que ha sido el agresor comparezca ante las autoridades y confiese el crimen. En estos supuestos se cumplirían los mencionados tres requisitos necesarios para poder apreciar esa confesión como atenuante.

13. Ahora bien, en supuestos como estos, en los que la determinación del culpable no admite mucha duda y la investigación policial no resulta compleja, ¿crees que la confesión ha de tener los mismos efectos que en casos en los que la determinación del culpable puede resultar mucho más compleja?

A este respecto, la Jurisprudencia ha entendido que deben distinguirse dos momentos:

En primer lugar aquellos supuestos en los que la policía ya ha comenzado la investigación de los hechos y por tanto éstos van a ser inmediata e inevitablemente descubiertos por la autoridad, la confesión del propio autor no puede valorarse como atenuante ni del tipo de la contenida en el art. 21.4ª ni como atenuante analógica del art. 21.6ª CP (STS 7 diciembre 2005).

Por otro lado, en aquellos supuestos en los que todavía no se ha iniciado la investigación, y la propia confesión del sujeto la pone en marcha, pero ni la averiguación ni la investigación de los hechos presentan complejidad alguna, la atenuante de confesión no podría apreciarse como muy cualificada. Así sería en los supuestos en los que se produce el homicidio y el sujeto procede a avisar a las autoridades desde el mismo domicilio o acude a las autoridades antes de que se produzca la denuncia sobre la acción delictiva (STS 26 septiembre 2007).

e. Reparación del daño: 21.5ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Se trata, al igual que la confesión, de una atenuante postdelictiva, que opera tras la comisión del delito y, en este caso, antes de la celebración del juicio oral. No obstante, una reparación posterior puede ser tenida en cuenta mediante la aplicación de la atenuante analógica. La razón de la atenuación no es indubitada, pero, en todo caso, radica en el significado que la conducta del autor tiene de favorecer a la víctima.

La reparación puede ser total o parcial, pues también se incluyen las conductas de disminución de los efectos del delito.

Respecto a esta atenuante destacaremos dos cuestiones:

➤ La reparación simbólica

14. Para la aplicación de reparación del daño: ¿es necesaria una reparación económica o puede bastar una reparación moral o simbólica? Pon un ejemplo de reparación simbólica.

El Tribunal Supremo ha admitido expresamente esta posibilidad, afirmando que “lo cierto –como lo admite la doctrina más moderna y proyectos legislativos recientes en Europa– es que es de apreciar [scil: la atenuante del artículo 21.5º] no sólo en los casos de una reparación material, sino también cuando tal reparación es simbólica, como cuando el autor realiza un “actus contrarius” de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma” (STS de 6 de octubre de 1998, RJ 6975).

En sentido parecido, la Sentencia del Tribunal Supremo 50/2008, de 29 de enero (RJ 2008, 1720), citando jurisprudencia consolidada al respecto sostiene que “La reparación no sólo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, sino que la jurisprudencia ha admitido la reparación moral o simbólica, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. En este sentido, entre otras, la STS núm. 1002/2004, de 16 de septiembre

(RJ 2004, 6042); la STS núm. 145/2007, de 28 de febrero (RJ 2007, 2607); la STS núm. 179/2007, de 7 de marzo (RJ 2007, 3248); la STS núm. 683/2007, de 17 de julio (RJ 2007, 3798), y la STS núm. 2/2007, de 16 de enero (RJ 2007, 252), en la que se recogía lo que sigue: "En este mismo orden de cosas "El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 CP, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero [RJ 2001, 368] y núm. 794/2002, de 30 de abril [RJ 2002, 6839], entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante".

➤ Posible uso utilitarista de la reparación

Resulta discutible si, a pesar de la redacción totalmente objetivada de la presente atenuante, cuyo tenor literal no exige arrepentimiento ni petición de disculpas, ha de aplicarse la atenuante cuando consta un mero uso utilitarista por parte del autor de la reparación.

15. Lee atentamente el presente caso y argumenta si ha de aplicársele la atenuante de reparación del daño a Felipe V., poniendo de manifiesto las posibles tensiones entre "el merecimiento" de la atenuación y el principio de legalidad penal.

El procesado, Felipe V., iba al volante de su coche cuando colisionó con el coche conducido por Jesús N, sin que se haya podido determinar quién fue el responsable del mismo. Al margen de este aspecto, Felipe y Jesús se enzarzaron en una discusión. Saliendo Felipe de su coche se acercó hacia Jesús, conminándole a que saliera y, cuando así lo hizo, le dio un fuerte puñetazo en la cara que le produjo rotura de la nariz. El ministerio fiscal pedía una pena de prisión de seis meses y una indemnización de 12.000 euros por los daños materiales y morales causados en concepto de indemnización civil. Aconsejado por su abogado, Felipe, que gozaba de una situación económica muy desahogada, consignó antes del juicio la cuantía pedida por el fiscal en concepto de indemnización civil. Sin embargo, en el juicio declinó pedir disculpas a la víctima manifestando expresamente que la culpa de la colisión no había sido suya e insinuando que el puñetazo se lo tenía merecido.

f. Dilaciones indebidas: 21.6ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Esta circunstancia se introdujo por la LO 5/2010 con el objetivo de dar cauce legal en la determinación de la pena al menoscabo que la duración excesiva e irrazonable de un proceso supone respecto al derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24.1 CE). Estas situaciones encontraban cabida

antes de la reforma de 2010 por la vía de la atenuante analógica de las circunstancias de confesión y reparación.

16. **Lee detenidamente el siguiente texto y contesta las preguntas que se exponen a continuación:**

“Hay unanimidad en considerar que el de dilaciones indebidas o plazo irrazonable es un concepto jurídico indeterminado. En este sentido la STC 36/1984, de 14 de marzo, recogiendo la doctrina del TEDH dice que es “manifiestamente un concepto jurídico indeterminado o abierto que ha de ser dotado de un contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico”. Pero hablar de concepto jurídico indeterminado no supone apelar a la discrecionalidad o arbitrio en la solución a alcanzar. Una dilación será considerada indebida o no analizándola a la luz de los criterios que sobre el particular ha elaborado el TEDH, asumidos con cierta fidelidad por el TC y el TS, aunque ampliados o aplicados caprichosamente en algún caso. Estos criterios son, fundamentalmente, la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y el comportamiento de las autoridades, todo ello analizado desde el dato de la duración de cada proceso concreto. En ocasiones también se atiende a las consecuencias que la dilación tiene en el que las sufre (interés que arriesga), a lo que el TC añade el estándar medio del servicio de Justicia o el margen normal de duración de procesos similares(...)

El TEDH afirma que los defectos estructurales de la Administración de Justicia y la sobrecarga crónica de asuntos no son justificación que permita eludir la calificación de indebida de la dilación. Sólo se justifica el retraso por sobrecarga cuando la misma es puntual e imprevisible y se busca rápida y eficaz solución.(...) Téngase en cuenta, que la obligación que se impone en relación con el derecho a un tiempo razonable, no se refiere sólo a los jueces, sino, en general, al Estado (a todos sus poderes) que queda vinculado y obligado a procurar una adecuada organización del sistema judicial y a dotarse de leyes procedimentales idóneas para la protección del derecho fundamental. (...) La responsabilidad del Estado nace con independencia de cuál sea el órgano o poder responsable del retraso e, incluso, en el caso de que no se pueda individualizar una responsabilidad personal. Por eso se puede afirmar que “la responsabilidad es del aparato””.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Grupo Difusión, 2007, Madrid, *passim*.

17. ¿A partir de qué duración entendemos que un proceso conlleva dilaciones indebidas?
18. ¿De la interpretación de qué criterios deducen los Tribunales la existencia de dilaciones indebidas?
19. ¿De qué manera influye la sobrecarga de trabajo de los Tribunales españoles?
20. ¿Se valora únicamente el retraso que se produce por parte del Tribunal para dictar sentencia o es preciso tener en cuenta momentos anteriores en la relación entre el justiciable y el Estado?

g. **Atenuante analógica: 21.7ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.**

La analogía, como sabes, supone una relación de semejanza entre cosas distintas; y, en el ámbito del Derecho, es un método de integración de lagunas por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no

comprendidos en ella. Como se vio en la Lección 2ª, no cabe la analogía en contra de reo en Derecho penal. La analogía a favor de reo, por el contrario, es admisible desde la perspectiva de las garantías del principio de legalidad, aunque en nuestro ordenamiento penal parece necesario que se disponga expresamente en qué supuestos se admite, dado el rigor del art. 4 CP.

Uno de los casos donde se prevé de forma expresa es en relación con las circunstancias atenuantes, de modo que aquellos supuestos que no encajen en el tenor de las atenuantes previstas en los art. 21.1ª a 21.6ª, pero presenten una semejanza con su estructura y características, podrán ser considerados atenuantes analógicas de esas circunstancias (cabe, por tanto, una atenuante analógica – art.21.7ª- de una eximente incompleta –art. 21.1ª- de alguna de las circunstancias eximentes del art. 20 CP).

21. Manuel P. V. fue acusado por un delito continuado de apropiación indebida. Su defensa reconoció los hechos, pero pidió que se le aplicara la atenuante analógica en atención a la grave ludopatía que a la sazón padecía el acusado.
- ¿Crees que se puede aplicar la circunstancia 21.7ª a los supuestos acreditados de ludopatía?
 - ¿Con qué circunstancia atenuante puede establecerse la referida analogía? Argumenta la estructura analógica.
 - ¿Qué eficacia penológica podría tener la atenuante analógica de ludopatía?

Se recomienda como material complementario respecto a las ludopatías el visionado del documental “La Trampa”, de Jesús Macebón:

<http://www.youtube.com/watch?v=Xv22n8El7-c>

<http://www.youtube.com/watch?v=uNxqYOygfVw&feature=related>

h. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica: art. 31 bis 4 CP

La incorporación en el art. 31 bis CP de la responsabilidad penal de la persona jurídica vino acompañada de una previsión expresa por parte del legislador de qué circunstancias atenuantes pueden suavizar su responsabilidad penal, con mención expresa de que sólo esas circunstancias pueden operar en tal sentido atenuador. Se excluye así la posible aplicación de las atenuantes del art. 21 CP.

Las atenuantes específicas son todas postdelictivas, esto es, aluden a conductas posteriores a la comisión del delito, y se articulan a través de los representantes legales de la persona jurídica. En concreto, se contemplan los siguientes supuestos de atenuación:

- Confesión: “Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades”.
- Colaboración en la investigación: “Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran

nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”.

- c. Reparación del daño: “Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito”.
- d. Adopción de medidas preventivas respecto al delito: “Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

3. Circunstancias agravantes en particular

Al igual que con las circunstancias atenuantes, no pretendemos abordar las múltiples cuestiones que plantean cada una de las agravantes en un estudio a fondo de todas y cada una de las circunstancias previstas en el art. 22 CP. Nos limitaremos a señalar, a título ejemplificativo, algún aspecto de las mismas que nos parezca de especial importancia o de particular interés. La visión general debes extraerla del manejo del material bibliográfico pertinente que estés usando.

a. Alevosía: 22.1ª Ejecutar el hecho con alevosía.

Establece el art. 22.1ª CP que “Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

La jurisprudencia acostumbra a agrupar los supuestos habituales en los que suele admitirse alevosía de la siguiente manera:

- La alevosía proditoria: abarca los ataques a traición (emboscada, la trampa, el acecho o la celada).
- La alevosía por sorpresa: la actuación es súbita e inesperada.
- La alevosía derivada de situaciones de objetiva indefensión o desvalimiento de la víctima: aquí incluye la jurisprudencia tanto los caos en los que la víctima se encuentra puntualmente indefensa (dormida o privada de consciencia, enferma, etc.) como los supuestos de ataques a sujetos constitucionalmente indefensos, esto es, incapaces de defensa de forma permanente (niños de corta edad, personas de edad avanzada, sujetos impedidos, etc.).

22. Pon un ejemplo de cada una de estas modalidades de alevosía apuntadas por la jurisprudencia.

La tercera variedad de alevosía manejada por los Tribunales ha suscitado polémica, porque no es pacífico que en todos esos casos, conforme al tenor de la ley, nos encontremos ante alevosía. Afirma la jurisprudencia que siempre resultan

alevosos los ataques producidos a personas “constitucionalmente indefensas” como pueden ser los niños pequeños, ancianos o desvalidos. Pero el hecho de que sean personas constitucionalmente indefensas no supone obligatoriamente que el sujeto, tal y como exige el tenor del art. 22.1ª CP, haya empleado medios, modos o formas que tiendan a asegurar la ejecución y la ausencia de riesgo personal. La definición legal de alevosía la conforma como una forma de ejecución, una característica de la acción del sujeto activo. El hecho de que la ejecución esté asegurada por una característica inherente al ofendido no implica necesariamente la actuación pro aseguramiento del autor y, por tanto, que sea alevosa. Sólo se calificaría como alevosa cuando el sujeto anula la posible, por escasa que sea, defensa que puedan ejercer o la barrera de protección con que cuentan.

23. **Intenta poner un ejemplo de ataque sobre un sujeto de los considerados como “constitucionalmente indefensos” que resulte alevoso y otro que no lo sea.**

En cierto modo cabría pensar incluso que en estos casos, al menos en los supuestos extremos de víctimas absolutamente incapaces de defensa (bebés, enfermos en coma, etc.), no tiene sentido, desde el punto de vista del autor, el empleo de métodos alevosos, pues no hay posibilidad de defensa de la víctima; e incluso podría sostenerse la imposibilidad conceptual de un ataque alevoso, pues no hay el riesgo para el autor procedente de la defensa del ofendido al que alude el precepto.

b. Circunstancias debilitadoras de la defensa o facilitadoras de la impunidad: 22.2ª Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

El art. 22.2ª CP recoge diversas circunstancias que tienen en común su aptitud para asegurar la ejecución del hecho, bien porque se debilitan la posible defensa de la víctima, bien porque faciliten la impunidad del autor. Esos elementos pueden ser el empleo de disfraz, el abuso de superioridad o circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de terceros. Dado que su esencia radica en la tendencia a facilitar la ejecución, no es extraño que se hable en estos casos de una alevosía menor o de segundo grado. O a la inversa, de que la alevosía es una agravante que constituye una forma cualificada del abuso de superioridad.

Respecto a las diversas modalidades de esta circunstancia agravante vamos a referirnos brevemente a algunos aspectos puntuales.

- Disfraz. El disfraz ha de utilizarse para cambiar la apariencia habitual y de esa forma facilitar la ejecución del delito y/o eludir la persecución penal.

24. **¿Crees que el uso de los siguientes artículos puede considerarse disfraz a efectos de la presente agravante?**

- a. Casco de motorista
- b. Pasamontañas
- c. Peluca

- d. Gorro, mascarilla y gafas
- e. Careta
- f. “Bragas militares”

El uso de todos estos elementos ha sido considerado por el Tribunal Supremo como uso de disfraz, por lo que no debe entenderse este término en su semántica más habitual. La esencia de la agravación estriba en el empleo de maniobras de ocultación o desfiguramiento, sin que sea preciso el empleo de un disfraz completo, bastando con acciones de ocultación del rostro.

- Abuso de superioridad. Podemos apreciar abuso de superioridad cuando se produce un desequilibrio de fuerzas que coloca a la víctima en una situación de inferioridad respecto del autor o autores. Esta circunstancia puede confundirse con la alevosía, siendo la diferencia entre ambas gradual. Mientras que en la alevosía se priva de la capacidad de defensa a la víctima, en el abuso de superioridad únicamente se reduce esa capacidad sin llegar a anularla completamente. Por supuesto, no es posible apreciar ambas circunstancias, pues se incurriría en un *bis in idem*, habida cuenta de que el fundamento de la agravación estriba en la facilitación de la realización del delito.

25. Sobre las 22.30 horas, los acusados, Roberto B. R. Jorge C. B y Marcos Antonio C. B., procedieron a encargar por teléfono una pizza a la empresa Telepizza para que les fuera enviada al domicilio de Marcos, sito en la C/ Claudio Vázquez portal ... de Ceuta. Seguidamente pegó en la puerta el repartidor Ricardo G. R., franqueándole la entrada Marcos e invitándole a que pasara y dejara la pizza sobre la mesa del salón, momento que aprovecharon los otros dos acusados para, de común acuerdo y saliendo por detrás, agarrar a Ricardo por la espalda y el cuello, al tiempo que, con el fin de atentar contra su integridad física, le daban un corte con un objeto afilado en la espalda, a la vez que, con ánimo de ilícito beneficio, le exigían que les entregara la bolsa con toda la recaudación del día, a lo que accedió Ricardo entregándoles los 250 euros que llevaba. Inmediatamente después los acusados abandonaron la vivienda tras dejar en una habitación de la misma a Ricardo
- ¿Cuál de las dos circunstancias crees que puede haber entrado en juego en este supuesto: alevosía o abuso de superioridad?

- Circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas. Aquí cabe cualquier circunstancia que debilite la defensa del ofendido o facilite la impunidad, lo que se analizará en el caso concreto, sin que puedan señalarse de antemano que elementos como la nocturnidad o la participación de varias personas tiendan a asegurar la ejecución del hecho.

26. ¿Es relevante el lugar, tiempo o auxilio de terceros en estos supuestos?
- a. A ataca a B en una terraza de la Castellana a las 2:00 horas de la madrugada.
 - b. A se encuentra paseando a su perro junto en un descampado al que suelen acudir otros dueños de perros. Sobre las 23:30 horas, cuando se encuentran allí unas 10 personas, aparece B, que le pide a A la cartera mientras le amenaza con una navaja.

c. A aprovecha que B sale del metro en una zona solitaria y poco iluminada a las 00:45 para de forma sorpresiva tirar del bolso de A y arrebatárselo.

c. Precio, recompensa o promesa: 22.3^a Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

El contenido y, con ello, el ámbito de aplicación de la agravante son discutidos. Parece evidente que, cuando se nombra el elemento “precio”, nos estamos refiriendo a un elemento de contenido económico. Ahora bien, esta cuestión no queda tan clara cuando hablamos de recompensa o promesa. Algunos autores, e incluso la Jurisprudencia en algunos casos, han realizado una interpretación restrictiva y ha considerado como realización de esta agravante sólo los casos en los que el elemento tiene un carácter económico, excluyendo otra tipo de ventaja o provecho.

27. ¿Puedes pensar ejemplos en los que la recompensa o promesa no tenga carácter pecuniario?
28. Valora el siguiente ejemplo y decide si podría aplicarse la agravante de precio, recompensa o promesa: A mantiene una relación extramarital con el sujeto B, que está locamente enamorado de ella. Encantada por el amor ferviente que B le profesa, le convence para que mate a su marido, con la promesa de que en cuanto sea viuda se casará con él. B, ante la oportunidad de sellar su amor para siempre con A, accede y mata al marido.

Asimismo, una de las dificultades de interpretación de esta circunstancia es si se aplica sólo a quien realiza el delito animado por el afán de obtener un lucro (autor), como parece sugerir el tenor literal, o también a quien lo ofrece para que otro ejecute el delito (inductor). Éste no actúa para obtener un lucro y, además, el precio es un instrumento característico de la inducción, idóneo para hacer nacer en otro una resolución criminal, y, por tanto, podría incurrirse en un *bis in idem* si se tiene en cuenta tanto para afirmar la inducción como para fundamentar la agravante.

29. A ofrece a B 1.000 euros por dar una paliza a C. B acepta y le da la paliza a C. ¿Cómo calificarías las conductas de A y B?

En este mismo sentido, como es evidente, el afán de obtener un beneficio económico es ya un elemento constitutivo del delito. En esos casos no cabe apreciar la agravante, pues se incurriría en un *bis in idem*.

30. ¿Cabe apreciar la agravante de precio respecto a un delito de hurto o de estafa? ¿Y en el delito de cohecho?

d. Motivos discriminatorios: 22.4^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

Respecto a esta circunstancia agravante, que pretende atender al problema de los delitos de odio, se plantean numerosas cuestiones interesantes. Haremos mención a dos de ellas, tras proponerte un ejemplo gráfico de aplicación de la agravante.

1. La Fiscalía de Barcelona creó en el año 2009 el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación. El Fiscal al frente asume la investigación y asistencia a juicio de aquellos delitos que tienen una motivación racista.

Uno de los casos conocidos por este Servicio fue grabado por las cámaras de seguridad del metro de Barcelona y tuvo una gran repercusión mediática. En su calificación jurídico penal se tuvo en cuenta la motivación racista. Puedes ver el caso al que nos referimos en

http://www.youtube.com/watch?v=M2Yta_9x664

2. Una cuestión que podría plantearse es si la mencionada agravante es de naturaleza objetiva o subjetiva, es decir, si para que se aplique basta que el sujeto actúe motivado por el mencionado ánimo o si, además, es necesario que concurra en la víctima la cualidad personal sobre la que recae el ánimo discriminatorio. Al respecto existen sentencias contradictorias, lo que genera inseguridad jurídica.

Así la STS 17/07/2002 confirma la SAP Barcelona 13/03/2000 en la que se condena a un grupo de 6 jóvenes que se dirigen a una zona frecuentada por homosexuales en Sitges y agreden a uno brutalmente, provocándole una fractura craneal, por delito de lesiones del art. 147.1 CP con la agravante del art. 22.4ª CP; y el Tribunal Supremo tiene en cuenta tan sólo el móvil discriminatorio, señalando que basta con presuponer la condición homosexual de la víctima aunque no lo sea. En igual sentido: SAP La Coruña 19/04/07; o SAP Barcelona 3/11/06).

Por contra la STS 145/2006, 23-11, F.J. 6º, señala que “para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad”. En igual sentido: SAP Cádiz 12/01/07; SAP Barcelona 17/02/2005; o SAP Madrid 14/10/09 (Caso Palomino).

31. ¿Crees que para poder aplicar la circunstancia cuarta del art. 21 CP es necesario que concurra en la víctima la condición personal sobre la que recae el ánimo discriminatorio o basta con que concurra dicho móvil? ¿Crees que debería aplicarse dicha circunstancia cuando se lesiona a una mujer por estar casada, por ejemplo, con una persona de raza negra? Argumenta tus respuestas.

3. Los límites de los motivos discriminatorios. ¿Se incluye la “aporofobia” (odio, repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el desamparado)?

Se plantea también respecto a esta agravante la cuestión de si basta cualquier discriminación o ha de deberse a los elementos explicitados (ideología, religión, creencias, etnia, raza, nación, sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad), que, a su vez, pueden ser objeto de interpretaciones.

32. La STS 1160/2006, de nueve de noviembre, conoció el caso de una persona atacada y objeto de un trato peyorativo e inhumano en atención a su condición de mendigo sin techo.

Busca dicha Sentencia y lee con especial atención el F.J. 23º. ¿Aplica la atenuante cuarta a dicho supuesto? ¿Por qué? Resume en no más de diez líneas las consideraciones de la Sentencia sobre la actual regulación de la agravante.

- e. Ensañamiento: 22.5ª Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

Esta circunstancia, conocida con el nombre de ensañamiento, es, además de una agravante prevista genéricamente en el art 22 CP, una circunstancia que también se contempla como agravante específica respecto a algunos delitos como, por ejemplo, de lesiones (art. 148.2ºCP). Pero, ante todo, es una de las circunstancias que convierten un homicidio en un asesinato (art. 139 CP). Por eso es muy difícil que se aprecie como agravante genérica, siendo lo más frecuente su análisis como elemento del tipo.

De las definiciones de ensañamiento que proporcionan los art. 22.5ª y 139.3ª CP se sigue que actúa con ensañamiento quien aumenta deliberada e inhumanamente el sufrimiento o dolor de la víctima, causándole padecimientos innecesarios para ejecutar el delito.

33. Señala en cuál o cuáles de los siguientes supuestos el sujeto actúa con ensañamiento:

- a. A mata a B de una puñalada en el corazón y para deshacerse del cuerpo lo corta en 20 trozos que procede a ocultar en el vertedero municipal
- b. A comienza a apuñalar a B y le propina un total de 15 puñaladas en el torso y otras tantas en el resto del cuerpo. La autopsia determina que la primera de las puñaladas ya fue letal porque le seccionó la carótida.
- c. A comienza a apuñalar a B y le propina un total de 15 puñaladas en el torso y otras tantas en el resto del cuerpo. Es imposible determinar cuál de las puñaladas causó efectivamente la muerte o si fue la suma de todas.
- d. A quiere matar a B mediante un corte en el cuello. Debido a su "inexperiencia" no consigue provocar la muerte de B hasta su quinto intento, puesto que mientras que A forcejeaba y él le sujetaba no tenía suficiente fuerza para provocar el corte. De resultados de los cuatro "intentos" anteriores B sufrió de manera extrema antes de morir.
- e. A participa en la grabación de películas "snaf" en las que se provoca la muerte de la víctima. A la última víctima que grabó le propinó golpes en la cara hasta que perdió el conocimiento, esperó a que despertara, a continuación le hizo diversos cortes por el cuerpo para, a continuación, cortarle un dedo y una oreja. Una vez hecho esto y que la víctima perdiera el conocimiento, la remató mediante un tiro en la cabeza. Esta clase de películas tienen mayor valor cuanto más sangrientas y violentas sean.

- f. Abuso de confianza: 22.6ª Obrar con abuso de confianza.

El hecho de que un sujeto que mantiene un vínculo que genera confianza con otro se aproveche de esa relación para realizar el delito, en la medida en que supone una disminución de la defensa de la víctima que confía en él, y, de esta manera, poder cometer el delito con más facilidad se encuentra comprendido dentro de esta agravante. Es importante destacar que no basta con que exista la relación de confianza, cualquiera que sea su origen, sino que es preciso que el sujeto se aproveche de la facilidad para cometer el delito que le proporciona esa relación para ejecutarlo.

34. ¿Qué tipo de relaciones pueden dar lugar a relaciones de confianza?

Esta circunstancia puede resultar difícil de delimitar respecto a otras circunstancias, singularmente de la alevosía y el abuso de superioridad, siendo las relaciones de compatibilidad entre las diversas circunstancias poco claras. La jurisprudencia ha considerado en principio incompatible el abuso de confianza con la alevosía, pero compatible con el abuso de superioridad.

35. Intenta buscar entre el catálogo de circunstancias ya expuestas cuál o cuáles pueden tener elementos en común con el abuso de confianza y, a continuación, determina si en los siguientes supuestos nos encontramos ante un posible abuso de confianza u otra circunstancia.

- a. A no mantenía muy buena relación con su padre, a pesar de que éste siempre intentaba que arreglaran sus problemas e hicieran cosas juntos. Una tarde quedaron para arreglar su coche en el garaje de su casa. Cuando su padre estaba debajo del vehículo y le pidió que encendiera el motor para confirmar que lo habían reparado, A, viendo la posibilidad de acabar con su vida, lo puso en marcha y avanzó unos metros, atropellando a su padre al que aplastó el tórax, a causa de lo cual falleció.
- b. A y B son compañeros de piso. Una noche, por motivos que se desconocen, discuten fuertemente. De madrugada, A decide matar a B y le llama a voces para que vaya a la cocina. Allí le anuncia que piensa matarlo con el cuchillo que tiene en la mano. B empieza a gritar y A le clava el cuchillo varias veces, produciéndoles heridas graves que, gracias a la rápida intervención del SAMUR, alertado por un vecino, no determinaron la muerte de B.
- c. A trabaja desde hace años para B ocupándose de la limpieza de la casa y de las comidas. Poniendo como disculpa una supuesta enfermedad, que le impide hacer su trabajo el jueves, convence a B de que le deje la llave del piso para poder limpiar el fin de semana, aunque B está fuera. El sábado, haciendo uso de la llave, entra en la casa de B y la desvalija.

g. Prevalimiento de la función pública: 22.7ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

La razón por la que se agrava la pena cuando el autor se prevale de su carácter público, esto es, de su condición de funcionario o autoridad, tal y como se definen en el art. 24 CP, estriba en su efecto de facilitación en la comisión del delito. No basta con que el sujeto sea funcionario o autoridad, sino que tiene que aprovecharse de ese hecho para realizar el delito.

36. ¿Cabe apreciar la agravante en los siguientes casos?:

- a. A, policía nacional, de uniforme y enseñando su placa, aborda a B cuando está a punto de montarse en su BMW Z5, y le requiere que le deje observar el vehículo por dentro, a lo que B accede. Una vez en el interior del vehículo, A arranca y se va con el mismo con el objetivo de venderlo.
- b. A, policía nacional, está de despedida de soltero con unos amigos vestido de paisano. En un determinado momento empiezan una pelea con otro grupo de personas. En concreto A pega a B causándole la pérdida de un incisivo.
- c. A, policía nacional, se encuentra en una discoteca realizando una redada en busca de drogas. En un momento dado se encara con uno de los clientes de la discoteca y le pega un puñetazo que le causa la pérdida de un incisivo.

Algunos delitos exigen la condición de funcionario público del autor (delitos especiales), por lo que en estos casos no podrá apreciarse la eximente para evitar caer en un *bis in idem* (recuerda el art. 67 CP).

37. Resuelve la siguiente pregunta test: Un juez comete una prevaricación por dictar una sentencia injusta a sabiendas (art. 446 CP). El juez es condenado por un delito de prevaricación del art. 446 CP. Se le aplica además el agravante séptima del art. 22 CP (prevalimiento del carácter público que tuviera el culpable. ¿Vulnera esta calificación la prohibición de non bis in ídem?

- a. Sí, porque el prevalimiento del carácter público constituye el fundamento tanto del tipo como de la circunstancia agravante.
- b. No, porque la mencionada prohibición no opera entre tipos delictivos y circunstancias agravantes
- c. No, porque la mencionada prohibición sólo opera ante la aplicación de normas penales y administrativas.
- d. Ninguna respuesta es correcta

h. Reincidencia: 22.8º Ser reincidente.

Conforme al Código penal no basta para apreciar la agravante de reincidencia con el dato de que el sujeto haya cometido varios delitos y haya sido condenado por ellos. El art. 22-8ª CP restringe el concepto de reincidencia a efectos de agravación y concreta que existe reincidencia cuando el sujeto ha sido condenado por un delito comprendido en el mismo Título y de la misma naturaleza que el cometido con posterioridad. Para poder apreciar la agravante es necesario que los antecedentes penales que generó la condena o condenas anteriores no hayan sido cancelados.

Asimismo el Código recoge una modalidad cualificada de reincidencia en las reglas de determinación de la pena (art. 66.1.5ª), que permite un efecto agravatorio mayor si el sujeto hubiera sido condenado previamente por, al menos, tres delitos comprendidos en el mismo Título del Código, siempre que sean de la misma naturaleza.

38. Teniendo en cuenta que desde principio de curso estamos insistiendo en que el Derecho penal en nuestro modelo de Estado es un Derecho penal del hecho y no de autor, ¿cuál crees que puede ser el fundamento de la reincidencia? ¿es compatible con un Derecho penal del hecho?

Una de las cuestiones que plantea mayores problemas respecto a la reincidencia es la determinación de la naturaleza coincidente entre ambos delitos. Partimos de la base de que los delitos que comparamos tienen que estar contenidos dentro del mismo Título del Código penal, pero, además de ese criterio formal, han de ser de igual naturaleza, criterio material que es mucho más difícil de determinar. La identidad se determina por la jurisprudencia a través de la equiparación de los bienes jurídicos protegidos y de la forma concreta de ataque. Ambos elementos a comparar tienen que ser homogéneos.

39. ¿Aplicaríamos la circunstancia agravante de reincidencia en los siguientes supuestos?
- El sujeto A ha sido condenado por un delito de hurto y antes de que sus antecedentes penales estén cancelados es detenido y procesado por sustraer a B su cartera en el metro sin que se diera cuenta (hurto).
 - El sujeto A ha sido condenado por un delito de hurto y antes de que sus antecedentes penales estén cancelados es detenido y procesado por realizar un atraco al sujeto B al que amenazó con una navaja (robo con intimidación).
 - El sujeto A, que había sido condenado anteriormente por un delito de hurto, sin que esos antecedentes estén cancelados, es detenido a la salida de un domicilio en el que había entrado a robar tras forzar la puerta de entrada al mismo (robo con fuerza en las cosas).
 - El sujeto A, condenado anteriormente por un delito de estafa, sin que esos antecedentes estén cancelados, es detenido tras haber dado un “tirón” de un bolso y haber huido con el mismo (robo con violencia/hurto).

4. Circunstancia mixta de parentesco: art. 23 Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.

El art. 23 CP contempla el parentesco como elemento que puede operar atenuando o agravando la responsabilidad penal, en función de la naturaleza, los motivos y los efectos del delito. De ahí la calificación de circunstancia mixta.

El parentesco se concibe en término amplísimos en el art. 23 CP, incluyendo al cónyuge o persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad así como al ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente. Para apreciar la agravante es

preciso tanto que exista la relación de parentesco como que el sujeto tenga conocimiento de ella.

Dependiendo de qué delito se cometa, nos encontraremos con que la relación de parentesco puede servir para agravar el injusto del hecho, mientras que en otros casos lo disminuirá. Suele aportarse como regla la de que agravará en los delitos contra bienes jurídicos de naturaleza personal (homicidio, lesiones, etc.) y atenuará en los delitos contra el patrimonio (hurto, robo, estafa, etc), pero no es más que una apreciación de lo que, en general, suele hacer la jurisprudencia, que admite excepciones.

40. Con las prevenciones anteriores, señala en relación con los siguientes delitos si el parentesco debe agravar o atenuar:
- Homicidio
 - Tráfico de drogas
 - Eutanasia
 - Omisión del deber de socorro
 - Robo con violencia

Por otro lado, conviene recordar que el elemento de parentesco es inherente a algunos delitos, como los de violencia de género o familiar, por lo que no cabrá aplicar adicionalmente la circunstancia mixta, pues se incurriría en un *bis in idem*.

III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto y práctica jurisprudencial

Lee atentamente la sentencia transcrita y contesta a las siguientes preguntas:

- ¿Qué circunstancia atenuante considera aplicable el órgano judicial?
- ¿Qué eficacia penológica le otorga a dicha atenuante y por qué?
- Precisa cómo influye la apreciación de la atenuante en la concreción de la responsabilidad penal.

PA 48/2006

Juzgado de lo Penal n.20

SENTENCIA

En Madrid a 7 de abril de 2006.

RAMÓN SÁEZ VALCÁRCEL, Juez de lo Penal nº. 20, ha visto en juicio oral y público, el día de ayer, esta causa seguida por un delito de robo con fuerza en las cosas.

Se ha dirigido la acusación contra D. OLM...

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

I.- ANTECEDENTES PROCESALES

1.- El asunto fue derivado para que se desarrollase un proceso de mediación, en el seno de una experiencia que se lleva a cabo en este juzgado en colaboración con la Fiscalía del Tribunal Superior de Madrid, confiándose el caso a la profesional Dª...

Después de entrevistarse con el acusado y el perjudicado, la mediadora logró que ambos tuvieran un encuentro y llegaron a un acuerdo, en el que el Sr. OLM reconoció los

hechos, mostró su arrepentimiento, pidió perdón al Sr. UU y se comprometió a abonarle el importe de los daños, 120 euros. Éste aceptó las disculpas y el perdón que le ofrecía aquel y la indemnización.

D. Óscar ingresó el dinero en la cuenta del Juzgado antes del juicio.

2.- El Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas del art. 237, 238.2º y 240 del código penal, con la atenuante muy cualificada de reparación del daño.

El acusado y su defensor mostraron su conformidad con los hechos del escrito de conclusiones del Fiscal y con la calificación jurídica.

Pactaron la pena de prisión de seis meses con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, entrega al perjudicado de los 120 euros que había depositado el acusado en concepto de reparación y pago de las costas.

3.- El Sr. ... aceptó la indemnización y donó la cantidad a la asociación La Koma Joven, que gestiona el centro de formación laboral para drogodependientes donde se encuentra en tratamiento, desde enero pasado, D. OLM

II.- HECHOS PROBADOS

1.- El día 13 de junio de 2005 D. OLM fracturó la ventanilla de un vehículo que se hallaba estacionado en la calle Higueras, en Madrid, con ánimo de lucro accedió a su interior y se apoderó de un aparato de radio y cedé. Fue detenido poco después por la policía, que recuperó el objeto.

2.- El coche era propiedad de D UU y sufrió daños valorados en 120 euros, cantidad que el Sr. OLM ha abonado.

3.- D. OLM sufría una adicción a la heroína de larga evolución. Había estado en tratamiento con metadona durante siete años. Quince días antes de esos hechos había abandonado el tratamiento y recaído en el consumo de heroína por vía intravenosa. Ejecutó el apoderamiento del aparato de música para conseguir la sustancia de la que dependía.

Actualmente sigue un tratamiento de recuperación de su adicción en la red pública asistencial del Ayuntamiento de Madrid.

III. MOTIVACIÓN

1.- Acerca de los hechos.

El acusado y su defensa llegaron a un acuerdo con la acusación pública, articulando el consenso sobre el relato de hechos del escrito de conclusiones del Fiscal, que arriba se recoge, con rectificaciones de estilo, en los términos del art. 787.1º y 2º LECrim. En él se integraron dos datos: la reparación llevada a cabo, mediante el pago del importe de los daños y la circunstancia de la grave adicción a las drogas de abuso que padece el Sr.OLM, así como el tratamiento que ha iniciado.

Solicitaron que se dictara sentencia de conformidad.

2.- Fundamentos jurídicos.

2.1.- Calificación y penalidad.

Estimé correcta la calificación de esos hechos que propusieron las partes como un delito de robo con fuerza en las cosas del art. 238.2º y 240 del código penal, al concurrir los elementos del tipo, una acción de apoderamiento de cosas muebles, que recaía sobre un aparato de música, de ajena pertenencia, contra la voluntad del propietario, es decir con fuerza en las cosas como medio que se utiliza para lograr la sustracción, en este caso la rotura de la ventana de una de las puertas del auto como medio para acceder a su interior, con ánimo de lucro, de obtener cualquier beneficio, provecho o ventaja económica, como móvil de la acción, lo que se pone de manifiesto por la propia mecánica comisiva. Como fue sorprendido con el objeto poco tiempo después, en otra calle, por agentes de policía que habían sido alertados por un vecino, el autor tuvo la disposición, bien que momentánea, del aparato de música, por lo que quedó consumada la infracción.

2.2.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Concorre la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP, muy cualificada, pactada por ambas partes, en la medida que el acusado ha reparado el daño que causó, abonando el importe de la reposición de la ventana del auto.

Ha de reconocerse el esfuerzo que el Sr. OLM ha realizado para admitir el daño que causó, asumir su responsabilidad, ofrecer explicaciones y pedir perdón, junto al compromiso de indemnizar el daño material, compromiso que ha cumplido antes del juicio. Todos ellos son datos que evidencian una actitud que va más allá de la propia literalidad de la circunstancia atenuante, porque no sólo ha reparado, reconociendo la norma jurídica y posibilitando la pacificación, o solventación, del conflicto, si no que se ha confrontado personalmente con el perjudicado, ha tratado de obtener un acuerdo satisfactorio para el otro y alcanzar su perdón, mediante el diálogo.

La actitud del Sr. UU ha sido ejemplar. No solo aceptó el reto de entrevistarse con la persona que le había causado el daño material, lo que significa empleo de tiempo, entrega personal y compromiso emocional, si no que ha escuchado, ha comprendido y ha perdonado. Al final, de manera inesperada para todos los que asistíamos al juicio, hizo donación de la cantidad que le había entregado el Sr. OLM a la asociación que gestiona el servicio en el que se encuentra acogido éste, para el tratamiento y recuperación de su dependencia a las drogas de abuso.

El acuerdo fue promovido, con habilidad e imaginación, por la mediadora Sra. XXX z, que colabora en la experiencia. Gracias a su dedicación, este caso ha permitido a los que actuamos institucionalmente en el proceso aprender que puede construirse un espacio de intervención de las partes del conflicto que denominamos delito, porque ellas están concernidas de manera prioritaria en su gestión, no solo en un papel secundario como meros objetos del proceso, unos, o medios de prueba, los otros. Ha permitido, también, valorar la importancia de su protagonismo, gozar de la experiencia, siempre única, de la comunicación entre las personas, comprender que puede avanzarse en la resolución de los problemas relacionados con los delitos mediante otro lenguaje y con otros modos. De esa manera, el proceso deja de ser un caso más, se presenta con rostros concretos, un conflicto que pertenece al autor y a la víctima.

Por otro lado, como se introdujo en el relato de hechos, de acuerdo entre las partes y a mi sugerencia, la causa de la actuación del autor contra el patrimonio del otro fue su dependencia a las drogas, en concreto, su recaída en el consumo de heroína y cocaína, después de siete años de tratamiento con sustitutivos. Su omisión impediría una cabal inteligencia de su acto y de su situación actual. Después de la detención, el Sr.OLM ha iniciado un nuevo tratamiento, se encuentra en la segunda fase, en una terapia de formación laboral, viviendo en un piso de la asociación La Koma Joven.

También parecen adecuadas a la entidad de los hechos, la culpabilidad del acusado y su actitud procesal, las penas pactadas de seis meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

Ha de dictarse sentencia de conformidad (art. 787.1º LECrim.).

2.3.- Suspensión de la condena.

Las partes estuvieron de acuerdo en la suspensión de la pena privativa de libertad por tiempo de dos años.

Concurren todos los requisitos del art. 81 CP, ya que el acusado carece de antecedentes penales, la pena es inferior a dos años de duración y ha reparado íntegramente el daño causado. Carece de peligrosidad criminal, siempre que progrese en el tratamiento iniciado y no se le conocen causas penales pendientes.

Resulta imprescindible, en este momento, garantizar que la condena no repercute negativamente en el desarrollo del proceso terapéutica en el que participa voluntariamente. Para incentivarlo, se acuerda una regla de conducta que deberá observar el Sr. OLM: participará en el programa de tratamiento de la red pública municipal en el que

se encuentra durante un período de seis meses, debiendo informar los servicios mencionados sobre su evolución al transcurso de los seis meses (art. 83 CP). El interesado prestó su consentimiento a esa obligación.

2.4.- Costas.

Se imponen las costas al acusado (art 123 CP y 240 LECrim).

Por lo expuesto,

IV.- FALLO:

1.- CONDENO A D. OLM como autor de un delito de ROBO con FUERZA EN LAS COSAS a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

2.- Se SUSPENDE el cumplimiento de la pena de prisión durante DOS AÑOS, debiendo observar el Sr. OLM como regla de conducta la participación en el tratamiento al que se ha sometido en la red pública de asistencia a drogodependencias del Ayuntamiento de Madrid durante seis meses. Los responsables del servicio informarán de su evolución al finalizar el período.

3.- Abonará las costas.

Hágase entrega a la Asociación La Koma Joven de los ciento veinte euros que D. David Rodríguez Palencia les ha donado, una vez aceptada la indemnización que había abonado el Sr. López Minaya.

Se anticipó el fallo en el acto del juicio, manifestando las partes su voluntad de no recurrir, por lo que se declaró firme en el momento.

Comuníquese la presente resolución a las partes, al perjudicado y a la mediadora.

Procédase a la ejecución de la sentencia.

Llévese certificación literal de la presente resolución a los autos principales.

Ramón SÁEZ VALCÁRCEL, Magistrado-Juez de lo Penal 20 de Madrid.

2. Casos para resolver

a. Breve composición

El alumno deberá destacar, a su libre elección, algún aspecto problemático que no haya sido tratado expresamente en los presentes materiales, de una agravante y de una circunstancia atenuante, reflexionando sobre los problemas que plantea y su solución.

La extensión será de no más de un folio por cada circunstancia y el formato es libre: puede plantear o resolver un caso práctico, comentar una noticia periodística, comentar una Sentencia, etc.

b. Caso de la pelea y el disparo

Sobre las 0,30 horas del 10 de Septiembre, se encontraba Mariano, con antecedentes penales cancelables, en el interior del bar "Bugatti" de Cartagena, cuando observó que José se negaba a pagar sus consumiciones, discutiendo seriamente con los camareros. Mariano, debido a su amistad con los propietarios del bar, se sintió obligado a intervenir y propinó un cabezazo a José, ya que padece una merma importante en la movilidad de la mano y brazo derechos, pagando finalmente José lo debido. Al poco rato volvió José acompañado de su hermano Francisco y de Manuel, iniciándose una pelea entre Mariano y José, llevando aquél la

peor parte. Mariano, aprovechando una distracción de José, huye, pretendiendo José seguirle, cosa que le impiden su hermano y Manuel, abandonando todos ellos el local. Los camareros procedieron a bajar las persianas del bar, oyendo un disparo, que fue efectuado por Mariano con una escopeta marca "Franchi", calibre 12, a una distancia de la víctima de entre 8 y 15 metros, resultando ser ésta otro hermano de José, Bartolome, que enterado de que su hermano estaba peleándose acudía en su ayuda. El disparo le alcanzó en la cabeza, muriendo el día 14 de septiembre a consecuencia de las heridas.

Mariano efectuó a primeras horas del lunes, 11 de septiembre una comparecencia ante el Juzgado de Guardia de Cartagena, al pensar que el Domingo no abría, manifestando a Su Señoría su intención de entregarse con relación a los sucesos ocurridos en la madrugada del día 10 anterior, expresando textualmente que estaba muy arrepentido.

Mariano padece trastornos neuróticos del carácter- límite depresivo- con una personalidad deficitaria, mal estructurada y problemas auditivos.

STS de 16 de Junio de 1993.

¿Qué posibles circunstancias atenuantes o agravantes cabría apreciar en este caso?

c. Caso del robo en el descampado

El día 27 de octubre de 2.007, alrededor de las 04,30 horas, D. Casiano y Dña Sabina se hallaban sentados en el asiento trasero del vehículo mat.YYY a la sazón estacionado en las inmediaciones del mirador de Na Burguesa, situado en la parte alta esta Ciudad de Palma, una zona descampada, alejada de núcleo urbano y no transitada a aquellas horas.

Aprovechando tales circunstancias, y a bordo de una moto, a ellos se dirigieron los acusados Juan y Roman , portando ambos un pasamontañas negro que les cubría el rostro y empuñando respectivamente una escopeta de cañón recortado, marca Norica y una pistola detonadora manipulada marca Blow -sobre las que se volverá-; abrieron sorpresivamente puerta delantera y trasera; conminaron a Dña Sabina a pasar a la parte delantera del vehículo, en tanto uno de los acusados se sentada junto a D. Casiano esgrimiendo contra él la pistola. En esta situación les conminaron a entregar las tarjetas de crédito que portaban y a facilitarles los códigos, y tras registro del automóvil, finalmente se apoderaron de una tarjeta de la entidad barcia "Sra Nostra", un teléfono móvil marca Nokia modelo 8210, 15 E, y un manajo de llaves, todo ello propiedad e D. Casiano ; otra tarjeta de crédito de la misma entidad bancaria, un teléfono móvil marca Samsung, modelo Z-240, y 25 E. todo ello propiedad de Dña Sabina .

Con otro teléfono móvil de Dña Sabina, que había pasado desapercibido a los acusados, pudieron denunciar el hecho a la policía y recabar ayuda, desplazándose hasta el lugar una dotación policial, ya que los acusados, para que no les persiguieran, se habían apoderado de todas llaves que portaba D. Casiano , en cuyo recambio invirtió un total de 68,77 €.

No consta acreditado el importe de los teléfonos sustraídos.

Poco tiempo después, con la tarjeta de crédito sustraída a Dña Sabina , los acusados efectuaron una extracción dineraria de 300 Euros en la sucursal del Banco de Crédito.

Ambos acusados, en prisión provisional por la presente causa desde el 14 de noviembre de 2007, al tiempo de los hechos, habían sido ejecutoriamente condenados, entre otras, y más en concreto por delitos de robo, en las siguientes resoluciones:

- Roman, en sentencia de 26-7-2004, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión, y que, como precedentemente se ha dicho, extinguió el 10 de octubre de 2007.

- Juan, en sentencia de 24-6-2004, a la pena de 2 años de prisión, y 8-2-2006 a la pena de 2 años de prisión, y penas que respectivamente comenzó a extinguir el 13-9-2009.

Ambos acusados en la fecha de los hechos escritos, eran consumidores de sustancias estupefacientes, circunstancia que, si en si bien no afectaba a su capacidad para comprender la ilicitud de los hechos perpetrados, condicionaba, mermándola no seriamente, su capacidad de adecuarse a dicha comprensión, actuando impelidos por la necesidad de procurarse el efectivo metálico para su sufragar los costas de adquisición de dichas sustancias, ya que ninguno de ellos tenía ocupación laboral ni ingresos lícitos conocidos.

El acusado Juan, al ser detenido, nuclearmente reconoció la práctica totalidad de los hechos -excepto el relatado en el apartado Primero,- e indicó que fue Román quien le había acompañado en su comisión, de lo que no se tenía entonces más que vagas sospechas

El acusado Juan, por medio de su defensa, consignó de fecha 18 de febrero de 2009, para su entrega a los perjudicados, la cantidad de 4.000 euros.

Supuesto modificado de la STS núm 766/2010, de 21 de julio.

¿Qué posibles circunstancias atenuantes o agravantes cabría apreciar en este caso?

Lección 22^a

EL CONCURSO DE DELITOS

UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHOS

ÍNDICE

- I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES
- II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA
 - 1. Concurso de normas versus concurso de delitos: recordando lo aprendido
 - 2. Concurso de delitos: concurso ideal versus concurso real. Unidad y pluralidad de hechos
 - 3. Concurso medial
 - 4. Delito continuado y delito masa
- III. APLICANDO LO APRENDIDO
 - 1. Caso resuelto
 - 2. Práctica jurisprudencial
 - 3. Casos para resolver

I. INDICACIONES PARA EL USO DE LOS MATERIALES

El concurso de delitos es un tema susceptible de ser estudiado dentro de la teoría jurídica del delito pero también como un problema de las consecuencias jurídicas del delito, dado que del tipo de concurso que se trate se derivan importantes diferencias penológicas. En esta lección haremos hincapié en los presupuestos y clases de la pluralidad delictiva y solamente apuntaremos las diferentes consecuencias penológicas, en las que se profundiza al estudiar, en la parte correspondiente a las consecuencias jurídico-penales, las diferentes reglas de determinación de la pena.

II. ACERCÁNDONOS AL TEMA Y AL PROBLEMA

1. Concurso de normas versus concurso de delitos: recordando lo aprendido

En la lección segunda, al analizar el principio del *ne bis in idem*, ya hicimos alguna alusión al concurso de normas y al concurso de delitos. Advertíamos de la necesidad, en la que ahora incidimos, de diferenciar ambas figuras.

Estamos ante un **concurso de delitos** cuando para calificar correctamente un hecho, para englobar todo su desvalor, necesitamos aplicar más de una norma.

Ej. A, para impedir que B acuda al notario y otorgue testamento, le propina un golpe en la cabeza causándole una herida que requiere diez puntos de sutura. A responde por un delito de coacciones (art. 172 CP) en concurso con un delito de lesiones (art. 147 CP). Si se castigara sólo por un delito de coacciones, no valoraríamos la lesión de la integridad física. Si castigáramos sólo por un delito de lesiones, no estaríamos valorando la lesión de la libertad de actuación, que es el bien jurídico protegido en el delito de coacciones, pues el delito de lesiones no necesariamente va acompañado de un atentado contra la libertad de actuación. Por eso hay que aplicar ambas infracciones para reflejar todo el desvalor del hecho. Estaríamos, pues, ante un concurso de delitos.

El **concurso de delitos** tiene lugar cuando el sujeto lesiona varios bienes jurídicos y para la correcta calificación de los hechos es necesario aplicar varias normas penales.

1. Compara el ejemplo anterior con el siguiente:

A, mediante violencia, consigue doblegar la voluntad de B y tener relaciones sexuales con B. La conducta de A es subsumible en el art. 172 CP (delito de coacciones). También es subsumible en el delito de agresión sexual violenta (art. 178 CP).

- a. ¿Castigamos por un delito de coacciones?
- b. ¿Castigamos por un delito de agresión sexual?
- c. ¿Castigamos por ambos delitos?

Ten en cuenta que tanto el delito de coacciones como el delito de agresiones sexuales son delitos contra la libertad de actuación. El delito de violación castiga un atentado contra una manifestación específica de esa libertad de actuación: la libertad de autodeterminarse en el terreno sexual. Además, el delito de violación ya contempla como medio comisivo típico, al igual que las coacciones, el uso de la violencia, siempre que ésta no sea desproporcionada.

Nos encontramos ante un **concurso de normas** cuando para calificar un hecho existe más de una norma aparentemente aplicable. Sólo se aplica una puesto que si se aplica más de una norma incurriríamos en un “bis in idem”.

A la vista de estos conceptos sobre concursos, en esta materia nos movemos siempre entre dos principios que han de cohonestarse: el principio de íntegra desvaloración del hecho y el principio de *non bis in idem*. En la calificación de conductas con relevancia penal ha de englobarse todo el desvalor que encierran, pero sin incurrir en repeticiones a la hora de desvalorar los distintos elementos.

En gran medida, si acudimos a una o varias normas penales para la calificación de unos hechos va a depender de la **concreta configuración de los tipos penales y de cómo los interpretemos.**

- Así, por ejemplo, el ya desaparecido art. 501 CP regulaba el delito complejo de robo con homicidio, es decir, la conducta de quien, con ocasión de un robo mataba a alguien. Al desaparecer dicho delito complejo, la conducta de matar con ocasión de un robo se castiga en la actualidad a través de un concurso de delitos, siendo aplicable tanto el tipo de robo correspondiente (arts. 237 y ss. CP) como el tipo de homicidio del art. 138 CP (o asesinato: art. 139 CP). Sólo de esta manera se tiene en cuenta el desvalor del ataque al patrimonio y a la vida.
- Otro ejemplo: A intimida a B con una navaja para robarle, sustrayéndole la cartera. En este supuesto no sólo se lesiona el patrimonio (sustracción de la cartera), sino también la seguridad o libertad de la persona al verse conminada con una navaja para entregar su dinero. Si nuestro Código penal sólo regulara el delito de hurto (ataques patrimoniales en los que no concurre ni violencia ni intimidación) y el delito de coacciones (bligar a otro a hacer lo que no quiere), en este supuesto estaríamos ante un concurso de delitos y el sujeto respondería tanto por un delito de hurto como por uno de coacciones, pero al estar regulado expresamente el robo con violencia o intimidación, la aplicación de este tipo delictivo permite reflejar todo el desvalor del hecho y aplicar además un delito de hurto y/o de coacciones supondría un *bis in idem*.

El concurso de normas es una técnica que se aplicará continuamente durante el aprendizaje de la Parte especial, y una propuesta debidamente argumentada a un supuesto problemático requiere normalmente conocer los concretos delitos aplicables. Sí es necesario, no obstante, durante este semestre aprender los criterios generales para la resolución del conflicto de normas, que están establecidos –aunque con no demasiada claridad– en el art. 8 CP. Los repasamos brevemente:

➤ **Principio de especialidad:** “El precepto especial se aplicará con preferencia al general” (art. 8.1 CP). Ello ocurre, por ejemplo, respecto a todos los delitos cualificados en relación con el tipo básico.

2. A suministra a B un veneno que le permitirá morir plácidamente. B le había pedido insistentemente a A que le ayudara a morir para poner fin a los dolores provocados la enfermedad mortal que padece. La conducta de A podría subsumirse en el art. 138 CP y también en el art. 143 CP. ¿Cuál aplicaríamos?

3. A sustrae un cuadro de un gran valor histórico. ¿Se aplica el art. 234 CP o el art. 235 CP?

➤ **Principio de subsidiariedad:** “El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad ya sea ésta tácitamente deducible” (art. 8.2 CP). Supuestos clásicos de subsidiariedad tácita serían aquéllos en los que se observa una progresión en la intensidad del ataque del bien jurídico, como por ejemplo, la relación existente entre los delitos de peligro

concreto y los de lesión, o entre las distintas fases del *iter criminis* (actos preparatorios-tentativa-consumación).

4. A colabora con ETA proporcionando información sobre las costumbres de X. ETA, utilizando dicha información, mata a X. La conducta de A sería, en principio, subsumible en un delito de colaboración con banda armada (art. 576.2 CP) y también punible en calidad de cooperador necesario en un delito de asesinato terrorista (art. 572.1.1ª). ¿Se aplican ambos preceptos o sólo uno de ellos? Presta especial atención a lo dispuesto en el art. 576.2 CP último inciso.

➤ **Principio de consunción:** “El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas por aquél”. (art. 8.3 CP). Principio muy deficientemente regulado, a veces es difícil de diferenciar de la subsidiariedad tácita. Por ejemplo, en principio puede afirmarse que el desvalor del delito consumado absorbe las fases imperfectas de ejecución y preparación previas o bien, que el castigo de estas fases previas es subsidiario respecto de fases posteriores.

5. A conduce temerariamente su automóvil atropellando a B, que sufre graves lesiones y muere tras diez días debatiéndose entre la vida y la muerte en el hospital. Lee atentamente los siguientes preceptos y determina razonadamente cuál de ellos aplicarías: arts. 152 y 142 CP.

6. A causa a B hematomas en los brazos al agarrarla con fuerza y tratar de yacer con la víctima por la fuerza. ¿Castigamos por un delito del art. 178-179 CP o también por una falta del art. 617 CP?

➤ **Principio de alternatividad:** “En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor” (art. 8.4 CP). Para aplicar esta regla, es necesario que la cuestión del precepto aplicable no se pueda resolver con los criterios anteriores.

7. A intenta introducir 500 gr. de cocaína en España procedente de Colombia. A es descubierto en la frontera En principio su conducta es subsumible en el art. 368 CP y en el art. 3.a) de la LO 12/1995 de represión del contrabando. Lee atentamente ambos artículos, ¿crees que estaríamos ante un concurso de normas o ante un concurso de delitos? ¿Cómo se solucionaría?

En relación a este último ejemplo, cabe aclarar que durante mucho tiempo el Tribunal Supremo vino manteniendo que estábamos ante un concurso ideal entre un delito de contrabando y un delito contra la salud pública, hasta que el Pleno de 24 de noviembre de 1997 decidió que dicha solución suponía una vulneración de la prohibición de *bis in idem*, asumiendo la doctrina de Tribunales inferiores según la cual cuando se trata de drogas el delito de contrabando no estaría protegiendo otro bien jurídico distinto al de la salud pública, es decir, el mismo que se protege en los arts. 368 y ss. CP. Vid. la primera Sentencia que recoge esta doctrina en el apartado “práctica jurisprudencial”. A pesar de que dicha Sentencia menciona el principio de consunción como criterio que decide la aplicación de los arts. 368 y ss., a nuestro juicio estaríamos ante un concurso de normas a decidir según el principio de alternatividad. Si cuando se introduce droga en nuestro país el bien jurídico del delito de contrabando coincide con el de los delitos contemplados en los art. 368 y ss. CP, lo más indicado sería aplicar la norma que

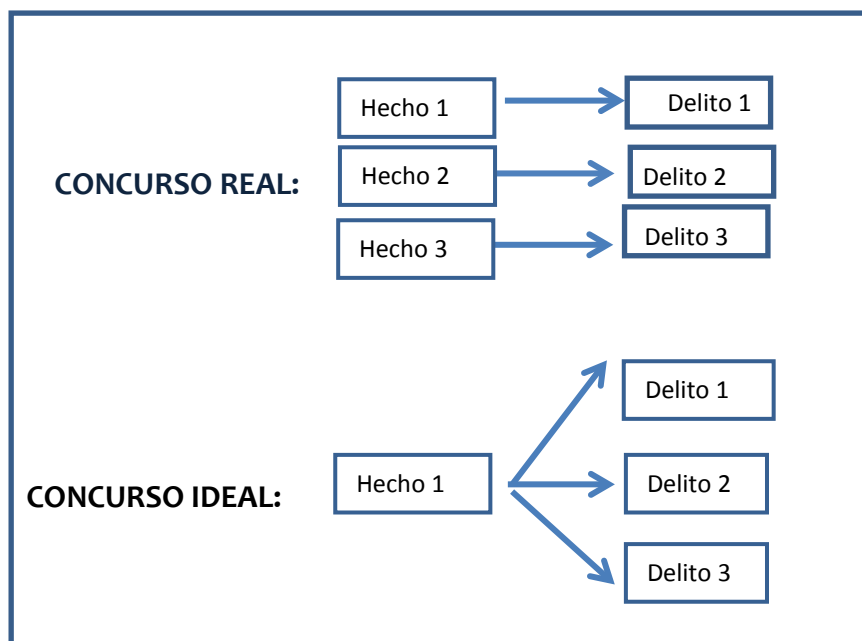
establece mayor pena, si no existe una relación de especialidad, que no parece evidente de acuerdo con la actual regulación. Tampoco entendemos que exista la referida relación de consunción que afirma el Supremo, pues el tráfico de drogas no necesariamente va acompañado de la introducción de droga en nuestro país

2. Concurso de delitos: concurso ideal versus concurso real. Unidad y pluralidad de hechos

Es frecuente que una persona no sea condenada por un delito, sino por varios delitos que lesionen idénticos o diferentes bienes jurídicos (varias muertes, varios robos, violación y lesiones, malversación y falsificación de documentos, incendio y homicidio, etc.) Cómo se refleja esta pluralidad de delitos en la calificación penal constituye el objeto de esta lección.

A tales efectos, hay una diferencia clave que tenemos que entender: la diferencia entre **concurso real** y **concurso ideal**.

Tanto el concurso real como el ideal son especies del concurso de delitos, es decir, el sujeto debe ser castigado por la comisión de varios delitos, sin que baste para desvalorar íntegramente su conducta con la aplicación de un solo delito. Sin embargo, en el concurso ideal esos varios delitos (iguales o diferentes) se cometen a través de un solo hecho y en el concurso real son varios hechos los que realizan varios delitos.



Un ejemplo de concurso real sería la calificación de quien viola y luego mata (autor de un delito de violación en concurso real con un delito de homicidio); o del funcionario que, además de malversar fondos públicos acepta posteriormente cantidades de dinero por tomar determinadas decisiones en el ámbito de su competencia (autor de un delito de malversación de fondos públicos en concurso real con un delito de cohecho). En el concurso real también pueden concurrir los mismos delitos, por

ejemplo, quien en el transcurso de una noche se pega con tres personas distintas causándoles lesiones que precisan tratamiento médico (autor responsable de tres delitos de lesiones en concurso real).

Este es el supuesto más común de concurso real (posteriormente veremos en qué consisten otras modalidades de concurso real, como son el concurso medial, el delito continuado o el denominado delito masa).

En el **concurso ideal** el sujeto también comete varios delitos, pero, a diferencia del concurso real, lo hace a través de un solo hecho. El art. 77.1 CP habla, refiriéndose al concurso ideal del caso “de que **un solo hecho constituya dos o más infracciones**”.

A golpea a un policía rompiéndole la nariz. Se castigaría por un delito de lesiones (art. 147 CP). Sin embargo con esta calificación no estaríamos reflejando todo el desvalor del hecho, pues éste es también constitutivo de un delito de atentado a la autoridad (art. 550 y ss. CP), en el que el bien jurídico menoscabo es la autoridad que representa el agente agredido. Ambos preceptos reflejan desvalores diferentes y su aplicación es necesaria para abarcar todo el desvalor del hecho. Estamos, pues, ante un concurso de delitos y no de normas; y se trataría de un concurso ideal, dado que ambas lesiones han sido producidas por un solo hecho.

A, debido a su grave falta de atención, se salta un semáforo. En un momento dado pierde el control y choca con otro vehículo, causando la muerte a dos de sus ocupantes y lesiones graves a otros dos. Estaríamos ante dos delitos de homicidio imprudente y dos delitos de lesiones imprudentes, todos ellos en concurso ideal.

La diferencia entre concurso real y concurso ideal posee **importantes consecuencias penológicas**, siendo más beneficioso para el reo, en principio, la aplicación del concurso ideal. Si bien estas cuestiones se analizarán con más detenimiento en la parte de consecuencias jurídicas del delito, ha de adelantarse que:

En principio, en los supuestos normales de concurso real procede lo que se conoce como “**acumulación aritmética**”, es decir, las penas impuestas se cumplen simultáneamente (art. 73 CP, ej. privación de libertad e inhabilitación) y, si no es posible el cumplimiento simultáneo (ej. varias penas privativas de libertad), se cumplirán sucesivamente (art. 75 CP), es decir, “se sumarían” las penas, con existencia de los límites temporales establecidos en el art. 76 CP, que es lo que se conoce como “**acumulación jurídica**”.

Por su parte, en el concurso ideal “se aplicará **en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave**, sin que puede exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones” (art. 77.2 CP).

Con independencia de un posterior estudio más pormenorizado de estas reglas de determinación de la pena, conviene aquí acentuar la trascendencia penológica de la cuestión que abordamos.

Imaginemos dos delitos. Ambos tienen establecida una pena de 6 a 10 años de prisión. Si afirmamos que ambos delitos están en concurso ideal, la pena sería la del delito más

grave (en este ejemplo son iguales) en su mitad superior, es decir, la pena concreta se establecería entre 8 y 10 años de prisión. Si afirmamos que se trata de un concurso real, habría que concretar la pena de cada uno de los delitos. Aún en el supuesto de que para cada uno de ellos se estableciera la pena mínima posible (6 años), la pena final no sería inferior a 12 años. Como puede apreciarse, calificar de concurso real o ideal una pluralidad de delitos tiene importantes consecuencias prácticas (en el caso, una pena mínima de 12 o de 8 años), en las que ahora no podemos detenernos pero sobre las que sí hay que llamar ya la atención.

La trascendencia práctica pone de manifiesto la necesidad de precisar, dentro de la pluralidad delictiva, **cuándo estamos ante un solo hecho y cuándo ante varios hechos**. Hay supuestos en los que, para empezar, el sentido común parece decirnos que estamos ante un solo acto.

8. Lee los siguientes supuestos e, intuitivamente, decide si estaríamos ante un hecho o varios hechos a los efectos de aplicar un concurso ideal o real:
 - a. A dispara tres veces a B, resultando mortal el tercer impacto: ¿dos tentativas de homicidio y un homicidio consumado o un solo homicidio consumado?
 - b. A asesta varias puñaladas a B y como éste no acaba de morir, A coge una piedra y le golpea en la cabeza causándole la muerte: ¿un homicidio o una tentativa de homicidio más un homicidio consumado?
 - c. A entra en una casa forzando la puerta y sustrae la televisión, joyas y dinero: ¿tres hechos diferentes contra la propiedad, es decir, tres delitos de robo, o un solo delito de robo?

Claramente estamos ante supuestos de un solo hecho, pero esta cuestión tan importante no es siempre tan fácil de determinar. Lee el siguiente ejemplo.

9. A va conduciendo un autobús y toma una curva muy cerrada con el firme mojado y a una velocidad excesiva. A consecuencia de ello el autobús invade el carril contrario y colisiona con un coche que viene de frente. Resultan dos personas muertas y tres heridas. ¿El comportamiento imprudente cometido es un hecho o varios hechos, es decir, las muertes están en concurso real o ideal?

Probablemente hayas respondido que se trata de un concurso ideal, pues lo sucedido parece verse reflejado en el art. 77 cuando establece que “un solo hecho constituya dos o más infracciones”, pues no plantea ninguna duda que estamos ante una única acción en el sentido físico natural—todo fue provocado por coger mal la curva—. Sin embargo, resulta dudoso que la cuestión de cuándo estamos ante uno o varios hechos pueda ser resuelta exclusivamente desde una perspectiva naturalística en el sentido de existir tantos hechos como acciones o movimientos causantes del resultado. Observa atentamente el siguiente ejemplo que, aunque no podemos concretar su autoría, resulta muy gráfico respecto al problema valorativo que plantea decidir si estamos ante una unidad o pluralidad de hechos.

10. Un sujeto sube una montaña empujando un cochecito. En él van dos gemelos de dos meses. Al llegar a la cima, con intención de que los bebés

mueran, lanza el cochecito al precipicio. ¿A tu juicio están las dos muertes en concurso real o ideal de delitos?

11. Compáralo ahora con el siguiente ejemplo: un sujeto sube una montaña empujando un cochecito. En él van dos gemelos de dos meses. Al llegar a la cima, con intención de matar a los bebés, coge primero a uno y lo lanza al vacío. Después saca al otro bebé e igualmente lo arroja al precipicio. ¿A tu juicio están estas dos muertes en concurso real o en concurso ideal de delitos?

Como razón material del trato más benigno del concurso ideal respecto del real se suele esgrimir la existencia de una única exteriorización de la voluntad. Sin embargo, la duda que plantean los anteriores ejemplos reside en que no resulta evidente la razón que justifica un tratamiento más benevolente del primer sujeto en relación con el segundo. A pesar de lo que los ejemplos propuestos pudieran sugerir, no es este un tema de laboratorio, ni mucho menos, sino que son muy numerosos los ejemplos en que una única acción causa varios resultados típicos. Piénsese, por ejemplo, en quien mata dolosamente a una mujer embarazada o quien coloca una bomba causando varias muertes, lesiones y daños.

Cómo resolver estos supuestos no es una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Existe una línea jurisprudencial según la cual el concepto de “hecho” al que se refiere el art. 77 CP sería diferente a un concepto de acción en sentido físico-natural. **El “hecho” estaría formado no sólo por el movimiento o inactividad, sino también por la voluntad, de tal manera que cuando el sujeto persigue la lesión de varios bienes jurídicos podríamos hablar de varios hechos, aunque propiamente sólo hubiera una acción u omisión** (ej. disparar a una mujer embarazada, accionar una bomba para matar a varios). En estos casos, según la mencionada jurisprudencia, estaríamos ante un concurso real y no ante un concurso ideal. Ahora bien, para ello se suele exigir dolo directo de primer grado, de tal manera que si respecto a los resultados múltiples sólo se puede predicar dolo eventual, o incluso dolo directo de segundo grado, no se apreciaría concurso real sino ideal. Se trata de una doctrina “voluntarista”, pensada para excluir del régimen del concurso ideal supuestos en los que el sujeto no parece merecedor de un trato más benigno, pero esta doctrina necesitaría una mayor elaboración, no aclarándose por qué no se aplica a supuestos en los que el sujeto también puede actuar con dolo directo respecto de los bienes jurídicos afectados como, por ejemplo, la autoridad representada por el agente y la integridad de éste en el caso de un concurso ideal entre atentado y lesiones, concurso ideal que nadie discute.

Para ilustrar la doctrina jurisprudencial citada, transcribimos el fundamento jurídico correspondiente de la Sentencia núm. 861/1997 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 11 de junio. En ella se resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la Sentencia de instancia que condenó a los procesados como autores de cinco delitos de lesiones en concurso ideal con un delito de atentado con uso de armas, un delito de incendio y un delito de lesiones por imprudencia. Los procesados habían lanzado cócteles *molotov* contra un vehículo policial causando lesiones así como el incendio del vehículo. Frente a esta resolución, el Fiscal interpuso recurso de casación, solicitando que se apreciara *animus necandi* y no sólo ánimo de lesionar y que se apreciara un concurso real

entre las tentativas de homicidio. El Supremo casa la Sentencia recurrida y admite la existencia de dolo de matar en su modalidad de dolo eventual, aplicando un concurso ideal, y no real como pedía el Fiscal, con los siguientes argumentos

“Concurre el denominado concurso ideal cuando un solo hecho constituya dos o más delitos (art. 71 CP de 1973). Ha de reconocerse que no es cuestión pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia la relativa al tipo de concurso que debe apreciarse cuando la conducta enjuiciada produce varios resultados, especialmente cuando del concurso ideal «homogéneo» se trata, es decir, cuando cabe apreciar la violación reiterada del mismo tipo penal. El Ministerio Fiscal defiende la existencia en tales casos de un concurso real «cuando... los sujetos dirigen su actuación dolosa a la causación de varios resultados típicos materiales que efectivamente se producen», «puesto que la unidad de hecho descrita por el tipo de resultado doloso se define en función de la causación (dolosa) de un resultado, ...», y cita como ejemplo de sentencias que han aceptado dicha tesis las de los llamados «caso Amedo», «caso de los Abogados de Atocha» y el «caso Hipercon».

En principio, la base del concurso ideal la constituye la identidad del hecho y, en definitiva, la unidad de acción. La dificultad de precisar en múltiples casos cuándo estamos en presencia de una o de varias acciones hace que la frontera entre el concurso ideal y el real sea también difícil de determinar. De todos modos, como se dice en la Sentencia de 23 abril 1992 (RJ 1992\6783) («caso de la Colza»), «partiendo del carácter personal de lo ilícito penal, es evidente que la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos, ...» (F. 17, b). Cosa distinta, por tanto, es que esos resultados fueran directamente queridos por el sujeto.

Si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos -es decir, si el mismo actúa con «dolo directo»- y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de vista de la antijuricidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de «varios hechos» punibles en concurso real. Así, tratándose de la causación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con una arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, más no al resultado -previsto pero no directamente perseguido-, es decir, cuando se actúa con «dolo eventual» -como sucede en el caso de autos- estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso.

De cuanto queda dicho, es preciso concluir que en la conducta de los acusados debe apreciarse un «ánimo homicida», en la modalidad de «dolo eventual» que impide la estimación de la agravante de «alevosía» cualificativa del asesinato y del «concurso real de delitos», por las razones anteriormente expuestas. En este sentido, pues, los hechos objeto de la presente causa son constitutivos de cinco delitos de homicidio, en grado de tentativa (agotada), en concurso ideal...”

(Resulta interesante llamar la atención sobre el hecho de que, si el Ministerio Fiscal no hubiera pedido la apreciación de *animus necandi*, aceptando el *animus laedendi* o dolo de lesionar, que sin duda habría que calificarse de dolo directo de primer grado, según la doctrina referida en la sentencia, entre las lesiones causadas debería apreciarse un concurso real, con lo que la consecuencia penológica resultaría más gravosa que de apreciar dolo de matar en su modalidad de dolo eventual).

3. Concurso medial

El art. 77 CP regula, junto con el concurso ideal, el concurso medial de delitos: cuando una de las infracciones “sea medio necesario para cometer la otra”, asignándole idéntica consecuencia jurídica (la pena del delito más grave en su mitad superior, salvo que penando por separado la pena resultante sea inferior). Aunque regulado junto con el concurso ideal, se entiende mayoritariamente que se trata estructuralmente de un concurso real, formado por varios hechos entre los que existe una relación instrumental, una **relación de medio a fin**. No obstante, el legislador ha decidido otorgar a esta variedad de concurso real el tratamiento penológico del concurso ideal.

La cuestión básica consistirá en determinar **cuándo una infracción es medio para cometer la otra** a los efectos de aplicar el art. 77 CP. No existe una línea doctrinal ni jurisprudencial sobre cuándo ha de afirmarse esa relación instrumental. Podríamos, no obstante, intentar señalar una serie de pautas.

1. No resulta imprescindible poder predicar la necesidad abstracta y en términos generales de uno de los delitos para cometer el otro.

Aunque en términos teóricos y abstractos pueda darse un delito sin el otro, ello no quiere decir que en el caso concreto no puedan presentarse en una relación medio a fin. Si la comisión del delito “medio” fuera siempre imprescindible o siempre acompaña al delito “fin”, entonces estaríamos más bien ante supuestos de concurso de normas, pues el desvalor del delito “medio” ya habría sido tenido en cuenta en la punición del delito “fin”.

12. A, administrador de una empresa, aprovechándose de las funciones que tiene conferidas como administrador, ingresa en su cuenta unos cheques en los que previamente ha falsificado la firma del presidente de la empresa. El delito de apropiación indebida (arts. 252 y ss. CP) puede cometerse sin necesidad de un delito previo de falsedad documental (arts. 390 y ss. CP): ¿consideras esto un obstáculo para poder apreciar un concurso medial en el presente caso?

13. A conmina a B con una navaja para que le dé el dinero. Durante los minutos que dura el desapoderamiento, la libertad ambulatoria de B también está afectada, de hecho, B no escapa porque no puede. ¿Estamos en este supuesto ante un concurso medial entre un delito de detenciones ilegales y un delito de robo o, por el contrario, se trata de un concurso de normas y la calificación es de delito de robo sin más?

14. A retiene a B por la fuerza en el domicilio de éste durante cuatro horas hasta que consiguió que le proporcionara la clave de la caja fuerte, haciéndose con las joyas y dinero que contenía. ¿Estamos en este supuesto ante un concurso medial entre un delito de detenciones ilegales y un delito de robo o, por el contrario, se trata de un concurso de normas y la calificación es de delito de robo sin más?

2. La necesidad ha de valorarse en el caso concreto, pero **¿puede apreciarse concurso medial cuando el delito “medio” favorece la comisión del delito “fin” o cuando resulta realmente necesario en el caso concreto?**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no es muy precisa al respecto, repitiendo declaraciones generales que no resultan de aplicación unívoca al supuesto concreto. No obstante, de dichas declaraciones parece desprenderse que no bastaría en el caso concreto con que el delito “medio” favorezca el delito “fin”, sino que en el caso concreto resultaba imprescindible su comisión. Transcribimos a continuación una de las referidas declaraciones tipo

“El art. 77 del Código Penal de 1995, correspondiente al 71 del anterior [texto legal \(RCL 1973, 2255\)](#), contempla dos diferentes figuras de concursos de delitos para los que establece la misma regla punitiva. Para el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio. La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción. Pero la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria, lo que **deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes.**

Los ejemplos en nuestra jurisprudencia son varios: hemos excluido la relación concursal medial entre el delito de hurto de uso y robo violento, aunque en la intención del autor el uso del vehículo era el medio diseñado para la comisión del delito, al faltar el elemento de la necesidad. De igual manera, el delito de tenencia lícita de armas y el robo violento. Pero estos pronunciamientos no son igualmente precisos al estudiar la concurrencia del delito de detención ilegal y el robo violento, con resoluciones afirmando el concurso ideal, STS 1632/2002, de 9 de octubre, y el concurso real, STS 1670/2002, de 18 de diciembre, a las que antes nos referíamos.

La dificultad para determinar la existencia, o no, del concurso medial estriba en dar un concreto contenido a la expresión de «medio necesario» que exige el presupuesto del concurso. En principio esa relación hay que examinarla desde el caso concreto exigiendo **que la necesidad exista objetivamente, sin que baste con que el sujeto crea que se da esa necesidad.** Ahora bien tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de Leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos Leyes en aplicación simultánea” (Sentencia Tribunal Supremo núm. Sentencia núm. 174/2007 de 9 marzo RJ 2007\802, FJ 3).

Observa estos dos ejemplos:

A vende a B una finca rústica que no le pertenece, para lo cual previamente falsifica una escritura de propiedad. Según la doctrina señalada estaríamos ante un concurso medial, pues, aunque en abstracto puede estafarse a otra persona sin necesidad de cometer previamente una falsedad en documento público, utilizando otro medio de engaño, en el caso concreto probablemente podría afirmarse la necesidad del delito “medio”, pues difícilmente alguien compra un terreno sin requerir un documento que acredite como propietario al vendedor.

A, a causa del resentimiento que tenía hacia ellos, decidió matar a B y C, para lo cual a partir de unos cohetes de feria y otros materiales fabricó unos explosivos con los que intentó matar a sus víctimas, no consiguiéndolo. Aunque obviamente en este caso el delito de fabricación de explosivos (art. 568 CP) fue el medio para matar (138 o 139 CP), el Tribunal Supremo niega la existencia de concurso medial con el argumento de que en el caso concreto las muertes podían haberse intentado por otros medios (STS núm. 1837/2001 de 19 octubre)

15. Intenta aplicar el criterio transcrito a los siguientes ejemplos:

- a. A trae a España a B, mujer de nacionalidad nigeriana, prometiéndole un trabajo como camarera (art. 177 bis CP). Una vez en nuestro país la obliga coactivamente a ejercer la prostitución (art. 188.1 CP). ¿Existe concurso medial entre el delito de trata de seres humanos y el de prostitución coactiva?
- b. A se hace pasar por un policía y así consigue que B entre el coche. Una vez dentro, la conduce a un callejón cercano donde, amenazándola con una pistola, la viola. ¿Existiría concurso medial entre el delito de usurpación de funciones públicas (art. 402 CP) y el delito de violación (art. 179 CP)?

4. Delito continuado y delito masa

Se trata de casos en los que existen claramente varios hechos diferenciados, es decir, una pluralidad de acciones u omisiones, realizando cada una de ellas un tipo delictivo, por lo que estructuralmente estamos ante un concurso real. Sin embargo el Código penal consagra la posibilidad de considerarlos **un único delito continuado o delito masa** cuando se den los requisitos previstos en el art. 74 CP

Art. 74 CP:

1. *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.*
2. *Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En esas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.*
3. *Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad de indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.*

16. A, cajera de un supermercado, cada noche al hacer la caja sustrae 200 euros. Al final de mes ha sustraído 4000 euros. ¿Estaríamos ante veinte faltas de hurto de 200 euros cada una (art. 623.1 CP) o ante un delito continuado de hurto, teniéndose en cuenta para la imposición de la pena el total del perjuicio causado, es decir, 4000 euros (art.234 CP)?
17. A, padrastro de B, a lo largo de los dos años que convivieron en el mismo techo tuvo relaciones sexuales con B, siendo B menor de 13 años (art. 183 CP) ¿Delito continuado del art. 183 CP o tantos delitos del art. 183 CP como acciones típicas concretas puedan probarse?

De la regulación del art. 74 CP se deducen los siguientes requisitos para poder apreciar un delito continuado o delito masa

1. Pluralidad de acciones u omisiones.

18. ¿Es el delito continuado y el delito masa una modalidad de concurso real o ideal?

2. Infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza

19. A se introduce en un apartahotel para sustraer los efectos de valor que encuentre en los diferentes apartamentos. A varios de ellos accede a través de las puertas no cerradas con llave, por lo que la sustracción de efectos sería constitutiva de un hurto (art. 234 y ss. CP); en otros, fuerza la puerta para poder entrar (robo con fuerza en las cosas, art. 238 y ss. CP). Tan sólo en uno de ellos encuentra a sus ocupantes dentro, por lo que les amenaza con una navaja para que le entreguen sus objetos de valor (robo con violencia o intimidación, art. 242 CP). ¿Podría aplicarse un delito continuado contra el patrimonio?

3. En ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión

20. Pon un ejemplo de delito continuado “en ejecución de un plan preconcebido” y otro en el que el autor “aprovecha idéntica ocasión”.

4. Unidad o pluralidad de sujetos pasivos, excepto cuando afectan al honor o libertad e indemnidad sexual, en los que el sujeto pasivo de las diversas acciones tiene que ser el mismo. Cuando se trata de delitos contra el patrimonio en los que se perjudica a una generalidad de personas, hablamos de “delitos masa”.

21. ¿Podría aplicarse el art. 74 CP en los siguientes supuestos?

- a. En una gasolinera truncan los expendedores de gasolina de tal manera que el contador registra más cantidad de gasolina que la realmente expendida. Al cabo del día pasan por la gasolinera unos cien automóviles.
- b. Durante un año aproximadamente, A, padrastro de B y C, de diez y ocho años de edad respectivamente, estuvo abusando sexualmente de ambos. ¿Estaríamos ante un delito continuado de abusos sexuales o ante dos delitos continuados?

5. No aplicación a supuestos de lesión de bienes jurídicos eminentemente personales, a excepción del honor y la libertad e indemnidad sexual.

22. ¿Podría apreciarse delito continuado en los siguientes supuestos?

- a. A, con ánimo de revancha contra B por una antigua afrenta, todos los viernes durante un total de dos meses, hasta que es descubierto, realiza una pintada en algún lugar público con contenido injurioso acerca de B, calificándole de ladrón, estafador, indecente, etc.
- b. A piensa que su mujer le ha abandonado a causa de B, por lo que cada vez que se encuentra con éste, se lanza sobre él golpeándole. Durante el periodo de un mes, A golpeó a B en cinco ocasiones.

En cuanto a las consecuencias penológicas, baste en esta sede señalar que, por lo general, resulta beneficiosa la apreciación del delito continuado, pues su alternativa sería el concurso real de delitos, con la consiguiente acumulación de penas. Sin embargo, la apreciación del delito continuado perjudica cuando cada una de las infracciones cometidas sea una falta contra el patrimonio, pues la pena se calcula en atención al perjuicio total, que puede llegar a ser de más de cuatrocientos euros y, por lo tanto, no sería una falta y sí un delito.

23. Determina razonadamente que resultará más grave en cuanto a las consecuencias penológicas:

- a. ¿Cinco faltas de estafa, cada una por valor de 300 euros, o un delito continuado de estafa? (Vid. art. 623.4 y 249 CP)
- b. ¿Un delito continuado de usurpación de funciones públicas o cinco delitos de usurpación de funciones públicas en concurso real (vid. art. 402 CP)

III. APLICANDO LO APRENDIDO

1. Caso resuelto

a. Supuesto de hecho:

Asunción J. B., Mauricio V. L. y Ernesto M.M., que previamente tenían conocimiento de que en casa de José L. M. había una gran cantidad de dinero en joyas en una caja fuerte, sin que conste acreditado cómo consiguieron tal información, se concertaron para llevar a cabo un robo en el domicilio de José, a donde acudieron provistos de un cuchillo de grandes dimensiones y una pistola. Asunción llamó a la puerta mientras los dos varones se ocultaban y así consiguieron que José les abriera la puerta, entrando los acusados precipitadamente en la casa dándole un empujón y arrastrándole hasta el dormitorio, en donde se encontraba la caja fuerte, procediendo Mauricio a atar de pies y manos al acusado, mientras que Ernesto hacía lo mismo con Lucía, dueña de la casa, que también se encontraba en la misma. En un momento dado y ante la negativa inicial de José a proporcionarles el número de la caja fuerte, Mauricio propinó un fuerte bofetón a José, consiguiendo la información requerida y de esta manera sustrayendo del interior de la misma trece mil euros en metálico y joyas valoradas en veinticuatro mil euros. Tras apoderarse del botín, abandonaron la vivienda, dejando atados y amordazados a sus moradores. Estos permanecieron atados hasta que al día siguiente apareció el hijo de ambos alertado porque sus padres no cogían el teléfono, habiendo estado privados de libertad un total de 26 horas. A consecuencia del bofetón propinado, José sufrió una inflamación que curó sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico. Los acusados en todo momento actuaron de mutuo acuerdo.

Articula y concreta razonadamente la posible responsabilidad penal de los acusados en relación con los siguientes delitos: allanamiento de morada, robo con violencia o intimidación, lesiones y detenciones ilegales.

b. Resolución del supuesto:

Nos encontramos ante un supuesto en el que varios sujetos lesionan varios bienes jurídicos. Dado que no es objeto de la lección en la que se enmarca este caso práctico, no vamos a detenernos en la cuestión de la autoría —que, por otra parte, no plantea excesivos problemas en el presente caso—, aceptando que los tres acusados son coautores en los delitos que se analizarán a continuación.

Sí nos detendremos en el aspecto realmente problemático de este supuesto: la pluralidad de acciones que se suceden en los hechos y la lesión de varios bienes jurídicos, es decir, nos enfrentamos al tema de los concursos.

En primer lugar, vamos a tratar determinar qué delitos se han podido cometer, para posteriormente decidir la relación concursal existente entre ellos.

1. Entrar en el domicilio de otra persona en contra de su voluntad o permanecer en él de la misma manera es, en principio, un **delito de allanamiento de morada** (art. 202.2 CP).
2. Apoderarse de las cosas mediante el uso de violencia o intimidación es un delito de robo (art. 242 CP). La conducta de los acusados sería subsumible en un **delito de robo con violencia o intimidación**, en su modalidad de uso de armas, resultando cuestionable si se aplica la agravación específica de cometer el robo en casa habitada (art. 242.2 CP), como después se verá.

3. Causar a otro una lesión que no requiere tratamiento médico o quirúrgico constituye una falta de lesiones del art. 617 CP.
4. Privar a una persona de la libertad ambulatoria constituye un delito, severamente castigado, de **detenciones ilegales** (art. 163 CP).

A continuación procede determinar razonadamente si las referidas lesiones de bienes jurídicos han de ser castigadas o no de forma autónoma, concretando la relación concursal existente entre las diferentes infracciones penales. Vayamos por partes.

A. Entrada en la casa y robo.

Hasta hace poco la jurisprudencia venía considerando que el delito de allanamiento de morada, que podría entrar en consideración, y el de robo estarían en una relación medial. El concurso medial (art. 77 CP), aunque sigue las reglas penológicas más benevolentes del concurso ideal, se trata en realidad de un concurso real, es decir, varios hechos o comportamientos diferenciados —entrar y permanecer en morada ajena en contra de la voluntad del dueño y apoderarse del patrimonio mediante violencia o intimidación— que lesionan en este caso diversos bienes jurídicos —inviolabilidad del domicilio y propiedad—.

Esta era la solución que venía manteniendo la jurisprudencia para supuestos como el planteado, solución que hoy se torna dudosa con la reforma del Código operada mediante LO 5/2010, mediante la cual se introdujo una agravante específica en el robo con violencia o intimidación: **cuando el robo se cometa en casa habitada o cualquiera de sus dependencias** (contemplada en el punto 2 del art. 242 CP). Ello plantea la duda de si hemos de castigar por un delito de allanamiento de morada o el desvalor de éste ya estaría englobado en esta nueva agravante específica del robo violento. Una argumentación en profundidad de esta cuestión nos obligaría a profundizar en las razones que llevaron al legislador a la introducción de dicha agravante específica y si realmente el desvalor que se sancionaría a través de la agravación coincidiría con el desvalor del delito de allanamiento de morada. En principio así parece, por lo que—y a salvo de que una interpretación más en profundidad de la nueva circunstancia agravante llevara a otra conclusión— procedente parece castigar por un robo con violencia e intimidación agravado por haberse producido en casa habitada y agravado por el uso de armas (art. 242 2 y 3 CP) y olvidarnos del delito de allanamiento de morada, tal y como se viene haciendo con el robo con fuerza en las cosas en casa habitada (art. 241 CP), modalidad existente desde hace bastante tiempo en nuestro Código Penal. Desde esta perspectiva, estaríamos ante un **concurso de normas** a resolver a favor de robo agravado, en aplicación de la regla 3ª del art. 8 según la cual: “el precepto penal más amplio o complejo absorberá los que castiguen las infracciones consumidas por aquel”. Lo que resulta claro es que no podrá apreciarse un concurso de delitos entre un allanamiento de morada y robo con violencia agravado por su práctica en casa habitada, pues con esta calificación estaríamos desvalorando doblemente idéntico hecho (como delito independiente y como agravante específica), incurriendo en un *bis in idem*.

B. Retención de los dos habitantes de la casa y robo.

Por su parte, la relación entre el delito de detenciones ilegales y el delito de robo sería un concurso real de delitos que seguiría las reglas penológicas de los art. 75 y 76 del CP. A continuación trataremos de argumentar esta afirmación.

En primer lugar, hay que descartar que en el presente caso entre ambos preceptos pueda existir un concurso de normas. Es cierto que hay supuestos en los que la privación de libertad queda absorbida (concurso de normas) en el robo, lo que sucede cuando esa privación de libertad es momentánea y fugaz y dura lo estrictamente necesario para el desapoderamiento. Es decir, cuando alguien amenaza a otro con una navaja para que le

entregue el monedero y éste así lo hace, estaríamos ante un robo con intimidación en el que queda subsumida esa momentánea privación de libertad ambulatoria. Ciertamente es que la víctima del robo no sale corriendo porque su libertad ambulatoria también es anulada, pero lo es de forma tan fugaz y necesaria para cualquier desapoderamiento intimidatorio o violento, por lo que se entiende que ya ha sido tenida en cuenta por el legislador al regular y castigar el robo violento o intimidatorio.

También hay casos en los que la privación de libertad alcanza una intensidad que no puede considerarse incluida en el delito patrimonial, debiendo ser valorados independientemente la lesión de ambos bienes jurídicos a través de un concurso de delitos. Así ocurre en el presente caso, donde consideramos que se trata de un concurso real y no medial. Es cierto que la privación de libertad inicialmente fue un medio para conseguir el desapoderamiento patrimonial y deberíamos hablar de concurso medial si la privación de libertad hubiera cesado al marcharse los acusados o poco después. Sin embargo, en el supuesto de hecho a analizar, los acusados dejaron atadas a sus víctimas y así permanecieron hasta que apareció el hijo de ambos 26 horas después, por lo que, al prolongarse mucho más de lo necesario para la consumación del robo, las detenciones ilegales perderían su carácter instrumental respecto a éste, debiendo predicarse una autonomía que se coherente mejor con su punición autónoma junto con el delito patrimonial. Por lo tanto, habría que afirmar la concurrencia de un **delito de detención ilegal en concurso real con un delito de robo**. Hay que advertir, no obstante, que el Tribunal Supremo en algunas resoluciones (p. ej. Sentencia núm. 1620/2001, de 22 septiembre) ha admitido el concurso medial cuando la detención se prolonga algún tiempo más allá del apoderamiento. Esta postura podría sustentarse con el argumento de que el robo no se consuma en el momento de tomar la cosa, sino que es necesario una cierta disponibilidad sobre la misma, es decir, que el autor tenga la oportunidad de disponer de ella escondiéndola, destruyéndola, etc. y que en los casos en que la detención ilegal no se prolonga mucho tiempo más allá de la toma de la cosa, puede interpretarse que sigue siendo instrumental respecto de la consumación del delito “fin”. Sin embargo, en el presente caso, lo prolongado de la privación de libertad nos lleva a negar el referido carácter instrumental y, por tanto, a afirmar la existencia de un concurso real.

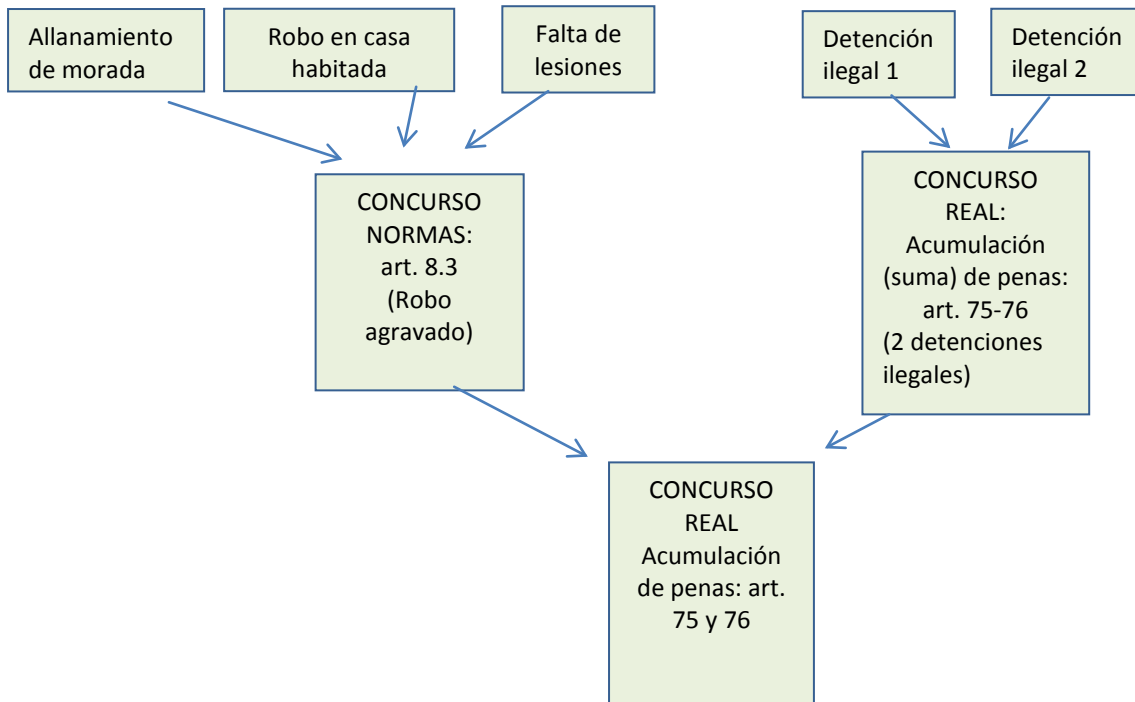
Para finalizar, conviene poner de manifiesto que al ser la libertad ambulatoria un bien jurídico de carácter personalísimo, la jurisprudencia suele entender que de ser varios los sujetos afectados deben apreciarse varios delitos, y no sólo uno, de detención ilegal. Al tratarse de varias acciones —el atar y mantener atado a cada una ~~idénticas~~— estaríamos ante **dos delitos de detenciones ilegales en concurso real**.

C. Bofetón y robo.

Quedaría por determinar la relación entre la falta de lesiones y del robo. A nuestro juicio habría que afirmar que se trata de un concurso de normas, que se resolvería por el principio de consunción (art. 8.3 CP). Estamos ante un tipo de robo, que se caracteriza porque el medio comisivo típico es la violencia o la intimidación que se aplica para vencer la oposición de la víctima. En el presente caso el bofetón que se propinó y que no causó una lesión de entidad, sino sólo una lesión constitutiva de una falta, quedaría integrado, a nuestro juicio, en el elemento típico “violencia o intimidación” del tipo delictivo en cuestión y, por lo tanto, ya valorado en la penalidad del robo violento. Cuestión diferente sería si las lesiones hubieran sido de mayor entidad, en cuyo caso su desvalor desbordaría los contornos de esta modalidad de robo, debiendo entenderse que existe un concurso de delitos y no un concurso de normas como mantenemos para el presente caso. En virtud de lo dicho, la conclusión sería, pues, que **la falta de lesiones no se castiga de forma independiente**.

Ahora sí estaríamos en condiciones de articular la responsabilidad penal de los acusados. Responderían como coautores de un delito de robo con violencia e intimidación, agravado por perpetrarse en casa habitada y agravado por el uso de armas. Asimismo responderían como coautores de dos delitos de detención ilegal en concurso real entre ellos. Entre el robo, por una parte, y las detenciones ilegales, por otra, existiría un concurso real.

Este caso puede constituir un buen ejercicio para determinar la pena cuando nos adentremos en las consecuencias jurídicas del delito. De momento basta con el siguiente esquema.



2. Práctica jurisprudencial

Tráfico de drogas y contrabando: ¿uno o varios bienes jurídicos protegidos, ¿concurso ideal o concurso de normas?

A continuación transcribimos la Sentencia núm. 1088/1997 de 1 de diciembre de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (RJ 1997/8761) (Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater). Esta Sentencia, que inició un cambio jurisprudencial muy importante, aborda la relación (concurso de delitos versus concurso de normas) entre el delito de tráfico de drogas (art. 368 CP) y un delito de contrabando (entonces en el art. 2.3.a), hoy en el art. 3.a) LO 12/1995 tras su reforma de 2011). Léela atentamente y contesta las siguientes preguntas:

- ¿Cómo venía configurando el Tribunal Supremo hasta esta sentencia la relación entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando?
- ¿Cuál era la opinión doctrinal sobre dicha jurisprudencia?
- Según la Sentencia transcrita, ¿la conducta enjuiciada lesionaría uno o varios bienes jurídicos? Argumenta la respuesta
- ¿Cómo configura el Tribunal Supremo la referida relación a partir de esta Sentencia?

e. ¿Has tenido alguna dificultad para entender esta Sentencia? ¿cuál?

La Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia con fecha 5-11-1996 por la que condena a Alessandro G. como autor de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia, en concurso ideal con el delito de contrabando, a la pena de ocho años y un día de prisión mayor, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y multa de 101.000.000 de ptas. por el delito de tráfico de drogas, y a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, iguales accesorias y multa de 30.000.000 de pesetas por el delito de contrabando. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado y dicta segunda sentencia por la que condena al acusado a la misma pena por el delito de tráfico de drogas y le absuelve del delito de contrabando.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.-

El recurso se apoya en el art. 849.1.º LECrim y se refiere a la infracción, por aplicación indebida del art. 2.º.1.3, a) y 3.º de la LO 12/1995, de 12 diciembre, de Contrabando (RCL 1995\3328). Entiende el recurrente la condena por contrabando en concurso ideal con el delito de tenencia de droga para el tráfico, tal como lo ha decidido el Tribunal «a quo», vulnera el principio «non bis in idem». En particular, el recurrente pone en tela de juicio que la Ley de Contrabando cuando incrimina la introducción de géneros prohibidos tenga la finalidad de proteger bienes jurídicos diversos de la salud pública. En tal caso, sostiene la Defensa, nos encontraríamos ante una infracción progresiva que se debería resolver de acuerdo con los criterios que la jurisprudencia emplea en esta especie de situaciones concursales, señalando al efecto los casos de ataques «cualitativamente diferentes» con la propiedad (SSTS 4 julio 1988 [RJ 1988\6465] y 20 enero 1989 [RJ 1989\55]) en los que el robo de uso se declara absorbido por el robo y los casos de «falsedades mediales en los delitos de estafa sobre inmuebles» (SSTS 22 mayo 1987 [RJ 1987\3112] y 22 abril 1989 [RJ 1989\3500]), en los que el primero se declara absorbido en el segundo.

El recurso debe ser **estimado**.

1. La cuestión de la posible concurrencia ideal de los delitos de tráfico de drogas (art. 368 CP) y contrabando [art. 2.3, a) LO 12/1995 (RCL 1995\3328)] se había planteado ya en la jurisprudencia de esta Sala con el derecho anteriormente vigente (arts. 344 CP de 1973 [RCL 1973\2255 y NDL 5670] y 1.º.3 LO 7/1982 [RCL 1982\2029 y ApNDL 2977]). Durante la vigencia del Código Penal de 1973 y de la LO 7/1982 la jurisprudencia entendió que ambos delitos concurrían idealmente en los casos de unidad de acción y rechazó en forma sistemática que sólo fuera de apreciar un concurso de normas. Las razones que fundamentaron esta decisión fueron expuestas en forma genérica en diversas sentencias de esta Sala, por lo menos a partir de la STS 25 septiembre 1985 (RJ 1985\4451), en las que se sostuvo que en tales casos nos hallamos en un «supuesto típico de doble criminalidad» y, por lo tanto, «ante un concurso ideal de delitos en razón de la diversidad de bienes jurídicos protegidos por sendas infracciones, resolviéndose los problemas que su penalización entraña atendiendo a las prescripciones del art. 71 CP» (STS 85/1986, de 27 enero [RJ 1986\186]). En particular este punto de vista se explicitó, entre otras sentencias, en la STS 238/1986, de 19 febrero (RJ 1986\625), en la que la Sala sostuvo, recogiendo una jurisprudencia ya expuesta en las SSTS 26 septiembre 1984 (RJ 1984\4288) y 17 abril, 25 septiembre y 6 diciembre 1985 (RJ 1985\2094 y RJ 1985\5996), que «los delitos contra la salud pública por tráfico de drogas y el de contrabando son susceptibles de sancionarse conjuntamente a través de un concurso ideal de infracciones penales conforme al art. 71 del Código Penal, sin atacar ni

violar el principio jurídico «non bis in idem», ya que las conductas que den lugar al primero de los delitos atacan a la salud pública y las de contrabando a intereses económicos que necesitan como requisito previo el de haber introducido, penetrado, o comercializado en el territorio español con violación de la normativa que rige la obligación tributaria de las mismas». En la STS 266/1986, de 25 febrero, la Sala caracterizó nuevamente los bienes jurídicos protegidos por las figuras del tráfico de drogas y el contrabando, aunque haciendo referencia en el caso de este último a «los intereses del Estado, las disposiciones administrativas de aduana».

Esta jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tuvo en principio una finalidad que se pone de manifiesto en las SSTs 238/1986 y 266/1986 y que era clara: el delito de contrabando sólo podía ser aplicado al tenedor de la droga en los casos en los que se probara que éste había realizado, o tomado parte en la realización de alguna otra manera jurídico-penalmente relevante, las acciones previstas en la Ley de Contrabando. De esa manera se corregía la tendencia a aplicar sistemáticamente el art. 344 CP de 1973 juntamente con el artículo correspondiente de la Ley Orgánica de Contrabando.

2. Sin tener en cuenta este aspecto positivo de la jurisprudencia reseñada los pronunciamientos en dicho sentido fueron criticados por la doctrina, pues se estimó que, en realidad, la dualidad de bienes jurídicos era artificial, dado que la disposición contenida en la LO 7/1983, de Contrabando, también protegía la salud pública, con lo cual la aplicación del art. 71 CP de 1973 constituía una vulneración del principio «non bis in idem».

La jurisprudencia recogió esta crítica y las SSTs 3058/1989, de 2 diciembre (RJ 1989\9380), remitiéndose a lo expuesto en la de 27 octubre 1989 (RJ 1989\8445), admitió la unidad del bien jurídico protegido, pero mantuvo la aplicación del art. 71 CP de 1973 sosteniendo que «aun cuando el bien jurídico vulnerado sea el mismo: la salud pública, los comportamientos vulnerantes pueden ser dobles: el del simple tráfico y el del tráfico al que se sobreañade el plus de antijuridicidad representado por la introducción desde territorios de producción». A ello se agrega en la sentencia citada: «que ambos comportamientos se residencien normativamente uno en el Código Penal y el otro en norma extravagante del mismo, pero con naturaleza orgánica, es indudablemente un defecto de técnica legislativa, pero no supone incursión en el vedado «non bis in idem», ya que si en manera correcta se crease un subtipo agravado del tipo genérico del art. 344 CP derivado de la introducción directa o en connivencia con el introductor (cuyas consecuencias punitivas serían idénticas a las actuales) nada cabría objetar a la exacerbación punitiva, pues se trataría en definitiva de un plus de antijuridicidad semejante al que representa el tipificado en los números 2 y 3 del art. 255 CP de 1973». Lo decisivo -concluye la argumentación- es que «no son comportamientos iguales el tráfico simple que el tráfico al que se adiciona una conducta previa de tipo instrumental o medial, que es lo que en definitiva dota de fundamento a la norma contenida en el art. 71 citado» (cfr. también la STS 28 octubre 1996 [RJ 1996\7758]).

3. La doctrina ha insistido en su punto de vista inicial y rechazado la nueva fundamentación de la jurisprudencia. Básicamente se sostiene que una vez reconocida la identidad de bienes jurídicos desaparece la posibilidad de aplicar el art. 71 CP de 1973 y el actual art. 77.1 CP vigente (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777). En este sentido se ha sostenido que, aunque el legislador pudiera crear una circunstancia agravante por la introducción de la droga, lo cierto es que no lo ha hecho y que el Tribunal Supremo no puede atribuirse facultades legislativas, pues si no hay dualidad de delitos (por afectarse una dualidad de bienes jurídicos), el Tribunal no puede manejar una dualidad de sanciones. La aplicación del art. 77 CP a casos en los que no existe concurso ideal importaría, desde esta perspectiva, una extensión analógica «in malam partem» de la Ley Penal. En todo caso, se sostiene en la doctrina, siempre cabe la posibilidad de contemplar la mayor gravedad atribuida a la introducción clandestina de la droga en la individualización de la pena correspondiente.

La doctrina ha criticado también la idea del llamado «plus de antijuricidad» desde dos puntos de vista. Por un lado se ha señalado que el concepto de antijuricidad desde la perspectiva de la antijuricidad formal no es cuantificable, dado que se agota en una relación de contradicción entre el hecho y la norma que se da o no se da, pero que no se da más o menos. Por otro lado, se ha puesto de manifiesto que, si se reformulara el concepto de antijuricidad como una entidad graduable, en el sentido pretendido por una opinión minoritaria defensora de la teoría de la antijuricidad material, es indudable que este «plus» sólo podría estar representado por la lesión adicional de otro bien jurídico diverso del contenido en el art. 368 CP. Consecuentemente, concluyen los críticos, si se sostiene que el tipo de tráfico de drogas y el de contrabando de drogas protegen un mismo bien jurídico no puede haber un plus de antijuricidad, pues siempre se trata de una única lesión jurídica.

4. La nueva redacción tanto del Código Penal como de la Ley de Contrabando plantea una nueva situación, dada la modificación operada en el sistema de consecuencias jurídicas y en las reglas de su ejecución. Si se tienen en cuenta estos aspectos se comprueba una considerable intensificación del rigor penal sufrido por el delito de tráfico de drogas previsto ahora en el art. 368 CP. No sólo ha aumentado la pena de privación de libertad prevista para este delito en números absolutos, de tal forma que ahora puede llegar hasta 9 años en el caso de las drogas llamadas duras y hasta 3 años en el caso de las que no causan grave daño a la salud. También se debe considerar que ha desaparecido la reducción de penas por el trabajo (art. 100 CP de 1973), lo que aumenta de hecho el tiempo de cumplimiento prácticamente en un tercio respecto de lo que se preveía en el Código anterior. Una prueba de ello es la tabla de reducciones que prevé la disposición transitoria 11.ª de la LO 10/1995, del nuevo Código Penal. Es claro que en estas condiciones la pena contemplada actualmente para el tráfico de drogas es considerablemente más alta que la prevista en el anterior derecho.

5. Consecuentemente, la nueva legislación obliga a una verificación de la interpretación fundada en el concurso ideal entre tráfico de drogas y contrabando. A tales efectos se debe tener presente que el principio de proporcionalidad no solamente se dirige al legislador, sino también al intérprete de la Ley, dado que se deriva del valor justicia establecido en el art. 1.º CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) como valor superior del ordenamiento jurídico y obliga, por lo tanto, a todos los poderes públicos (art. 9.1 de la Constitución Española).

En este sentido, es preciso tener en cuenta que con la nueva legislación, una vez efectuada la reducción establecida en la disposición transitoria 11.ª respecto de la pena prevista para el contrabando en la LO 12/1995, la pena que puede resultar del concurso ideal de tráfico de droga y contrabando puede alcanzar a la de 12 años de prisión (para las drogas que causan grave daño a la salud) y de 6 años (para las que no causan grave daño a la salud). Tales penas, a las que, como se dijo, ya no es aplicable la reducción prevista en el art. 100 CP de 1973, resultan sumamente graves, dado que su máximo es poco menor que el previsto para el homicidio en el art. 138 CP. Es evidente, en una comparación sistemática, que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad un delito de peligro abstracto para la salud de sujetos indeterminados, no puede ser sancionado con una pena máxima escasamente menor que la aplicable si se hubiera causado la muerte de una persona determinada, sólo porque la droga fue introducida desde el exterior sin lesionar ningún otro bien jurídico.

De estas comparaciones surge el llamado «plus de antijuricidad» al que se vienen refiriendo algunas sentencias de esta Sala para hacer referencia a la introducción de la droga en España desde el exterior ya tiene que haber sido incluido por el legislador en la amenaza penal prevista para el tráfico de drogas en el art. 368 CP, dado que, de lo contrario, la pena resultante resultaría desproporcionada en relación al contenido de ilicitud

y de culpabilidad del hecho. Por lo tanto, en la medida en la que el concurso de normas por consunción depende en gran medida de la magnitud de las penas amenazadas, es indudable que la introducción de la droga desde el extranjero, si aumenta la gravedad del hecho, puede ser adecuadamente reprimida con las nuevas penas previstas en el Código Penal para el tráfico de drogas, quedando consumida la supuesta lesión de la norma del contrabando en la del tráfico de drogas en virtud del principio «lex consumens derogat legis consumptae». Por lo tanto, la introducción de la droga desde el extranjero sería un «hecho acompañante característico» del tráfico de drogas prohibidas, que, por regla, no se producen en España, y que, como ocurre con otros delitos (por ejemplo con el robo y las coacciones o las injurias y los delitos contra la libertad sexual), el legislador ya ha tomado en cuenta por la frecuencia de su concurrencia en la pena que prevé para el delito consumente.

6. Sobre la base de éstas consideraciones el Pleno de la Sala reunido el 24 de noviembre de 1997 ha decidido que en razón de la situación jurídica posterior a la reforma de 1995 la concurrencia del tráfico de drogas y del contrabando de éstas sólo da lugar en el nuevo derecho a un concurso de normas que se resuelve según lo establecido en el art. 8.3.º CP. La Sala estima que no es de aplicación al caso el art. 8.4.º CP, dado que éste presupone una unidad de acción que en el presente caso no se da, pues la tenencia de la droga y su introducción en España constituirían dos acciones independientes.

En suma: en los supuestos de introducción de la droga en España desde el exterior el art. 368 CP alcanza toda la ilicitud del hecho, pues no existe un interés fiscal defraudado en la medida en la que aunque el autor lo hubiera querido satisfacer ello no hubiera sido posible. Asimismo, tampoco existe en estos casos un mayor peligro para la salud pública, toda vez que todo el peligro proviene de la tenencia de la droga dentro del territorio. Precisamente lo que crea el peligro es la introducción de la droga en España y no su introducción por sí misma.

Contra esta interpretación se podría sostener que si el legislador ha mantenido el contrabando de drogas en la Ley de Contrabando (art. 2.3, LO 12/1995) es porque entiende aplicable a estos casos de concurrencia las penas previstas para el contrabando, excluyendo el art. 8.3.º del Código Penal.

Sin embargo, lo cierto es que el art. 2.3, L.O. 12/95 no agota su sentido en la represión de la tenencia de droga para el tráfico superpuesta con la prevista en el art. 368 CP. Por el contrario el delito de contrabando de drogas está previsto por el legislador con una función autónoma. En tal sentido debe ser entendido como un auténtico delito fiscal de contrabando, cuyas penas son aplicables a los que teniendo una expresa autorización administrativa para la introducción (p. ej.: con fines farmacéuticos) de drogas, en general prohibidas, eluden su despacho en las oficinas de aduanas. En estos supuestos el legislador ha considerado que se debe aplicar siempre la pena correspondiente al delito de contrabando aunque el valor de la droga no supere los 3.000.000 pts., pues es evidente que quienes están en posesión de una autorización especial y eluden la presentación de dichas drogas dificultan los controles a los que debe estar sometida la mercancía peligrosa creando con ello un riesgo adicional que justifica el aumento de rigor previsto para el contrabando en estos casos, en los que se afecta también un interés extrafiscal.

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto por el procesado, A. G., contra sentencia dictada el día 5 de Noviembre de 1996 por la Audiencia Provincial de Madrid, en causa seguida contra el mismo por un delito contra la salud pública y otro de contrabando; y en su

virtud, casamos y anulamos dicha sentencia declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

3. Casos para resolver

a. Concurso de normas versus concurso de delitos

Se considera probado, y así se declara probado, que el día ... sobre las 2:50 horas aproximadamente, cuando Doña Luciana, de nacionalidad rumana, acababa de llegar a la Estación de Autobuses de ..., en viaje en autobús desde su país, fue abordada por el acusado identificado como Luis Ángel y por otra persona no identificada, quienes se dirigieron a ella diciendo ser policías al tiempo que mostraban una placa como las que sirven de identificación a los policías. Acto seguido, le pidieron los indicados a aquella, que les exhibiera su pasaporte, lo que así hizo. También le preguntaron si llevaba su seguro de viaje, y por el dinero que llevaba encima. La señora les mostró el dinero que llevaba consigo (600 euros), apoderándose los acusados de 580 euros, y dejándola 20 euros.

Luis Ángel fue condenado por un delito de usurpación de funciones públicas (art 402 CP) en concurso medial con un delito de estafa (art. 248 CP). La defensa del condenado recurre la sentencia alegando que no estaríamos ante un concurso medial, sino ante un concurso de normas, a decidir por el principio de consunción, debiendo aplicarse tan sólo el delito de estafa. Se argumenta que el elemento típico de la estafa es el engaño y en este caso la forma de engañar fue la usurpación de la condición de policía, por lo que su desvalor ya estaría contemplado en el delito de estafa. ¿Estás de acuerdo con esta argumentación? De entender que estamos ante un concurso de delitos, ¿piensas que se trataría de un concurso ideal o de un concurso medial?

b. Concurso real versus concurso ideal

«El procesado Pedro José N. M., de 23 años de edad, sin antecedentes penales, y en prisión por estos hechos desde el 28 de octubre de 1999, que se hallaba separado de su esposa M^a Carmen M. P., de 24 años de edad, de cuyo matrimonio hay una hija, Irene, de tres años cuando ocurrieron los hechos, pero desde agosto de 1995 habían reanudado su convivencia en Mislata, Calle Miguel Quiles número ...; sin embargo la relación entre ambos era difícil puesto que M^a Carmen se encontraba embarazada de ocho meses y medio y por este motivo el día 6 de octubre de 1995 tenía que acudir a Hospital La Fe, en Valencia, para ser visitada por el médico. Sobre las 8 horas de la mañana de ese día se produjo una fuerte discusión entre ambos, siendo escuchada por los vecinos, en el curso de la cual ella quiso huir de la casa abriendo la puerta de la vivienda, pero el procesado la introdujo de nuevo, cerrando violentamente la puerta y con ánimo de darle muerte y con conocimiento de que con ello provocaba igualmente la muerte del hijo próximo a nacer, la cogió por el cuello presionando hasta que quedó desvanecida y como observó que seguía con vida la remató estrangulándola. Dejó el cadáver en el mismo lugar quedándose él en la casa hasta las 12 cuando trasladó el cuerpo mediante una manta hasta el cuarto de baño en donde la dejó en el suelo, marchándose luego a su trabajo hasta las 22.30 horas, y a su regreso colocó el

cuerpo en el polibán, procediendo luego a descuartizarlo, utilizando un cuchillo, introdujo las partes en bolsas, y a continuación se dirigió al pantano de Forata donde tiró algunas, y enterró en varias partes en el campo de Chiva las restantes, de las cuales únicamente se pudo encontrar los huesos propios de un brazo de la fallecida» (Supuesto de hecho de la STS 357/2002, de 4 de marzo)

La Audiencia de instancia condenó al procesado como criminalmente responsable en concepto de autor, de un delito de asesinato y de un delito de aborto (art. 139.1 y 144 CP) en concurso ideal del art. 77 CP, con la circunstancia agravante de parentesco (art. 23 CP), a la pena de veinte años de prisión y accesorias. Frente a este fallo, la acusación particular interpuso recurso de casación por entender que entre los delitos de asesinato y aborto apreciados existió concurso real y no ideal. ¿Cuál es tu opinión al respecto? Argumenta la respuesta

c. ¿Un delito continuado de estafa u ochenta y nueve faltas de estafa?

El acusado, Virgilio R. C., mayor de edad y carente de antecedentes penales en el momento de la comisión de los hechos, en el mes de Diciembre de 2010 solicitó vía telefónica una tarjeta de crédito a la entidad Bancaria del Banco de Santander. Dicha tarjeta le fue remitida días después. Con la tarjeta en su poder, el acusado, conocedor de que no había realizado ingreso de ningún género en la correspondiente cuenta corriente ligada a la tarjeta visa, y guiado de un ánimo de lucro, procedió durante los días 31 de Diciembre de 2010 a 30 de Abril de 2011 a realizar diferentes adquisiciones- gastos mediante el uso de la tarjeta visa. Llegando de esta manera a realizar hasta un total de ochenta y nueve (89) operaciones en las indicadas fechas, operando siempre en idéntica manera y por un importe total de 1.195.270 pesetas; sin que ninguna de dichas operaciones superara los 400 euros.

Determina la responsabilidad penal del acusado teniendo en cuenta lo dispuesto en los art. 248 y 623.4 CP.

d. ¿Delito continuado de abusos sexuales?

Bartolomé mayor de edad y sin antecedentes penales estuvo casado con Leticia conviviendo en el domicilio conyugal sito en la DIRECCIONooo núm. NUM001NUM002- NUM003 en compañía de sus dos hijas Aurora de 14 años en la actualidad y Lorena menor que la anterior.

En fecha no determinada del año 2000 contando Aurora con 11 años de edad el acusado comenzó a masturbarse con cierta periodicidad delante de su hija invitando a la niña a que le tocara y le acariciara sus partes genitales. Posteriormente el acusado pasó de ser tocado a tocar en el pecho y en sus zonas íntimas a su hija realizando este tipo de conductas con asiduidad sin poder determinarse el número exacto.

Finalmente cuando Aurora había cumplido los 12 años y no había llegado a los 13 (12 y medio aproximadamente) el acusado le invitó a tener plenas relaciones sexuales con la misma con penetración vaginal accediendo Aurora. Hecho éste que se prolongó en el tiempo, continuando, una vez separado de su esposa, y que tenía lugar durante los fines de semana que Aurora iba estar con su padre (supuesto de hecho de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3ª), núm. 20/2005, de 4 marzo).

Determinar la responsabilidad penal del procesado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 183 CP.

PREGUNTAS OBJETO DE EXAMEN

ÍNDICE

- I. INDICACIONES
- II. LISTADO DE PREGUNTAS

I. INDICACIONES

Como se explica en la Guía Docente, una de las partes de la prueba objetiva, consiste en la contestación a una o varias preguntas de la presente lista, que deberán irse preparando a lo largo de periodo docente. En esta parte del examen no podrá utilizarse el Código penal.

Quienes no sean nuestros alumnos, pueden utilizar estas preguntas para comprobar sus conocimientos y preparar la materia.

II. LISTADO DE PREGUNTAS

1.- Diferencias entre Derecho penal en sentido objetivo y en sentido subjetivo. (5')

2.- Teorías sobre los fines de la pena. (30')

3.- ¿Cómo se explicaría desde la perspectiva de las principales teorías acerca de los fines de la pena la posibilidad prevista en el art. 80 CP de suspensión de la ejecución de la pena? Atender tan solo a los arts 80, 81 y 83 CP. (30')

4.- Antonio Fuentes, de 22 años de edad, cuando volvía a casa de una fiesta junto con un amigo que no ha sido identificado forzó la puerta del garaje donde se hallaba el automóvil modelo Volvo N 80 propiedad de Jesús Arévalo, pinchó las cuatro ruedas del vehículo, arañó la carrocería y rompió una de las ventanas del automóvil sustrayendo el equipo de música que se hallaba oculto debajo de uno de los asientos y que está valorado en 500 euros. Los daños en el automóvil se tasaron en 560 euros. (El garaje era un anexo a la vivienda de la víctima sin comunicación interna con ella).

El Fiscal pidió para Antonio Fuentes una pena de prisión de 2 años y 3 meses como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas (art. 240, 241CP) y una pena de multa como autor de un delito de daños (art. 263,625 CP).

Mientras se tramitaba el proceso penal, el párroco de la Iglesia del barrio donde ambos residían, enterado de lo sucedido y conociendo a ambos implicados los convenció para que se reunieran y hablaran de lo sucedido. En el curso de la reunión Antonio pudo comprobar que el dueño del Volvo no era un “ricachón que conducía coches lujosos” como él había imaginado, sino un representante comercial que necesitaba un coche adecuado para su trabajo. También pudo

comprobar los perjuicios que a Jesús le causó los daños en el coche, pues aunque los desperfectos de la pintura estaban cubiertos por el seguro, no así las nuevas ruedas ni el equipo de música, habiendo tenido que dejar de trabajar durante dos días. Además Jesús explicó que los hechos le habían producido un gran stress porque hasta que se descubrió que los había realizado Antonio, pensaba Jesús que quizá no habían entrado en el garaje de su casa de forma casual, sintiéndose amenazado.

Por su parte, Jesús se quedó bastante impresionado al comprobar la situación personal de Antonio, hijo de una mujer deficiente mental y de padre desconocido, sin estudios ni trabajo estable. Como resultado del encuentro Jesús manifestó, plasmándolo por escrito, que no tenía ningún interés en que a Antonio se le impusiera una pena de prisión y que, dado que Antonio era insolvente y que no podría satisfacer el perjuicio económico causado, se conformaba y se daba por resarcido del daño causado, si Antonio le escribía una carta manifestando que era consciente del daño que le había generado y pidiendo disculpas, como así se hizo.

El abogado de Antonio presentó la carta en el proceso penal, pidiendo que el acuerdo entre víctima y ofensor fuera tenido en cuenta en la determinación de la responsabilidad penal. Pedía que en atención a dicho acuerdo se rebajara la pena y siendo entonces la pena menor de dos años, se le pudiera suspender su cumplimiento (vid. Art. 8o CP).

A dicha petición se opuso el Ministerio Fiscal, arguyendo que el Derecho penal es un Derecho público no pudiendo quedar la respuesta al delito al arbitrio de las partes. Entendía el Fiscal que en la determinación de la respuesta penal fenómeno delictivo no sólo hay que atender a los intereses u opinión de la víctima, sino que existe un interés público en que el delito no quede sin respuesta, añadiendo que la suspensión del cumplimiento de la pena en estos casos supondría un menoscabo del efecto preventivo general de la norma penal.

- a. Con independencia de mediante qué figuras jurídico-penales podría articularse la petición de la defensa, razona cuál de las posturas mantenidas te parece la correcta.
- b. Con independencia de cuál sea tu opinión, contrargumenta las afirmaciones del fiscal, teniendo en cuenta las teorías sobre la función del Derecho penal y los fines de la pena. (30')

5. ¿Puede el legislador penal crear mediante ley ordinaria un delito que tenga establecida una pena de multa? Señala cuál de las siguientes es la respuesta correcta, a tu juicio, y por qué. (15')

- a. Es necesaria una ley orgánica, porque el impago de la multa da lugar a la responsabilidad personal subsidiaria, de acuerdo con lo establecido en el art. 53 CP.
- b. No es necesaria una ley orgánica, porque la posibilidad de transformación de la pena de multa en pena privativa de libertad ya está establecida en una ley orgánica, el art. 53 CP.

6. ¿Constituye el principio de legalidad un derecho fundamental? Argumenta la respuesta. (5')

7. Comenta brevemente las garantías y exigencias derivadas del principio de legalidad. (15')

8. Fundamento del principio de retroactividad de las leyes penales favorables. (10')

9. El 1 de mayo de 2010 la persona X cometió un delito castigado con una pena de prisión de seis meses a un año según la ley vigente en ese momento. El 1 de febrero de 2010 el Parlamento

aprueba una ley de reforma del Código penal en la que se modifican numerosos preceptos, entre otros se deroga la norma que tipificaba penalmente la conducta de X, que pasa a ser atípica. Dicha ley establece un periodo de *vacatio legis* de seis meses, por lo que entra en vigor a los seis meses de su publicación, que tuvo lugar el día 2 de febrero de 2010. El 3 de junio de 2010 se celebra el juicio de X. ¿Qué norma habrá de aplicar el órgano sentenciador? Explica jurídicamente la situación desde la perspectiva de la aplicación temporal de la ley penal. (20´)

10. El 23 de noviembre de 1995 se aprobó la LO 10/1995 de nuevo Código penal (CP 1995), publicada en el BOE el 24 de noviembre, que vino a sustituir al Código penal de 1973. Esta Ley Orgánica entró en vigor el 25 de mayo de 1996. El 21 de noviembre de 1995 surgió en Julián la idea de matar a Tomás. El 25 de noviembre le propinó varias puñaladas, pero éste no murió en el acto, sino que estuvo debatiéndose varios meses entre la vida y la muerte hasta que falleció el 1 de junio de 1996 a consecuencia de las heridas. Condenado por un homicidio consumado, señala la respuesta correcta teniendo en cuenta que la aplicación del CP de 1973 le resultaría más favorable al autor que la aplicación del CP de 1995. Justifica tu elección y por qué las demás opciones no son correctas.(20´)

- a. Se le aplica el CP de 1973 por ser la norma penal más favorable.
 - b. Se le aplica el CP de 1995 por tratarse de una norma ya aprobada en el momento de la acción.
 - c. Se le aplica el CP de 1973 por ser la norma vigente en el momento en que surgió la idea de delinquir.
 - d. Se aplica el CP de 1973 por ser la norma vigente en el momento de la acción.
 - e. Se aplica el CP de 1995 por ser la norma vigente en el momento de producción del resultado.
 - f. Se aplica el CP de 1995 por ser la norma que castiga con más gravedad los hechos.
 - g. Ninguna respuesta es correcta.
 - h. e y f son correctas
-

11. Define brevemente las siguientes formas de interpretación: interpretación literal o gramatical, interpretación sistemática, interpretación teleológica e interpretación histórica. (15´)

12. Contesta a las siguientes preguntas: (30´)

- a. ¿Qué significa aplicar una norma penal analógicamente?
 - b. ¿Cuál es la diferencia entre aplicación analógica e interpretación extensiva? Pon un ejemplo de cada una de ellas
 - c. La analogía en contra del reo está prohibida en Derecho penal. ¿De qué principio limitador del *ius puniendi* se deriva dicha prohibición? Aclara brevemente el fundamento de dicha prohibición.
 - d. ¿La analogía a favor del reo está prohibida o está permitida en Derecho penal? ¿Estás a favor o en contra de la analogía *in bonam partem*? ¿por qué?
-

13. A convive con B desde hace diez años, aunque no están casados. A sustrae a B 2.000 euros con el fin de pagar unas deudas de juego. ¿Puede aplicársele a A la cláusula de exención de la responsabilidad penal prevista en el art. 268.1 CP? Razona extensamente la respuesta. (25´)

(Art. 268.1: Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos

por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación).

14. Señala las diferencias entre concurso de normas y concurso de delitos y pon un ejemplo de cada uno de ellos. (15')

15. Dilucida argumentadamente si en los siguientes casos la doble punición supondría o no un *bis in idem*: (20')

- a. A conduce a 220 km/h en una vía interurbana. Le imponen a A una sanción penal por cometer el delito previsto en el art. 379 CP. Al mismo tiempo le aplican la Ley de Seguridad Vial y le imponen una sanción administrativa por exceso de velocidad.
 - b. A golpea a un policía causándole lesiones. A es condenado por un delito de lesiones (art. 147 CP) y por un delito de atentado (art. 550, 551 CP).
 - c. Un interno, A, en un Centro Penitenciario golpea a otro interno causándole lesiones. A es condenado por un delito de lesiones (art. 147 CP). Al mismo tiempo se le aplica la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento, imponiéndosele una sanción de aislamiento en celda por la alteración del orden que ha supuesto su conducta y las lesiones causadas.
 - d. Un juez dicta una sentencia absolutoria a sabiendas de que procede en aplicación de la ley condenar al procesado. El juez es condenado por un delito de prevaricación del art. 446 CP. Se le aplica además la circunstancia agravante séptima del art. 22 CP (vid. art. 67 CP).
-

16. ¿Qué son las leyes penales en blanco y qué problemas plantean desde la perspectiva del principio de legalidad? Pon algún ejemplo. (15')

17. En la Audiencia Nacional se juzga el “caso Couso”, reportero gráfico español presuntamente asesinado en la guerra de Irak por militares estadounidenses que habrían disparado su tanque a pesar de saber que se trataba de un periodista. ¿Dónde está recogida la competencia de la jurisdicción española para conocer de estos casos? ¿Qué es lo que se establece al respecto? (más información sobre el caso Couso: <http://www.20minutos.es/noticia/228473>).(15')

18. Responde a las siguientes cuestiones sobre el Tribunal Penal Internacional (TPI): (15')

- a. Competencia material del TPI
 - b. Competencia espacial del TPI
 - c. ¿Quién puede impulsar la actuación del TPI?
-

19. A, de nacionalidad saudí y de gran influencia en su país por sus vínculos con la monarquía reinante, presuntamente violó a la joven B, de nacionalidad española, durante su estancia de un mes en Arabia Saudí. La violación se habría cometido en el transcurso de una fiesta ofrecida por A, a la que asistió B.

B intenta denunciar los hechos ante las autoridades saudís para que A sea enjuiciado y castigado, pero a la vista de las dificultades de todo tipo, una vez en España presenta una denuncia ante el Juzgado de Guardia de la ciudad donde reside. Se daba la circunstancia que al

tiempo de presentar la denuncia ante la jurisdicción penal española, A se encontraba de viaje en nuestro país.

Determina razonadamente si resulta aplicable el Derecho penal español a los hechos narrados. (15')

20. ¿Qué es la teoría jurídica del delito? ¿Para qué sirve? (15')

21. Definición de delito y de cada una de los componentes de dicha definición. (20')

22. ¿Qué clase de delito son los siguientes tipos? Razone brevemente las características de cada uno. (25')

- a. Delito de violación (art. 179 CP)
 - b. Delito de omisión del deber de impedir determinados delitos (art. 450 CP)
 - c. Delito de tráfico de influencias (art. 428 CP)
 - d. Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 379 CP)
 - e. Delito de detención ilegal (art. 163 CP)
-

23. El “Comportamiento humano” como primer requisito para la relevancia penal de una conducta y causas de exclusión del mismo. (15')

24. El procesado M.B., a consecuencia del cansancio y la fatiga que venía sintiendo desde hacía algún tiempo, se quedó totalmente dormido al volante, mientras discurría por la carretera nacional núm. V en el término municipal de Calzada de Oropesa y ello determinó que ni viera las señales de peligro, limitaciones de velocidad, preferencias de paso, ni conos acotando el espacio por donde podía discurrir y determinó la desviación de su dirección, invasión del arcén y atropello del celador de Obras Públicas que en aquel lugar cumplía sus obligaciones, arrollándole y causándole la muerte.

Analiza jurídico-penalmente este supuesto. La defensa del procesado pide la absolución argumentando que la conducta que produjo el resultado (desviar la dirección del vehículo) no puede ser calificada de comportamiento humano. ¿Qué opinas de dicho argumento? ¿Ha de responder penalmente el procesado por la muerte del celador y, en caso afirmativo, cómo se articularía dicha responsabilidad? (20')

25. Resume en media hora la doctrina de la imputación objetiva del resultado. (30')

26. Analiza las diferencias entre los siguientes supuestos desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva. (15')

- a. X en el curso de una pelea propina un empujón a B en el pecho. B muere a consecuencia de la inhibición de los centros cardiorrespiratorios provocada por una extraña, y desconocida por la víctima, malformación congénita en los pulmones.
 - b. X está limpiando su escopeta sin descargar y sin tomar las precauciones necesarias. La escopeta se le dispara y hiere a B, que se encontraba en la misma habitación. B muere al despeñarse la ambulancia que le conducía al hospital.
-

27. Movido y ofuscado por los celos que le producían determinadas actitudes de su esposa Gracia, Urbano aprovechó que ésta estaba dormida para asestarle con un cuchillo un total de treinta puñaladas en el tórax y abdomen, algunas de las cuales llegaron a afectar a órganos vitales como el estómago e intestino. A los gritos de Gracia pidiendo socorro acudió un hijo del matrimonio, quien trasladó inmediatamente a su madre a un centro hospitalario, donde ingresó inconsciente, siendo intervenida quirúrgicamente, siendo su pronóstico postoperatorio crítico. Varias horas después de la operación, Gracia recuperó la consciencia y, sin que el personal de guardia se percatara, se quitó el catéter a través del cuál se le estaba practicando una transfusión sanguínea. Como consecuencia de la interrupción del tratamiento, Gracia falleció a las pocas horas. Gracia era desde hacía varios años miembro de la Asociación Testigos de Jehová y, por lo tanto, rechazaba las transfusiones de sangre, aunque nada había manifestado respecto a su voluntad en el hipotético caso de necesitar dichas transfusiones.

Determina razonadamente la responsabilidad penal de Urbano por los hechos descritos. (30')

28. El procesado, Joaquín G.F., en las primeras horas de la tarde del 24 de julio de 1971 y por cuestión de unos pagos referentes a unas obras que le había hecho Emilio G.J. discutieron y pasando de las palabras a los hechos se acometieron golpeándose; propinándole el procesado a Emilio un puñetazo en la nariz que le produjo fractura de los huesos propios y pequeño desgarro en la mucosa, con la consiguiente hemorragia (pronosticada médicamente de leve salvo complicaciones) que no fue contenida debido al estado inherente de la cirrosis hepática avanzada que padecía el agredido, que falleció el 31 del mismo mes y año a consecuencia de anemia aguda causada por dicha hemorragia. Según dictamen médico, la precitada cirrosis hubiera producido la muerte en el curso de unos cuantos meses.

¿Responde Emilio de la muerte de Joaquín? Razona tu respuesta. (20')

29. Ángel, movido por la profunda enemistad hacia Luis, decidió matarlo, pese a que sabía que la madre de Luis, María del Carmen, estaba muy enferma del corazón y debido a ello, y a su avanzada edad, la noticia de la muerte de su hijo supondría un disgusto difícil de soportar. En ejecución de su plan, Ángel esperó a Luis en el camino que conducía a su casa y, cuando lo vio venir, salió a su encuentro disparándole dos veces con una escopeta de caza, causándole la muerte en el acto. Cuando una hora después María del Carmen tuvo conocimiento por la Guardia Civil del fallecimiento de su hijo, y de la forma en que éste se había producido, sufrió una crisis cardíaca que determinó su fallecimiento.

Analiza jurídico-penalmente el comportamiento de Ángel en relación con la muerte de María del Carmen y determina su responsabilidad penal, si es que existe. (20')

30.-Concepto y clases de dolo. (20')

31.- Luis marchaba de noche, por la carretera de Santa Coloma de Famés a Palamós, cuando en una curva de reducida visibilidad, se apercibe que al borde del arcén hay dos personas, que hacían indicación de hacer autostop, para que les llevara y parase el coche. El procesado, comenta con los ocupantes de su vehículo que iba a dar un susto al peatón que les hacía dicha señal y realizándolo, avanzó de modo descuidado e irreflexivo, orillándose hacia el arcén donde se encontraban los peatones que demandaban su parada, lo que determinó golpear a uno de ellos,

lanzándolo sobre el capó del automóvil, arrastrándolo unos cinco metros, ocasionándole tan graves heridas en la cabeza que a los tres días falleció a consecuencia de ellas.

Determina la responsabilidad penal de Luis respecto a la muerte del peatón. (30´)

32.- Un joven de casi 20 años de edad, K, había conocido en 1999 al vendedor de seguros M., con quien había accedido a mantener ciertos contactos sexuales, probablemente a cambio de dinero. También por aquellas fechas, el citado K entabló amistad con J.. Para poder comprar ropa y pagar el alquiler de una habitación, a estas dos personas se les ocurrió la idea de sustraer a M. cierta cantidad de dinero, pensando que éste no les denunciaría por temor a que trascendieran sus relaciones homosexuales. Con este fin planearon que una vez dentro de la vivienda, dejarían a M. inconsciente dándole un golpe con un saco de arena en la cabeza, habiendo descartado antes la posibilidad de hacerlo cortándole la respiración con una correa de cuero por temor a causarle la muerte.

El 25 de febrero de 2000 K y J convencieron a M para que les permitiera pasar la noche en su casa, a lo que éste accedió. A las cuatro de la madrugada y de acuerdo con el plan, J. Golpeó a M. con el saco de arena mientras éste dormía, acción que sólo sirvió para despertarle. En aquel preciso momento K. recurrió a la correa de cuero, que había llevado consigo pero que no tenía planeado utilizar, y, con la ayuda de J., consiguió colocarla alrededor del cuello de M., tirando con fuerza de ambos extremos hasta que éste dejó de moverse, procediendo entonces a maniatarlo. Seguidamente, se apoderaron de una serie de objetos y antes de abandonar la vivienda observaron que M no respiraba, intentado algunas maniobras de reanimación y, tras comprobar que había muerto a consecuencia del uso de la correa, abandonaron la vivienda.

El Tribunal de instancia condenó a los procesados por un delito de homicidio causado con imprudencia grave. El Ministerio Fiscal recurrió pidiendo que fueran condenados por un homicidio doloso. Analizar el supuesto de hecho centrándose en la disyuntiva homicidio doloso/homicidio imprudente (no es necesario analizar otros aspectos del caso como por ejemplo la autoría), poniendo de manifiesto los argumentos que fundamentarían ambas posturas y señalando cuál es a su juicio la calificación correcta y por qué. (40´)

33.- El acusado Sebastián B. A., en el curso de una discusión con su esposa, Damiana S. M., sacó una navaja de 12 centímetros de hoja, clavándosela en el cuello y, a continuación, y ante los gritos de ella y la sangre que manaba de la herida, salieron los dos esposos de casa, pidiendo auxilio a los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la guardia civil, lográndose, gracias a la rápida intervención médica, salvar la vida a la mujer.

¿Responde Sebastián de un homicidio en grado de tentativa, concurriendo la atenuante 5ª del art. 21 del Código Penal, o solamente de unas lesiones dolosas? (10´)

34. La regulación del error contenida en el art. 14 CP (tipos de error y sus consecuencias jurídicas), con un ejemplo de cada una de las variantes contenidas en dicho precepto. (30´)

35. Analiza brevemente los siguientes supuestos de error, argumentando en su caso la repercusión del error en la responsabilidad penal del autor: (30´)

- a. Andrés contrata a Begoña, sobrina de la señora de la limpieza, como modelo para la realización de unas fotografías de carácter pornográfico. Begoña asegura tener dieciocho años cumplidos, lo que ratifica su tía, a quienes Andrés concede credibilidad a pesar del aspecto aniñado de Begoña y de que no le enseñan documentación alguna. Begoña en realidad tenía dieciséis años (Art. 189.1 a) CP).

- b. A, proveniente de un país donde la venta de drogas “blandas” no es delito, proporciona a X cinco gramos de hachís a cambio de una determinada cantidad de dinero, en la idea de que en España, igual que sucede en su país, la venta de este tipo de drogas no está castigada (art. 368 CP).
- c. Y ha descubierto que su mujer le engaña con su compañero de trabajo, X. Una noche escondido tras unos matorrales, espera que X llegue a su casa para dispararle. A la hora que X suele llegar, ve como una silueta se aproxima y sube las escaleras de la casa. Entonces dispara. Al acercarse descubre que a quien ha disparado no es X, sino su propio padre, Z, de parecida estatura y complexión, que quería hacerles una visita sorpresa. Z muere a consecuencia del impacto.

36. Variante a: Vicente, sintiéndose fuertemente atraído por Leonor, hija de unos vecinos del lugar, con la excusa de que le ayudara a buscar unas setas, consigue que ésta le acompañe a una casa abandonada en las inmediaciones, donde de forma brusca le da un beso en la boca, intentando despojarla de las ropas. Leonor protesta diciendo que la deje en paz y que nunca tendría relaciones con él por considerarlo un patán y un idiota. Vicente, sumamente alterado por el rechazo y los insultos de Leonor, comienza a golpearla gritando que de no ser suya no sería de nadie, cayendo ambos al suelo, donde le agarra el pelo y le golpea con fuerza dos veces la cabeza contra el suelo y sacando una navaja le asesta una puñalada en la zona del abdomen. A consecuencia de los golpes Leonor pierde el conocimiento, de lo que se percibe Vicente. Debido al estado inerte de Leonor y a que sangraba abundantemente por la herida de arma blanca, Vicente piensa que Leonor está muerta, y presa de un gran nerviosismo la arrastra hasta un pozo cercano, donde arroja el cuerpo. La autopsia pone de manifiesto que Leonor murió una vez arrojada al pozo por ahogamiento. Determinar razonadamente la responsabilidad penal de Vicente. No es necesario analizar el supuesto desde la perspectiva de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Variante b: Vicente atrajo a Leonor a la casa abandonada con la intención de, tras abusar de ella sexualmente, acabar con su vida apuñalándola y, posteriormente, ocultar el cadáver en el pozo. Leonor no muere por las heridas de arma blanca, sino por ahogamiento en el pozo.

Determina razonadamente la responsabilidad penal de Vicente. (40´)

37. Contesta a las siguientes preguntas: (30´)

- a. Idea un supuesto de lesiones causadas por imprudencia grave y un supuesto de lesiones causadas por imprudencia leve, explicando las razones de dicha calificación y especificando el tipo penal aplicable
- b. Regulación en el Código Penal del homicidio imprudente. Basta referirse a los tipos básicos, no siendo necesario memorizar las penas.
- c. ¿Responde penalmente el tercero que por imprudencia leve causa el aborto de una mujer embarazada? ¿Por qué?
- d. La enfermera A, de forma inadvertida, confunde el medicamento de un enfermo, suministrándole otro totalmente contraindicado para su enfermedad. Debido al sabor amargo de dicho medicamento, el enfermo lo escupe, percatándose entonces la enfermera del error cometido. De haber ingerido el medicamento suministrado, el enfermo hubiera podido morir. ¿Cuál sería la responsabilidad penal de la enfermera?

38. Son hechos probados y así se declaran que el acusado Porfirio, mayor de edad, nacido el 03/03/69, sin antecedentes penales, sobre las 05:15 horas del día 19 de noviembre de 2008 se encontraba en su domicilio de la localidad de Almáspera. Días antes compró dos bombonas de gas

butano de 6 kilogramos cada una con la intención de quitarse la vida de una forma dulce al inhalar gas. Colocó en su dormitorio las mentadas bombonas de butano junto a su cama, una a cada lado de la cama, con las espitas de los reguladores abiertas y en un momento no determinado, pero minutos después de abrir las espitas, encendió un mechero para fumar un cigarro, provocando así una enorme explosión seguida de un incendio que causó daños, no sólo en su vivienda sino también en el propio edificio y en los colindantes y en casas vecinas, así como en vehículos estacionados en las proximidades. Incluso resultaron lesionadas tres personas, que precisaron tratamiento médico quirúrgico, creando un evidente riesgo para la integridad del resto de vecinos. Porfirio sufrió un desmayo, pero pudo salir por su propio bien de la vivienda tras la explosión. (SAP de Valencia [Sección. 2ª] núm. 277/2011, de 7 de abril).

Determina razonadamente la responsabilidad penal de Porfirio por los hechos narrados. (40')

39. Sobre las 00:30 horas del día 5-01-04, y cuando Tomás conducía su taxi matrícula F-...-FV, llevando como ocupante a Ángel y otras dos personas que no reclaman, se detuvo ante el semáforo en rojo que tenía en el cruce de las calles, Federico Rubio y Gali, con Francos Rodríguez de esta Villa, y al ponerse el mismo en verde tras una espera, se introdujo en el cruce, de modo que cuando tenía pasados tres cuartos del mismo, un poco más allá de la mediana central, inopinadamente, fue golpeado en su derecha por el vehículo matrícula ...-WMR conducido por Marcos y asegurado en la mutua Madrileña Automovilista, quien circulando a una velocidad muy superior a la permitida, no respetó el semáforo en rojo que le incumbía y saltándose, colisionó al taxi, causándole a Tomás las heridas que se reflejan en el informe del médico forense de 25-05-04, y a Ángel las del informe del forense de 9-6-04, quedando el taxi siniestro total, no pudiendo poner otro en servicio hasta pasados 21 días del accidente por la necesidad de los trámites administrativos y la instalación en el mismo de elementos de esa industria, como son el taxímetro, la emisora etc.». SAP Madrid (Secc. 23ª) 241/2005, de 1 de julio.

Tomás fue condenado por una falta de lesiones imprudentes graves. La Defensa de Tomás recurre considerando que no procede hacer la calificación que hace el Juzgador como grave de la imprudencia cometida por aquél, pues lo que ocurrió es que se despistó y no vio el semáforo. ¿Ha de estimarse el recurso presentado? (30')

40. Elementos del tipo de los delitos en comisión por omisión. (30')

41. Determina la responsabilidad penal de A en los siguientes casos, argumentando brevemente la respuesta. (20')

- a. El sujeto A, mientras conduce su automóvil, observa que acaba de producirse un accidente de tráfico. A sigue su camino y no se detiene a auxiliar. Dos minutos más tarde un automóvil se detiene, avisando a los servicios de urgencia, que logran salvar la vida del accidentado.
- b. A se marcha sin auxiliar. Tras media hora sin que pase ningún otro coche, el herido muere desangrado, pudiendo haberse evitado la muerte con una sencilla atención médica.
- c. A observa que se ha producido un accidente, para su coche y se acerca al herido. Comprueba que está lleno de sangre y que no respira. Dado que A conduce sin carné de conducir, decide marcharse ya que entiende que no puede hacer nada por quien considera muerto. En realidad el herido estaba vivo, a pesar de lo aparatoso de las heridas. Cinco minutos más tarde pasa un coche que avisa a los servicios de urgencia, que logran salvarle la vida.

42. El día 3 de mayo de 2002, siendo las 3 de la madrugada aproximadamente, Alvaro R. llegó al gimnasio “Miami Gim” donde había trabajado hasta dos días antes, provisto con dos bidones de gasolina de 30 litros cada uno, con la intención de prender fuego al edificio como venganza por haber sido despedido días antes, a su juicio injustamente, después de 10 años de servicios. Tras acceder al patio del gimnasio, que hacía las veces de garaje, y abrir la puerta trasera del edificio, cuya llave conservaba, penetró en la planta baja donde estaban situados la sala de aparatos, sala de aeróbic, vestuarios y saunas, rociando con gasolina los puntos de estas dependencias más adecuados, a juicio del acusado, para que el fuego se propagara, tras lo cual les prendió fuego con el mechero, abandonando acto seguido el edificio. Al salir al patio se percató de que, aparcado en una zona de sombras del patio, estaba el coche del dueño del gimnasio, Luis F, coche que no había visto anteriormente, lo cual le extrañó porque el dueño no solía dejar allí su automóvil una vez terminada la jornada laboral.

Ello le hizo temer que el dueño del gimnasio estuviera durmiendo en su despacho, situado en la planta alta, donde tenía un sofá cama, y donde recordó que últimamente había pasado algunas noches cuando se peleaba con su mujer, con la que no mantenía buenas relaciones, temor éste que se confirmó cuando de vuelta al coche pudo ver cómo Luis F pedía auxilio a través de la ventana enrejada del despacho, de donde no podía salir porque las llamas alcanzaban la planta alta. Rápidamente ponderó la posibilidad de avisar a los bomberos, posibilidad que descartó, porque la salvación de Luis hubiera supuesto el ser descubierto como autor del incendio.

Los bomberos, avisados por un viandante, llegaron al edificio 30 minutos después de los hechos y tras apagar el fuego rescataron el cuerpo sin vida de Luis F, que había muerto por asfixia a consecuencia de la inhalación de humos producidos por el fuego.

La conducta del acusado consistente en prender fuego sería constitutiva de un delito doloso de incendio. No hay que argumentar la responsabilidad del procesado por este delito, ni consultar en el Código penal los delitos de incendio. Analiza jurídico penalmente el resto de la conducta descrita en los hechos teniendo en cuenta lo estudiado en la lección 10 (La omisión. Comisión por omisión) y que existen dos posibles calificaciones aparentemente viables, exponiendo ambas y pronunciándose razonadamente por una de ellas. (50’)

43. La frontera entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos. Teorías al respecto. (20’)

44. La tentativa inidónea. (20’)

45. Actos preparatorios: régimen de punición en el Código penal. (20’)

46. Argumenta razonadamente si el desistimiento del autor puede ser calificado de voluntario a los efectos del art. 16 CP en los siguientes casos: (30’)

- a. A se dispone a sustraer el bolso de un transeúnte, B, a quien ha amenazado con una navaja. En ese momento observa que pasa otro transeúnte, C, con aspecto mucho más pudiente, lo que hace que deje a B y se marche tras C.
- b. Al sicario A le han ofrecido 12.000 euros por matar a B. A dispara a su víctima hiriéndole gravemente. B le ofrece 24.000 euros si le traslada al hospital y le salva la vida, a lo que A accede consiguiendo finalmente que B no muera.

- c. A, con intención de tener relaciones sexuales con B, le amenaza con una navaja. B le engaña proponiéndole relaciones sexuales consentidas al día siguiente, propuesta que A termina creyendo y aceptando.
 - d. A había planteado deshacerse de B. En el momento en que se dispone a disparar, se da cuenta de que un testigo inesperado e indeseado le observa escondido tras unos setos.
-

47. El día veinte de febrero, sobre las 21.30 horas, Luis C.C. abrió, sin que conste el medio que utilizó, la puerta del vehículo Fiat Uno M, propiedad de Joaquín B.M. que lo había dejado aparcado y cerrado en la calle Menéndez Pelayo, logrando ponerlo en marcha y circulando por diversas calles de Madrid. Sobre las cero treinta horas, ya del día 21 de febrero, Luis C.C. estando en la calle Padre Damián aparcó el vehículo Fiat Uno, y se dirigió a Constantino V.R., que trabajaba como aparcacoches de un restaurante, conminándole con el revólver que llevaba para que le entregara una d las llaves de vehículos de las que disponía, afirmando que si no le pegaría dos tiros. Negándose a ello Constantino V, guardó entonces Luis el revólver y, sacando un machete, una de cuyas hojas era de sierra, se aproximó más a Constantino y reiteró su exigencia con la advertencia de pincharle. Constantino persistió en su negativa, optando entonces Luis C. por marcharse del lugar.

¿Responde el procesado por un delito de tentativa de robo o por el contrario hay que apreciar la existencia de desistimiento voluntario? (20')

48. Contesta las siguientes preguntas sobre la Sentencia 809/2011, de 18 de julio, del Tribunal Supremo, sobre la que has tenido que trabajar en los materiales correspondientes a la lección 11. *Iter criminis* tras haberla buscado y cuyos hechos probados se resumen a continuación: (25')

- a. ¿En concepto de qué condena la Audiencia Provincial de Tarragona al acusado?
- b. El acusado recurre en casación (ante el Tribunal Supremo) la Sentencia de la Audiencia, alegando que debería haberse apreciado desistimiento voluntario. ¿Estima el Tribunal Supremo el recurso del procesado? ¿Cómo califica los hechos el Tribunal Supremo?
- c. Resume en un máximo de diez líneas el razonamiento del Tribunal Supremo sobre la concurrencia o no de desistimiento voluntario (Vid. Fundamento Jurídico Primero. En éste encontrarás algunos argumentos de naturaleza procesal. Interesan en nuestro contexto los argumentos de Derecho penal sustantivo)

HECHOS PROBADOS

"De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral, ha resultado acreditado que:- El día 23 de julio de 2008, alrededor de las 06:30 horas Marco Antonio y su esposa Marisa estaban acostados en la cama del dormitorio de la vivienda familiar sita en Calle Pere IV, de El Vendrell (Tarragona) cuando, después de que sonara el despertador, de repente, el Sr. Marco Antonio se puso encima de su esposa, a quien tapó la boca con una mano al tiempo que con la otra mano sacaba un cuchillo de cocina que le clavó en el costado izquierdo. La Sra. Marisa reaccionó levantando los brazos para protegerse, clavándole el acusado el cuchillo en el brazo derecho. La Sra. Marisa consiguió levantarse de la cama, momento en que el acusado le asestó varias puñaladas en la espalda, tras lo cual, la mujer quedó tumbada en el suelo del dormitorio, ensangrentada y sin poder moverse.- La Sra. Marisa permaneció tendida en el suelo sin recibir ayuda hasta las 13:30 horas. Desde las 06:30 horas hasta las 13:30 horas, el acusado entraba en la habitación diciendo a su mujer que no gritara, que si chillaba se quitaría la vida, dándole agua para que bebiera. El acusado se provocó cortes a nivel de la muñeca de una mano y se puso el cuchillo en el estómago. Finalmente, alrededor de las 13:30 horas el acusado le dio el teléfono móvil a la Sra. Marisa que llamó a Fermina, compañera de trabajo, pidiendo auxilio. La Sra. Fermina se

personó en el domicilio momentos más tarde, abriendo la puerta el Sr. Marco Antonio.- El arma empleada era un cuchillo de cocina, de punta afilada, con mango de color negro, de 32'5 cm de longitud, de los que 20'5 cm correspondían a la hoja del arma”.

A consecuencia de la agresión, Marisa sufrió heridas lineales, incisas, penetrantes y profundas de entre 2 y 3 cm de longitud en varias partes de su cuerpo: en la región paravertebral derecha e izquierda, en la zona inframamaria izquierda, en la región epigástrica, en las palmas y los dedos de la mano derecha con lesión de los tendones de los músculos flexores. Asimismo, sufrió otras muchas lesiones de consideración, incluyendo un hemoneumotórax derecho y un neumotórax izquierdo. La curación de las lesiones requirió, además de la primera asistencia médica, laparotomía, sutura de tendones de la mano derecha y colocación de dos drenajes torácicos, precisando 112 días en sanar en los que estuvo impedida para el desempeño de sus ocupaciones habituales, permaneciendo 62 días hospitalizada. A la Sra. Marisa le han quedado secuelas de tal importancia en la movilidad de la mano derecha y en la pierna izquierda, así como una resección parcial del estómago, agravación de trastornos mentales y perjuicio estético moderado, que el Departament d'Acció Social i Ciutadania de la Generalitat de Catalunya, CAD, ha reconocido a la Sra. Marisa un grado de disminución física y psíquica del 49%.

49. Diferente concepción de autor de la teoría del dominio del hecho y de la teoría objetivo formal. (15')

50.- Autoría mediata e inducción. Similitudes y diferencias. (15').

51. Diferencias entre la coautoría, la cooperación necesaria y la complicidad. (25')

52. El acusado Pedro Francisco B. R. venía manteniendo desde hacía más de un año relaciones sentimentales con la también acusada Ana María S. M., esposa de Felipe B. M., dueño de la empresa donde Pedro Francisco trabajaba y, por lo tanto, jefe de éste. A pesar de que la mencionada relación sentimental se iba consolidando, Ana María se negaba a contársela a su esposo, con el argumento de que, al divorciarse, perdería el nivel económico del que venía disfrutando debido a la solvencia de su marido. En una ocasión, de fecha no precisada, Ana María comentó a su amante que Felipe tenía suscrito un seguro de vida a su favor, por lo éste al cabo de unas semanas insinúa a Ana María que si su marido muriera podrían vivir juntos y disponer de una cantidad de dinero suficiente para garantizarles un desahogo económico, proponiéndole el acabar ambos con la vida de Felipe, a lo cual inicialmente Ana María se niega, pero que acepta debido a la insistencia de Pedro Francisco. Así, elaboran conjuntamente un plan, según el cual la noche del sábado, a eso de las 3 de la madrugada, Ana dispararía a su marido con la pistola que Pedro Francisco previamente le había proporcionado. Inmediatamente a continuación, Ana María abriría la puerta de la casa a Pedro, escondido en el jardín. Éste la golpearía, amordazaría, ataría y se llevaría las joyas, dinero y efectos de valor que hubiera en la casa, así como la pistola utilizada, simulando que la muerte la habría causado el supuesto ladrón. Este era el plan trazado.

La noche fijada, a las tres de la madrugada Ana María comprueba que su marido está durmiendo profundamente, se levanta, coge la pistola del armario donde la tenía escondida, se coloca frente al marido y presa de un gran nerviosismo dispara dos tiros produciéndole graves lesiones pero no la muerte instantánea. Felipe sin ser consciente de lo sucedido, le dice con voz entrecortada que se muere, que llame a una ambulancia, que está muy mal. Ana María, aun sosteniendo la pistola entre las manos y presa de un gran nerviosismo no consigue volver a apretar el gatillo y ante la insistencia de Felipe suelta la pistola y llama al 091 pidiendo una

ambulancia. A continuación sale al jardín y le dice a Pedro Francisco que todo ha salido mal y que se marche.

La ambulancia llega a los 10 minutos. Gracias a la intervención de los sanitarios de la ambulancia y a la posterior intervención quirúrgica en el hospital, Felipe consigue salvar la vida, debiendo permanecer 70 días hospitalizado, al cabo de los cuales es dado de alta sin que le quedaran secuelas dignas de mención.

Analiza jurídicopenalmente los hechos narrados, concretando de qué responden los acusados. (30')

53. Antonio, Emiliano y Eusebio planearon apoderarse del dinero que pudieran en una entidad de ahorros, recayendo la elección en la sucursal de la Caja de Ahorros Municipal de Bilbao, de la localidad de Somorrostro, y, a tal fin, Emiliano y Eusebio llegaron en un vehículo a dicho lugar. Antonio, que había llegado anteriormente a la sucursal y que, de acuerdo con lo previamente pactado, debía haber acompañado, provisto de una navaja, a Emiliano dentro de la sucursal para efectuar el robo, no obstante, decide no llevar a cabo el robo al encontrarse muy nervioso. Se acercó al vehículo donde se hallaban los otros dos, comunicándoles su decisión y aconsejándoles que renunciaran al robo, alejándose a continuación. A pesar de la ausencia de Antonio, Emiliano, sin embargo, entró en el local, donde tras un forcejeo fue reducido por dos guardas de seguridad del Banco. Eusebio, que esperaba en el coche la salida de sus compañeros, emprendió la huida al percatarse de lo sucedido, siendo detenido por la policía días más tarde en su domicilio.

Analiza los problemas que plantea la calificación penal de la conducta de los intervinientes, prestando especial atención a la conducta de Antonio. (30')

54. Concepto y efectos de las causas de justificación. (20')

55. Similitudes y diferencias básicas entre la legítima defensa y el estado de necesidad. (15')

56. La denominada legítima defensa putativa. Problema y tratamiento jurídico penal. (20')

57. Se declara probado que desde hace más de diez años un industrial de una ciudad española se dedicaba a piropear con frases de mal gusto a las mujeres, aunque fuesen casadas, e incluso a hacerles proposiciones deshonestas, por lo que le tenían prevención y eludían su trato. Una de éstas era B, a la que el industrial, A, venía molestando desde antiguo de la manera indicada y, alarmada ante la posibilidad de que se propasase e intentar de hecho algún acto deshonesto, compró una escopeta y dos cartuchos, escondiéndolos debajo de un baúl, sin que su esposo se enterase de ello ni de la conducta que venía siguiendo el citado industrial respecto de la esposa, pues ésta no le quiso informar por miedo a que riñeran. Una noche que A se enteró de que B se encontraba sola en su casa, pasó cerca de ésta, y al ver a B, comenzó a dirigirlle frases de mal gusto desde fuera de la casa y a hablarle de su deseo de cohabitar con ella, diciéndole que se acercase a donde él estaba y respondiéndole B que no le molestase, más como persistía en su actitud, indignada gravemente B por las frases que A pronunciaba cogió la escopeta y le dijo varias veces que se marchase y la dejase tranquila, porque si seguía faltándole de tal manera le dispararía; y como aquél no sólo no le hizo caso, sino que intensificó sus propuestas deshonestas, B le disparó un tiro causándole en la rodilla izquierda las lesiones que se describen.

Condenada B como autora de un delito de lesiones graves del art. 148 CP con la atenuante de arrebató u obcecación (art. 21.3ª CP), recurre en casación ante el Tribunal Supremo, alegando la infracción, por inaplicación de la eximente 4ª del artículo 20, es decir, legítima defensa.

¿Tiene B razón con el recurso? Analiza el supuesto de hecho desde la perspectiva de dicha causa de justificación. (30')

58. Hechos declarados probados: «La procesada, Marta Lucía T. C., titular del pasaporte colombiano núm. ..., mayor de edad (nacida 20-8-1963) y sin antecedentes penales, el día 19 de julio de 1998, fue detenida por miembros de la Policía Nacional en el Aeropuerto de Madrid-Barajas, cuando procedente de Bogotá (Colombia), portaba en su aparato digestivo 80 cuerpos cilíndricos, que contenían 899,5 gramos de cocaína, de una riqueza del 64,6% y de un valor en el mercado de 5.850.000 pesetas, que destinaba a su posterior venta y distribución en España, asimismo portaba 1.500 dólares USA. La sustancia intervenida que causa grave daño a la salud y ha de considerarse de extraordinaria importancia por su cuantía, se encuentra sometida al control de estupefacientes, Lista I y IV del Convenio Único de Ginebra de 1961.

Marta Lucía T. C. es madre de dos hijos menores de edad, uno de los cuales padece una deformidad congénita que ha requerido distintas intervenciones médicas. Cuando tomó la decisión de transportar la droga se encontraba sometida a un situación de penuria económica que la llevó a actuar para poder obtener medios económicos que permitiesen su subsistencia y la de sus hijos menores, así como conseguir dinero para una nueva intervención quirúrgica de su hijo, cuya enfermedad, si bien no ponía en peligro su vida, si mermaba notablemente su calidad de vida. María Luisa trabajaba como empleada del hogar, con cuyo sueldo no lograba cubrir las necesidades básicas, habiendo acudiendo varias veces a la beneficencia, sin que por esta vía hubiera podido resolver sus problemas».

La Audiencia Provincial, en primera instancia, condenó a la procesada como autora penalmente responsable de un delito contra la salud pública con la concurrencia de la eximente incompleta de estado de necesidad, a la pena de tres años de prisión y multa. Dicha Sentencia fue recurrida por el Ministerio Fiscal y por la defensa de la procesada. El Ministerio Fiscal entiende que no concurre la referida eximente incompleta, pues la conducta de la procesada entrañaba una gravedad mucho mayor que cualquier problema económico que pudiera afectar a la procesada. La defensa de Marta Lucía interpone también recurso de casación pidiendo la aplicación del estado de necesidad como eximente completa, pues habría quedado acreditado en los hechos probados que estaba en juego su subsistencia y la de sus hijos.

Si fueras el Tribunal Supremo, ¿cuál sería tu resolución? Razone la respuesta. (45')

59. A, testigo de Jehová, ingresa de urgencia en un hospital, por una hemorragia interna. Los familiares de A advierten que es testigo de Jehová y que bajo ningún concepto acepta la transfusión de sangre, ni siquiera cuando dicha transfusión sea el único medio para conservar la vida. El documento notarial que recogía tal voluntad fue entregado por los familiares a la dirección del Centro. No obstante, en un momento en que la gravedad del paciente se hizo extrema, el médico jefe ordenó que se le practicara una transfusión, que evitó la muerte. Recuperado el paciente, presentó una denuncia contra el médico jefe por un delito de coacciones (art. 172 CP), por haber actuado contra su voluntad, lesionando gravemente su derecho a la libertad religiosa e infringiéndole importantes daños morales, en cuanto según sus creencias el recibir sangre ajena es una gran desgracia.

¿Incurriría en responsabilidad penal el médico o podría alegar una causa de justificación? (30')

60. "Sobre las 21,55 horas del día 8-5-07 en la calle Francos Rodríguez de Madrid, Juan Francisco, mayor de edad y sin antecedentes penales, fue sorprendido por agentes de la Policía Municipal de Madrid, mientras vendía CDs y DVDs piratas a 2 y 3 euros, respectivamente.

El acusado había entrado en España el 14-3-06 por Tenerife, habiéndose acordado su devolución por entrada ilegal el 24-3-06, no pudiendo ser ejecutada dicha devolución por carecer de documentación y ser de un país que carece de representación diplomática en nuestro país. Por ello fue trasladado a Madrid donde fue puesto en libertad por la Policía. Al carecer de cualquier tipo de apoyo contactó con la Cruz Roja, ingresando en el Centro de Acogida Temporal para inmigrantes "El Parque", donde permaneció durante tres meses, tiempo máximo permitido. Al finalizar alquiló una habitación junto con un amigo, desarrollando trabajos esporádicos en la construcción y en la carga y descarga. Se encuentra casado y con dos hijos que residen en su país de origen.

Cesó en los trabajos que realizaba al padecer rotura de ligamento interno cruzado anterior de la rodilla izquierda, siendo intervenido el 27-10-06, siguiendo tratamiento rehabilitador durante tres meses, y prescrita la no realización de esfuerzos físicos durante los siguientes seis meses. Desde entonces su amigo costea sus gastos. Ha contactado con los Servicios Sociales de San Blas, el Centro de Atención Social a Inmigrantes de Ciudad Lineal, y el Servicio para la Acogida de Población Subsahariana del Ayuntamiento de Madrid, para la búsqueda de empleo, formación, atención jurídica y clases de español, pero sin que haya recibido ayuda económica para cubrir sus necesidades básicas por lo que se encuentra en una situación de vulnerabilidad." SAP Madrid (Sección 6ª) núm. 86/2008, de 21 febrero

¿Estaría justificado el delito contra la propiedad intelectual por la situación de penuria en la que se encuentra el sujeto? (30')

61. Rasgos generales y requisitos genéricos de la exigente cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho. (20')

62. Argumenta la posibilidad de justificar la conducta de los agentes de policía en los siguientes casos: (30')

- a. En una zona concurrida de la capital, los agentes A y B observan a varias personas vendiendo objetos que parecen falsificados. Cuando se dirigen hacia ellos para identificarlos, los vendedores recogen y se van corriendo perseguidos por A y B. En esa persecución A arrolla a un anciano de 85 años que se encontraba en la acera por donde se desarrolló la persecución. El anciano sufre rotura de cadera.
 - b. En el curso de la detención de un carterista en el metro que ha sido pillado *in fraganti* mientras extraía el billeteo de la americana de un pasajero, el policía A, harto de los insultos del carterista le da un golpe en la cabeza con la porra. El carterista sufre traumatismo severo y una herida de 3 centímetros en la mejilla.
 - c. En el curso de la detención de varios sujetos implicados en una reyerta, dos de los sujetos sacan sendas navajas con las que amenazan a los policías que estaban procediendo a la detención. Ante la amenaza, los dos policías sacan el arma y amenazan con ella a los sujetos.
-

63. Felipe, padre de un menor de 10 años, Iván, acostumbra a golpearle físicamente con regularidad ante la rebeldía del menor, con ánimo de que interiorice el concepto de autoridad y mejore su comportamiento. ¿Está justificada la conducta de Felipe? (10')

64. Contenido y elementos de la categoría culpabilidad. (30')

65. Preguntas sobre el documental proyectado en clase, "El perdón", de Ventura Durall. (30')

- a. ¿Concedieron los órganos judiciales que juzgaron a Andrés Rabadán alguna relevancia a la circunstancia de trastorno mental o similar?
 - b. ¿Cómo puede influir el trastorno mental en la responsabilidad penal? ¿Qué efectos puede tener en la pena?
 - c. ¿Se le impuso a Andrés Rabadán una pena o una medida de seguridad?
 - d. Comenta las diferencias entre una pena y una medida de seguridad.
 - e. Valoración personal del documental y de la problemática que plantea.
-

66. La drogadicción como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal. Supuestos, requisitos y consecuencias. (20')

67. Concepto, lugar sistemático y régimen jurídico del error de prohibición. (20')

68. El procesado, Landelino, nacido el 19 de julio de 1987 y sin antecedentes penales, mantiene una relación de pareja con Lidia, nacida en fecha 19 de julio de 1994, desde que la misma contaba con la edad de 12 años, en el curso de la cual mantuvieron relaciones sexuales entre ambos que han sido libres, voluntarias y consentidas en todo momento, habiendo nacido fruto de dicha relación la única hija de la pareja en fecha 18 de noviembre de 2007. El procesado desconocía que mantener relaciones sexuales con una menor de trece años fuese delito. (Hechos probados de la SAP Castellón núm. 356/2011, de 24 de octubre)

Determina razonadamente la responsabilidad penal del procesado. (30')

69. Pon dos ejemplos distintos de los proporcionados en los materiales en los que se aprecie el papel de eximente supletoria respecto a la legítima defensa y el estado de necesidad de la eximente de miedo insuperable. Explícalos. (20')

70. La punibilidad: su papel en la teoría jurídica del delito y su contenido. (15')

71. «Sobre las 4 horas del día 29 de septiembre de 1996 el acusado Bernardo A. S., mayor de edad y sin antecedentes penales, entró por la puerta que se encontraba entreabierta en el domicilio de su hermano José, sito en la localidad de Romilla La Nueva, provincia de Granada, c/ Sierra Nevada núm. ... y del garaje se apoderó de un ciclomotor marca Trueba, número de identificación ..., valorado pericialmente en 45.000 ptas.; el ciclomotor fue posteriormente recuperado y devuelto a su legítimo propietario» (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1801/2000, de 20 diciembre).

- a. ¿Resulta aplicable la excusa absolutoria del art. 268 CP al presente caso?
 - b. Valoración de dicha excusa absolutoria desde la perspectiva político-criminal. (20')
-

72. Enumera las circunstancias atenuantes del Código penal y aclara cómo afectan las atenuantes a la determinación de la pena. (30´)

73. Enumera las circunstancias agravantes del Código penal y aclara cómo afectan las agravantes a la determinación de la pena. (30´)

74. ¿Pueden las circunstancias agravantes determinar la imposición de la pena superior en grado o sólo afectan a la extensión del grado? Pon un ejemplo. (10´)

75. Lee los siguientes ejemplos y preceptos y señala razonadamente la respuesta correcta. (10´)

- a. El art. 173.2 CP contempla la violencia habitual en el ámbito familiar. Si A habitualmente insulta y agrede a su esposa, ¿le resulta aplicable el art. 173.2 CP con la agravante de parentesco del art. 23 CP o sin dicha agravante?
 - b. Un policía tortura a un detenido para obtener una confesión. ¿Se le aplica el art. 174 CP con la agravante prevista en el art. 22.7ª CP o sin dicha agravante?
-

76. Concurso real y concurso ideal. (20´)

77. Asunción J. B., Mauricio V. L. y Ernesto M.M., que previamente tenían conocimiento de que en casa de José L. M. había una gran cantidad de dinero en joyas en una caja fuerte, sin que conste acreditado cómo consiguieron tal información, se concertaron para llevar a cabo un robo en el domicilio de José, a donde acudieron proveídos de un cuchillo de grandes dimensiones y una pistola. Asunción llamó a la puerta mientras los dos varones se ocultaban y así consiguieron que José les abriera la puerta, entrando los acusados precipitadamente en la casa, golpeando en ese mismo momento a José en la cabeza con la pistola y arrastrándole hasta el dormitorio, en donde se encontraba la caja fuerte, procediendo Mauricio a atar de pies y manos al acusado, mientras que Ernesto hacía lo mismo con Lucía, dueña de la casa, que también se encontraba en la misma. Mauricio, Asunción y Ernesto golpearon reiteradamente a José a fin de que les dijera la combinación de la caja fuerte, información que finalmente consiguieron, sustrayendo del interior de la misma trece mil euros en metálico y joyas valoradas en veinticuatro mil euros. Tras apoderarse del botín, abandonaron la vivienda, habiendo permanecido en la misma aproximadamente cuarenta minutos, dejando atados y amordazados a sus moradores. Pocos minutos después Lucía, que tenía las manos atadas por delante, consiguió desasirse y liberar a su marido. José sufrió lesiones que requirieron en total 12 puntos de sutura, tardando en sanar sesenta días. Los acusados en todo momento actuaron de mutuo acuerdo.

Determina razonadamente la responsabilidad penal de Asunción, Mauricio y Ernesto por los hechos narrados, partiendo de su condición de coautores. (45´)

78. El acusado, Virgilio R. C., mayor de edad y carente de antecedentes penales en el momento de la comisión de los hechos, en el mes de Diciembre de 2010 solicitó vía telefónica una tarjeta de crédito a la entidad Bancaria del Banco de Santander. Dicha tarjeta le fue remitida días después. Con la tarjeta en su poder, el acusado, conocedor de que no había realizado ingreso de ningún género en la correspondiente cuenta corriente ligada a la tarjeta visa, y guiado de un ánimo de lucro, procedió durante los días 31 de Diciembre de 2010 a 30 de Abril de 2011 a realizar

diferentes adquisiciones- gastos mediante el uso de la tarjeta visa. Llegando de esta manera a realizar hasta un total de ochenta y nueve (89) operaciones en las indicadas fechas, operando siempre en idéntica manera y por un importe total de 1.195.270 pesetas; sin que ninguna de dichas operaciones superara los 400 euros.

Determina la responsabilidad penal del acusado teniendo en cuenta lo dispuesto en los art. 248 y 623.4 CP. (30´)

AUTOEVALUACIÓN: TEST

ÍNDICE

- I. INDICACIONES
- II. TEST
- III. RESPUESTAS

I. INDICACIONES PARA EL EJERCICIO

Entre las pruebas objetivas que realizamos a lo largo del año se incluyen dos exámenes tipo test, con preguntas como las que aquí te facilitamos.

Te proponemos que intentes hacer el siguiente modelo de test cuando consideres que tienes preparada la materia, pues puede servirte para hacerte una idea de lo que has aprendido. Si quieres baremar los resultados, te sugerimos la siguiente fórmula: cada respuesta correcta sumará 2 puntos (la puntuación máxima que se puede obtener es 100) y cada respuesta incorrecta restará 0,50, mientras que la pregunta no contestada, no puntúa, considerándose aprobado por encima de 50 puntos.

II. TEST

1. Según la teoría de la prevención general negativa, la sanción sirve:
 - a. Para que el delincuente no vuelva a cometer delitos
 - b. Para retribuir el daño causado
 - c. Para, mediante la amenaza de sanción, disuadir a la sociedad de cometer delitos
 - d. Para que la sociedad interiorice los valores consagrados en la norma
2. La asignatura “Derecho penal” supone una aproximación al fenómeno criminal predominantemente:
 - a. Dogmática
 - b. Político criminal
 - c. Criminológica
 - d. Empírica

3. Señala la respuesta correcta:
 - a. Las leyes penales son siempre retroactivas
 - b. Las leyes penales no son nunca retroactivas, porque perjudican al reo
 - c. Las leyes penales son irretroactivas cuando benefician al reo
 - d. Las leyes penales son retroactivas cuando benefician al reo

4. En el supuesto de que, ante un mismo precepto, la interpretación literal, la sistemática y la teleológica conduzcan a tres conclusiones diferentes, ¿qué interpretación prevalece?
 - a. La interpretación teleológica
 - b. La interpretación literal
 - c. La interpretación sistemática
 - d. La interpretación que castigue más duramente los hechos

5. Un juez comete una prevaricación por dictar una sentencia injusta a sabiendas (art. 446 CP). El juez es condenado por un delito de prevaricación del art. 446 CP. Se le aplica además la circunstancia agravante séptima del art. 22 CP (prevalimiento del carácter público que tuviera el culpable). ¿Vulnera esta calificación la prohibición de *non bis in idem*?
 - a. Sí, porque el prevalimiento del carácter público constituye el fundamento tanto del tipo como de la circunstancia agravante
 - b. No, porque la mencionada prohibición no opera entre tipos delictivos y circunstancias agravantes
 - c. No, porque la mencionada prohibición sólo opera ante la aplicación de normas penales y administrativas
 - d. Las respuestas anteriores son incorrectas

6. Las normas penales en blanco:
 - a. Son siempre inconstitucionales
 - b. Se prevén en la legislación complementaria, no en el Código penal
 - c. Plantean problemas desde las exigencias de reserva de ley y taxatividad
 - d. Las anteriores respuestas son incorrectas

7. Cuando para calificar un hecho resultan aplicables varias normas penales, pero para no lesionar el principio de *non bis in idem* sólo podemos aplicar una, la que engloba todo el desvalor del hecho, estamos ante:
 - a. Un concurso de delitos
 - b. Un concurso de normas o leyes
 - c. Un concurso real
 - d. Un concurso ideal

8. Antonio, de nacionalidad española, es atracado a punta de navaja en Ciudad de México por un mexicano llamado Pedro. En este caso, la ley penal española
 - a. Resulta inaplicable, pues, conforme a la LOPJ sólo se aplica a los delitos cometidos por ciudadanos españoles
 - b. Resulta aplicable a Pedro, pues la víctima del delito tiene la nacionalidad española
 - c. Resulta aplicable a Pedro en virtud del Convenio de extradición entre España y México
 - d. Ninguna respuesta es correcta

9. ¿Dónde está regulada la competencia de la jurisdicción española en relación con la aplicación espacial de la ley penal?
- En el Código Penal
 - En la Ley de Enjuiciamiento Criminal
 - En la Ley Orgánica del Poder Judicial
 - En la Constitución Española
10. La diferencia entre los delitos y las faltas:
- Estriba en el carácter doloso o imprudente de la conducta
 - Estriba en la cuantía de los daños ocasionados por el delito
 - Estriba en la gravedad de la pena que contemplan
 - Estriba en el bien jurídico que se protege
11. En el transcurso de una fiesta, A sufre un ataque epiléptico. Durante las incontables convulsiones A rompe un valioso jarrón perteneciente al dueño de la casa. ¿Responde A penalmente por los daños causados?
- No. Su conducta es típica, antijurídica pero no culpable, por haber sufrido un trastorno mental transitorio
 - No. Faltaría el requisito del comportamiento humano
 - Sí. Entre sus movimientos y los daños hay relación de causalidad
 - Ninguna respuesta es correcta
12. A golpea a B en el pecho para desasirse de él. B muere porque padecía una malformación cardiorrespiratoria, incluso por él desconocida, que le convertía en hipersensible a presiones relativamente fuertes en los órganos respiratorios. Señalar la respuesta correcta:
- A respondería de un homicidio imprudente porque no tiene intención de causar el resultado
 - A respondería de un homicidio con imprudencia leve porque el resultado era *ex ante* imprevisible
 - A respondería por un homicidio con imprudencia grave porque el riesgo de producción del resultado era muy elevado
 - A no respondería por homicidio porque *ex ante* la muerte resultaba imprevisible
13. X está limpiando su escopeta sin descargar y sin tomar las precauciones necesarias. La escopeta se le dispara y hiere a B, que se encontraba en la misma habitación. B muere en el incendio que se desencadena en el hospital donde era curado de las heridas. Señala la respuesta correcta:
- A no respondería por la muerte porque no ha creado un riesgo relevante
 - A no respondería por la muerte porque falta el requisito de realización del riesgo en el resultado
 - A respondería por un homicidio imprudente dada la imprudencia de su conducta inicial
 - A no respondería de la muerte porque falta la relación de causalidad según la teoría de la equivalencia de condiciones

14. El art. 138 CP establece: “el que matare a otro será castigado con la pena de prisión de diez a quince años”. Para poder aplicar este precepto:
- No es necesario dolo porque el precepto no lo requiere expresamente
 - Ha de concurrir dolo de matar
 - Puede aplicarse tanto cuando concurre dolo como imprudencia
 - Sólo se aplica cuando concurre imprudencia
15. Las clases de dolo son:
- Primer grado, segundo grado y tercer grado
 - Dolo directo y dolo indirecto
 - Directo de primer grado, de segundo grado y dolo imprudente
 - Directo de primer grado, de consecuencias necesarias y eventual
16. A y B cierran una apuesta que consiste en ver cuál de los dos es capaz de conducir cien kilómetros en dirección contraria a la marcha de los coches y sin reducir la velocidad por debajo de 150 km/h. Ganará la apuesta quien realice dicha conducta sin causar ningún accidente. Sin embargo, A no logra esquivar a uno de los coches que le aparece de frente, colisionando y causando la muerte del conductor del automóvil. Respecto a esta muerte, ¿de qué responde A?
- De homicidio doloso, con dolo directo de primer grado
 - De homicidio doloso, con dolo de consecuencias necesarias
 - De homicidio doloso, según la teoría de la probabilidad, pues A conoce la alta probabilidad de causar la muerte de un tercero
 - De homicidio imprudente, pues A conoce la alta probabilidad de causar la muerte de un tercero
17. A tiene relaciones sexuales (sin violencia ni intimidación) con un menor de doce años y medio, pensando que tiene catorce. Teniendo en cuenta que el art. 183 CP castiga las relaciones sexuales con menor de trece años, señala la respuesta correcta.
- El error de A es irrelevante porque carece de trascendencia
 - Es un error de prohibición porque A no sabía que su conducta estaba prohibida
 - Es un error sobre un elemento del tipo
 - Ninguna respuesta es correcta
18. A, proveniente de un país donde la venta de drogas “blandas” no es delito, proporciona a X cinco gramos de hachís a cambio de una determinada cantidad de dinero (art. 368 CP). Señala la respuesta correcta:
- Se trata de un error de tipo sobre un elemento esencia de la infracción penal
 - Se trata de un error de prohibición
 - Se trata de un error sobre un elemento accidental de la infracción penal
 - Se trata de un error penalmente irrelevante
19. Según el art. 14 del Código penal, el error de tipo, es decir, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal:
- Carece de relevancia penal
 - Si es vencible, se aplica la pena inferior en uno o dos grados
 - Si es vencible, se castiga, en su caso, como delito imprudente
 - Ninguna respuesta es correcta.

20. ¿Qué significa el adjetivo acciones “culposas”?
- Acciones con dolo directo de primer grado
 - Acciones con dolo eventual
 - Acciones imprudentes
 - Acciones en las que concurre el requisito de la culpabilidad
21. En cuanto al sistema de regulación de la imprudencia en nuestro Código penal:
- Cualquier delito está castigado tanto en su modalidad de comisión dolosa como imprudente
 - La imprudencia leve carece de relevancia penal, sólo puede dar lugar a infracciones administrativas
 - Sólo se castiga la comisión imprudente de delitos cuando expresamente lo establezca la Ley
 - Ninguna respuesta es correcta
22. A está limpiando su escopeta en una taberna llena de gente, sin haberla descargado previamente y sin haber puesto el seguro. Durante la limpieza se le dispara el arma, pasando la bala a un centímetro de distancia de la cabeza de B. Respecto a la responsabilidad penal de A, señala la respuesta correcta
- A no responde penalmente por el riesgo creado para la vida
 - A responde de un delito de imprudencia temeraria
 - A responde por una falta de imprudencia simple
 - A responde por un homicidio en grado de tentativa
23. X va paseando a la orilla del río cuando se percata de que un bañista se está ahogando. A pesar de saber nadar bastante bien y de poder salvar la vida de la persona en peligro, X no se lanza al agua. El bañista muere ahogado. X responde:
- Por un homicidio doloso en comisión por omisión
 - Por un homicidio imprudente en comisión por omisión
 - Por un delito de omisión del deber de socorro.
 - Por una omisión del deber de socorro en concurso con un homicidio imprudente en comisión por omisión
24. La tía de A, B, es una enferma en avanzado estado de Alzheimer, que se encuentra desde hace tiempo postrada en la cama teniendo que ser asistida en sus necesidades más básicas. De ella se encarga su sobrina, A, que vive de la anciana desde hace tiempo. Un día, A se marcha de la casa, sin avisar a nadie, y no vuelve hasta que dos semanas después es detenida por la policía. La tía de A murió por la falta de cuidados.
- A no responde penalmente porque no ha causado la muerte en sentido físico natural
 - A responde de un homicidio doloso en comisión por omisión
 - A no responde de la muerte porque no puede demostrarse el dolo directo de matar
 - Ninguna respuesta es correcta
25. Señala la respuesta correcta. En los delitos dolosos (entendiendo que la expresión “delitos” es aquí excluyente de las “faltas”):
- La tentativa se castiga siempre
 - La tentativa no se castiga nunca
 - La tentativa se castiga sólo en los delitos que expresamente así lo prevean
 - La tentativa sólo se castiga cuando intervienen varias personas

26. A y B se ponen de acuerdo para robar una administración de lotería, para lo cual amenazarían al encargado con sendas armas de fuego. Llegado el día fijado para el robo, mientras se dirigían a la referida administración en el vehículo de B, sufren un accidente e ingresan en el hospital con lesiones graves. A y B responden:
- Por un robo en grado de tentativa, dado que el delito no llegó a consumarse
 - No responden por nada, porque los actos preparatorios son impunes
 - Responden por conspiración al robo
 - Ninguna respuesta es correcta
27. A y B se enzarzan en una violenta discusión mientras cazaban en el monte. A, con dolo de matar, dispara su escopeta contra B, que cae desplomado. A, arrepentido de lo que ha hecho y asustado ante la gravedad de B y el riesgo cierto de que B muera por la cantidad de sangre que está perdiendo, tras taponar las heridas corre en busca de su todoterreno, recoge a B y le lleva a gran velocidad al hospital más cercano, donde B es intervenido, consiguiendo salvar su vida gracias a la rápida intervención médica. B tiene que permanecer 74 días en el hospital, dejándole las lesiones sufridas una leve cojera que no impide su trabajo habitual. A responde:
- Por un homicidio doloso consumado, porque su intención era matar a B
 - Por una tentativa de homicidio porque, a pesar de actuar con dolo de matar, el resultado muerte no llega a producirse
 - Por un delito de lesiones dolosas consumadas
 - No responde penalmente porque con su desistimiento voluntario ha evitado el resultado muerte
28. A entrega a B 12.000 euros para que éste termine con la vida de X. B espera a X a la salida del trabajo, disparándole con intención de cumplir el encargo. Sin embargo, milagrosamente la bala no le alcanza a X, que resulta ileso. A responde como:
- Autor mediato de una tentativa de asesinato
 - Inductor de un asesinato consumado
 - Inductor de una tentativa de asesinato
 - Coautor de una tentativa de asesinato
29. A observa como B está a punto de matar a C. Para evitarlo A dispara a B causándole lesiones. Señala la respuesta correcta:
- A no responde por actuar en legítima defensa
 - Sólo puede aplicarse la legítima defensa cuando se actúa para salvaguardar bienes jurídicos propios
 - A no responde por actuar amparado en un estado de necesidad
 - Sólo puede aplicarse el estado de necesidad a quien actúa para salvaguardar bienes jurídicos propios
30. Cuando concurre una causa de justificación:
- La acción amparada en una causa de justificación es típica y antijurídica pero no es culpable.
 - La acción está permitida, es decir, no es antijurídica.
 - La acción es típica, antijurídica y culpable, pero no es punible
 - Ninguna respuesta es correcta

31. A, tras matar a X, no sabe qué hacer con el cadáver y acude a su amigo B, con quien no tiene contacto desde hacía mucho tiempo, para pedirle que le permita deshacerse de X enterrándolo en su jardín. B accede, ayudando a enterrar el cadáver en su jardín.
- B responde como cooperador necesario en un homicidio
 - B responde como cómplice en un homicidio
 - B responde como coautor en un homicidio
 - B responde por un delito de encubrimiento
32. Señala la respuesta correcta
- En el Derecho penal español las personas jurídicas carecen de responsabilidad penal
 - En el Derecho penal español las personas jurídicas sólo pueden responder de determinados delitos
 - En el Derecho penal español las personas jurídicas pueden responder de cualquier delito
 - Ninguna respuesta es correcta
33. ¿Cuándo estamos ante un “exceso extensivo” en la legítima defensa?
- La defensa se prolonga cuando la agresión ilegítima ya ha cesado.
 - Se podía haber utilizado un medio de defensa menos lesivo e igualmente eficaz
 - El sujeto activo piensa que está siendo agredido antijurídicamente, cuando de facto no se da una agresión ilegítima
 - Ninguna respuesta es correcta
34. A rompe un escaparate para que suene la alarma y así poder evitar la agresión de dos personas que amenazan con pegarle. Respecto a los daños causados en el escaparate,
- A no está amparado en un estado de necesidad, porque el conflicto ha sido provocado por una agresión antijurídica
 - A está amparado en una legítima defensa, porque el conflicto ha sido provocado por una agresión antijurídica
 - No le es aplicable ninguna eximente, porque A causa unos daños en un bien (escaparate) de quien no tiene culpa en el conflicto
 - Todas las respuestas anteriores son incorrectas
35. El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho:
- Es una causa de exculpación
 - Puede ser una causa de justificación o una causa de exculpación
 - Es una causa de justificación
 - Ninguna de las anteriores respuestas es correcta
36. El consentimiento:
- Es siempre una causa de justificación
 - Se contempla en el art. 20 CP junto al resto de eximentes
 - Es una circunstancia polémica, cuyo régimen de aplicación y eficacia no está claramente definido
 - Sólo se contempla como eximente respecto a las faltas

37. La obediencia debida:
- Es una exigente contemplada expresamente en el art. 20 CP
 - Ampara el cumplimiento de órdenes siempre que procedan de un superior jerárquico
 - Se incluye, en su caso, como una variedad de la exigente cumplimiento de un deber
 - Es una exigente que sólo se aplica en el ámbito militar
38. Las eximentes incompletas:
- Atañen a supuestos en los que no se dan todos los presupuestos que conducirían a la exención de pena, pero sí los principales
 - Son circunstancias para las que el legislador ha dispuesto una rebaja extraordinaria de la pena
 - Se contemplan tanto para eximentes que afectan a la antijuridicidad como a las relativas a la culpabilidad
 - Todas las respuestas son correctas
39. El miedo insuperable es:
- Una causa de exclusión de la tipicidad
 - Una causa de exclusión de la antijuridicidad
 - Una causa de exclusión de la culpabilidad
 - Una causa de exclusión de la punibilidad
40. Señala la respuesta correcta:
- El error de prohibición es irrelevante porque el desconocimiento de las normas no exime de su cumplimiento
 - El Código penal prevé el mismo tratamiento jurídico para el error de prohibición y el error de tipo
 - El error de prohibición vencible atenúa la responsabilidad
 - Ninguna respuesta es correcta
41. ¿A qué requisito afecta la exigente de enajenación mental?
- A la conciencia de antijuridicidad
 - A la imputabilidad
 - Al dolo
 - A la exigibilidad
42. La intoxicación plena por consumo de drogas:
- Excluye la imputabilidad
 - Excluye la antijuridicidad
 - Es un supuesto de ausencia de acción
 - Excluye la tipicidad
43. En el supuesto hipotético de que el rey de España cometiera un delito
- Respondería penalmente, aplicándosele las mismas normas que al resto de los ciudadanos
 - No respondería penalmente porque así lo establece la Constitución
 - Sólo respondería por delitos graves, pero no por delitos leves
 - Respondería penalmente, pero sólo se le puede procesar tras la autorización de las Cortes Generales.

44. Según el art. 268 CP si una persona sustrae a su hermano una cantidad de dinero sin violencia o intimidación, no respondería penalmente. El parentesco en este caso actúa como:
- Una causa de exclusión de la tipicidad
 - Una causa de justificación
 - Una causa de inimputabilidad
 - Una causa de exclusión de la punibilidad
45. A induce a B a que mate a su padre (de B). B responde por un homicidio con la agravante de parentesco. Señala la respuesta correcta:
- A responde como inductor de un homicidio con la agravante de parentesco, porque ha inducido a un homicidio agravado por el parentesco.
 - A responde como inductor de un homicidio, pero no se le aplica la agravante de parentesco, porque él no era pariente de la víctima.
 - A responde como inductor de un homicidio con la agravante de parentesco, porque ha inducido a un homicidio agravado por el parentesco, pero el juez puede atenuar facultativamente la pena por no ser pariente de la víctima
 - Ninguna de las respuestas anteriores es correcta
46. Para apreciar la agravante de reincidencia:
- Es necesario que el delito por el que fue anteriormente condenado el sujeto y el delito actual pertenezcan al mismo Título del Código penal y, además, tengan idéntica naturaleza
 - Es necesario que el delito por el que fue anteriormente condenado el sujeto y el delito actual pertenezcan al mismo Título del Código penal, aunque no tengan idéntica naturaleza
 - No es necesario que el delito por el que fue anteriormente condenado el sujeto y el delito actual pertenezcan al mismo Título del Código penal, pero sí que tengan la misma naturaleza
 - No es necesario que el delito por el que fue anteriormente condenado el sujeto y el delito actual pertenezcan al mismo Título del Código penal, ni que tengan la misma naturaleza
47. Las agravantes de alevosía y de abuso de superioridad:
- Se aplican siempre conjuntamente, pues suponen una forma de ejecución que tiende al aseguramiento del delito y del delincuente
 - No son compatibles, es decir, no pueden aplicarse ambas a los mismos hechos
 - Se aplican conjuntamente sólo en el asesinato
 - Ninguna respuesta es correcta
48. Cuando el sujeto lesiona varios bienes jurídicos y para la correcta calificación de los hechos es necesario aplicar varios tipos penales, estamos ante:
- Un concurso de delitos
 - Un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad
 - Un concurso de normas a resolver por el principio de alternatividad
 - Ninguna respuesta es correcta

49. Señala la respuesta correcta.
- a. El concurso ideal es una modalidad de concurso de normas
 - b. El concurso ideal es una modalidad de concurso de delitos
 - c. El concurso ideal es una modalidad de concurso real
 - d. El concurso ideal es sinónimo de concurso medial
50. A golpea dolosamente a un policía rompiéndole la nariz. Señala la respuesta correcta:
- a. A responde por un delito de lesiones en concurso real con un delito de atentado.
 - b. A responde por un delito de lesiones por ser la infracción más gravemente castigada
 - c. A responde por un delito de lesiones en concurso ideal con un delito de atentado
 - d. A responde por un delito de atentado en virtud del principio de especialidad

III. RESPUESTAS

1:c	11:b	21:c	31:d	41:b
2:a	12:d	22:a	32:b	42:a
3:d	13:b	23:c	33:a	43:b
4:b	14:b	24:b	34:d	44:d
5:a	15:d	25:a	35:c	45:b
6:c	16:c	26:c	36:c	46:a
7:b	17:c	27:c	37:c	47:b
8:d	18:b	28:c	38:d	48:a
9:c	19:c	29:a	39:c	49:b
10:c	20:c	30:b	40:c	50:c

BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS ON LINE

ÍNDICE

- I. BIBLIOGRAFÍA
 - 1. Obras generales
 - 2. Revistas especializadas
- II. RECURSOS ON-LINE

I. BIBLIOGRAFÍA (ACTUALIZADA A JUNIO DE 2012)

1. Obras generales

— ÁLVAREZ GARCÍA, Javier/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

— BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998.

— BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo I, Introducción al Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2010.

— BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/GARCÍA RIVAS, Nicolás/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, et al, *Curso de Derecho penal: Parte general*, 2ª ed., Experiencia, Barcelona, 2010.

— CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte General, t. I (Introducción)* 6ª ed., 2004; t.II (*Teoría jurídica del delito/1*), 6ª ed., 2004; t. III (*Teoría jurídica del delito/2*), 1ª ed., 2005, Tecnos, Madrid.

— COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

— COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel *Instituciones de Derecho penal español, Parte general*, CESEJ, Madrid, 2008.

— COBO DEL ROSAL, Manuel/ QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Selección de casos prácticos de Derecho penal con introducción y consejos para su resolución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

— CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, Parte General: Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.

— CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, Parte General: Teoría del delito II*, Dykinson, Madrid, 2009.

-
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín/MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2011.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo II: Teoría del delito, Iustel, Madrid, 2011.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español, Parte General, en esquemas*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.
- GIL GIL, Alicia/LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel/MELENDO PARDOS, Mariano/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen (dir.)/MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Isabel/NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Esquemas, t. VI: Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GRACIA MARTÍN, Luis (coord.)/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito : el sistema de penas, medidas de seguridad. consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivadas del delito*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General, I*, Madrid, Universitas, Madrid, 1996.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa/LAURENZO COPELLO, Patricia, *El Derecho penal en casos. Parte general. Teoría y práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre, Penal: 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte General*, 9ª ed., a cargo de Víctor Gómez Martín, Reppertor, Barcelona, 2011.
- LANDECHO VELASCO, Carlos María/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho penal español. Parte general*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, 2010.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coord.), *Memento Reforma penal: L.O. 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

— POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal*, PG, Bosch, Barcelona, t.I: *Fundamentos científicos del DP*, 4ª ed., 2008; t.II: *Teoría jurídica del delito*, Vol.I, 2000.

— QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2010.

— QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (con colaboración de F. MORALES PRATS): *Parte General del Derecho Penal*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2010.

— QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et al. (dir.), *Esquemas de Teoría jurídica del delito y de la pena*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

— RÍOS MARTÍN, Julián Carlos/SEGOVIA BERNABÉ, José Luis/PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *Las penas y su aplicación : contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*, 5ª ed., Colex, Madrid, 2011

— RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Compendio de Derecho penal*, 2ª ed., Dykinson, 2010.

— ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. T.I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

— ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.)/PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.)/et al., *Fundamentos de Derecho penal (Parte General)*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

2. Revistas especializadas

— *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*

— *Cuadernos de Política Criminal*

— *Revista de Derecho penal y Criminología*

— *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* (www.criminet.ugr.es)

— *InDret Penal* (www.indret.com/es/derecho_penal/8/)

— *La ley penal*

— *Revista General de Derecho penal*

— *Revista de Derecho penal*

II. RECURSOS ON-LINE

Se puede acceder a información y documentación de utilidad para el estudio y la profundización de la asignatura a través de diversas páginas Web.

Entre los enlaces de acceso libre pueden señalarse los siguientes:

— Para el acceso a la legislación:

➤ Boletín Oficial del Estado: [http:// www.boe.es](http://www.boe.es)

-
- Derecho de la Unión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>
 - Noticias Jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/>
 - Para el acceso a información sobre instituciones relevantes en el ámbito de la Justicia:
 - Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es>
 - Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.es>
 - Fiscalía General del Estado: <http://www.fiscal.es>
 - Ministerio de Justicia: <http://www.mjusticia.es>
 - Portal Europeo de e-Justicia:
<https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=es>
 - Consejo General de la Abogacía: <http://www.cgae.es/portalCGAE/home.do>
 - Colegio de Abogados de Madrid: <http://www.icam.es/>
 - Para el acceso a bibliografía, jurisprudencia y documentación:
 - Base de datos del CENDOJ:
<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
 - Diario La Ley: <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>
 - Iustel: <http://www.iustel.com>

Además de los enlaces de acceso libre, las universidades suelen estar suscritas a diversas bases de datos jurídicas y a otros recursos de indudable utilidad: *Westlaw-Aranzadi*, *Iustel* o *Tirant on line* son algunas de ellas. Puede accederse a ellos a través de los pertinentes enlaces de biblioteca.