

Lecciones de Teoría del Delito

Daniel Varona Gómez
Facultat de Dret



Lecciones de Teoría del Delito

Daniel Varona Gómez

Facultat de Dret



CIP 343.1(460) VAR

Varona Gómez, Daniel

Lecciones de teoría del delito / Daniel Varona Gómez,
Facultat de Dret. – Girona : Universitat de Girona –
Servei de Publicacions, Junio 2023. – 1114 pàgines ;
cm. – (Oberta)

1. Universitat de Girona. Facultat de Dret 1. Delicte – Espanya
2. Responsabilitat penal – Espanya

CIP 343.1(460) VAR



Aviso legal

Esta obra està sujeta a una licencia Reconocimiento 4.0 de Creative Commons. Está permitida la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación para generar una obra derivada, sin restricción siempre que se cite al titular de los derechos (Universitat de Girona).

La licencia completa se puede consultar en:

<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

© **de los textos:** los autores

Edita: Universitat de Girona-Servei de Publicacions

ISBN: 978 84 8458 642 5

Girona, Septiembre de 2023

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	5
CAPÍTULO I. LA TEORÍA DEL DELITO: SIGNIFICADO Y CONTENIDO.....	7
CAPÍTULO II. LA ESTRUCTURA DEL DELITO DOLOSO DE ACCIÓN CONSUMADO	17
EL ASPECTO OBJETIVO DE LA TIPICIDAD DEL DELITO DOLOSO DE ACCIÓN	18
ASPECTO SUBJETIVO DEL TIPO DOLOSO DE ACCIÓN.....	41
CAPÍTULO III. LA ESTRUCTURA DEL DELITO IMPRUDENTE.	49
CAPÍTULO IV. LA ESTRUCTURA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN.....	59
DELITOS DE OMISIÓN PROPIA.....	60
DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA (o “comisión por omisión”)	62
CAPÍTULO V. RESPONSABILIDAD POR LA PREPARACIÓN O EJECUCIÓN FALLIDA DE LOS DELITOS: EL ITER CRIMINIS (“el camino del delito”).....	69
LOS ACTOS PREPARATORIOS.....	71
LOS ACTOS EJECUTIVOS.....	75
CAPÍTULO VI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: el estudio de la co-delincuencia....	81
CLASES DE AUTORÍA (EN SENTIDO ESTRICTO) SEGÚN NUESTRO CP.	84
LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO.....	86
CAPÍTULO VII. LA CATEGORÍA DE LA ANTIJURICIDAD.....	91
LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	91
CAPÍTULO VIII. LA CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD.....	107
LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.....	109

PRESENTACIÓN

El libro "Lecciones de Teoría del Delito" está dedicado al estudio de las bases de la responsabilidad penal. Estas bases, conocidas como la "Parte General del Derecho penal", vienen configuradas por los requisitos estructurales de la responsabilidad penal. Antes de estudiar los concretos delitos castigados en nuestro Código Penal, es necesario que el alumno comprenda los requisitos generales de la responsabilidad penal, que afectan así a los delitos recogidos en la "Parte Especial del Derecho penal". En el libro se explican detalladamente tales requisitos, comenzando por la estructura clásica de la responsabilidad penal: el delito de acción doloso consumado. A esta estructura corresponden los delitos clásicos más conocidos (el homicidio, la agresión sexual, etc.), abordándose en el presente libro los diferentes y delicados problemas que plantea esta forma de responsabilidad penal: ¿cuándo existe una acción a efectos penales?; ¿quién o quiénes son los sujetos de los delitos?; ¿qué sucede cuando entre acción y resultado existe una separación espacio-temporal?; ¿en qué casos podemos decir que una persona actúa intencionalmente -dolosamente-? Tras el estudio de esta forma de responsabilidad penal, en el libro se aborda la explicación de aquellas otras estructuras que suponen una ampliación de la responsabilidad penal. Así, en primer lugar, la estructura de los delitos imprudentes, explicando en qué consiste la imprudencia y las clases de imprudencia castigadas en nuestra ley penal. En segundo lugar, la responsabilidad penal por omisión; distinguiendo entre aquellos delitos que castigan un simple no hacer (delitos de "omisión propia" o "pura omisión"), y aquéllos que vinculan esa inacción con la causación de un resultado lesivo (delitos de "comisión por omisión" u "omisión impropia"). En tercer lugar, la responsabilidad penal en casos de ejecución fallida del delito (distinguiendo aquí entre la responsabilidad por los actos preparatorios y por la tentativa de delitos). Por último, junto a las estructuras que fundamentan la responsabilidad penal, en el libro también se aborda el estudio de las causas de exención de la responsabilidad (causas de justificación y causas de inculpabilidad), que completan el panorama general de la responsabilidad penal.

CAPÍTULO I. LA TEORÍA DEL DELITO: SIGNIFICADO Y CONTENIDO

¿Qué es la Teoría del Delito?: la Teoría del Delito es una elaboración conceptual obra de la dogmática jurídico-penal que reúne en un sistema los elementos que, en base al Derecho positivo, pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos (MIR PUIG, *Parte General*, 5/2).

Se denomina “dogmática jurídico-penal” al saber propio de la ciencia penal. Es obra de los juristas y recibe el nombre de “dogmática”, porque históricamente se concibió a las leyes penales como dogmas y por tanto a la labor de interpretación y sistematización de tales leyes se la conoció como dogmática.

La Teoría del Delito es, pues, el instrumento conceptual que **conforma y ordena sistemáticamente** la Parte General del Código Penal.

Para entender la definición de Teoría del Delito aquí reproducida nos será de utilidad ver con detenimiento, paso a paso, los diferentes aspectos de la misma:

- “elaboración conceptual”: la Teoría del Delito, como tal, esto es, como una estructura estratificada (tal y como veremos) no se encuentra recogida en ninguna ley. Es por ello una obra de los juristas (una obra de la denominada “dogmática jurídico-penal”).
 - los juristas, no obstante, no se la “inventan”: se deriva de la regulación legal y de ciertos principios político-criminales (esto es, de cierta concepción sobre la función del derecho penal).

Existe aquí siempre, según veremos, una cierta tensión entre el contenido de la ley penal y la interpretación que de ella hacen los juristas al elaborar la Teoría del Delito. Esta “tensión” nace del hecho que la ley penal, aun estableciendo los requisitos generales de la responsabilidad penal, lo hace muchas veces de forma muy inconcreta o vaga, lo cual obviamente deja mucho margen al intérprete (jurista o tribunal) para su final configuración. Este margen de configuración, no obstante, no se encuentra ausente de todo tipo de guía o parámetro de actuación: la interpretación de las reglas penales se realiza teniendo en cuenta ciertos principios político-criminales.

Ejemplo: nuestro CP establece en su art. 10 que “*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”; pero no existe en el CP ninguna definición del “dolo” (intención). Ello evidentemente ha dejado mucho margen de maniobra a juristas y tribunales para establecer el contenido y elementos del dolo, tal y como nosotros veremos. Ahora bien, ese contenido se elabora teniendo en cuenta la función del derecho penal. El problema es que ello, la mayoría de veces, no se explicita. Vale la pena señalar que, desde la perspectiva de los principios del Derecho Penal la

Teoría del Delito es así una parte del sistema penal en la que el principio de legalidad (en su aspecto de taxatividad) se encuentra más diluido.

- el adjetivo “conceptual” sirve para subrayar que la Teoría del Delito está estructurada en torno a una serie de conceptos abstractos (ejemplo: tipicidad, dolo, tentativa inidónea) propios del derecho penal. Es la existencia de estos conceptos abstractos lo que ha provocado tradicionalmente que la Teoría del Delito se considere a veces una elaboración confusa y críptica. Pero nosotros no hemos de perder de vista el hecho de que todos los conceptos abstractos que estudiaremos nacen para resolver un problema concreto.

Ejemplo: el concepto de “tentativa inidónea” surge para solucionar el siguiente problema: ¿puede castigarse a la persona que intenta cometer un delito utilizando unos medios o llevando a cabo una acción que de ningún modo podría haber conseguido el fin que se proponía? (ejemplo: una persona que cree en la magia negra intenta matar a otra persona clavando agujas en un muñeco de “vudú”).

- “reúne en un sistema” los elementos comunes de los delitos: hablamos de sistema porque la Teoría del Delito no es un listado desconectado de elementos, sino un conjunto estructurado en torno a ciertos principios y por ello relacionado.
- “los elementos comunes”: quien no tenga conocimientos previos de Derecho Penal seguramente se sorprenderá al hojear por primera vez un Código Penal, pues no encontrará solamente un listado de delitos. Probablemente sea ésta la imagen que los ciudadanos tienen de un Código Penal: un mero listado de delitos, que comenzando por los más graves (delitos contra la vida) vaya recorriendo las diversas conductas que en una sociedad determinada se definen como delito.

Sin embargo, según decimos, el Código Penal no se limita a ser un listado de delitos, sino que contiene toda una primera parte dedicada a los principios básicos que rigen la adscripción de la responsabilidad penal. Esta primera parte del Código Penal, que en nuestro caso (CP español) abarca del art. 1 al 31, es conocida como la *Parte General* del Código Penal. Se la denomina así porque, tal y como veremos, en esta primera parte se tratan toda una serie de cuestiones que no son privativas de un delito o grupo de delitos, sino que afectan a la mayoría de ellos.

Ejemplo: el art. 138 del CP define el delito de homicidio de la siguiente manera: “*El que mate a otro será castigado como reo de homicidio con la pena de prisión de diez a quince años*”. Sin embargo, este artículo no aclara, por ejemplo, qué sucede cuando una persona, con ánimo de matar, intenta matar a otra, pero sin conseguir su resultado (ejemplo: le dispara dos tiros con un revólver, pero las balas no alcanzan el objetivo y la víctima sale indemne). El art. 138 CP como tal no puede aplicarse, porque en nuestro caso no se ha “matado a otro”. Este problema puede solucionarlo el legislador de dos maneras: en primer lugar, podría añadir un párrafo a dicho artículo o un art. 138 bis que definiera y castigara a quien “intente matar a otro”. No obstante, la dificultad de esta solución al problema estriba en que pareciera que lo mismo debiera hacerse con respecto a todos los delitos (a la definición del delito de violación habría que añadir un párrafo u otro artículo relativo a la

tentativa de violación, a la definición del robo lo mismo...y así sucesivamente), con lo que al final de este proceso el listado de delitos alcanzaría un volumen y complejidad considerable. Decimos complejidad porque en el ejemplo hemos tratado tan sólo uno de los problemas generales que se plantean en la mayoría de delitos (el tema del castigo de la tentativa), pero existen otros muchos (el castigo de la participación en el delito, el castigo de la omisión, la existencia de circunstancias eximentes o atenuantes etc.) que entonces también deberían ser abordados por el legislador en cada delito. La segunda solución sería entonces llevar todos esos problemas a otro “lugar” del código penal, creando de este modo una sección diferente y separada del listado de delitos. Nace así la diferencia entre la Parte General y la Parte Especial del Código Penal: cuando el legislador se da cuenta de que existen toda una serie de problemas o cuestiones comunes a la mayoría de delitos, que por tanto, vale la pena regular de forma genérica y no en cada delito en particular.

En definitiva, en la Parte General del CP se pretende solucionar toda una serie de problemas comunes que afectan a los delitos y por eso mismo el legislador ha querido regularlos de forma previa a su definición y listado. Es por ello que para entender el contenido de la responsabilidad penal debe tenerse en cuenta, tanto los delitos concretamente castigados (Parte Especial del Derecho Penal), como las distintas formas de responsabilidad penal posibles en relación a tales delitos (Parte General del Derecho Penal).

¿Para qué sirve la Teoría del Delito?.

- En primer lugar, ha de destacarse la necesidad de una Teoría del Delito: la Parte General del Derecho Penal es necesaria para una aplicación previsible del derecho penal (seguridad jurídica).
 - Decimos que es necesario “una” Teoría del Delito porque en realidad no existe un único modelo de Teoría del Delito. Nosotros estudiaremos el modelo “germánico”, ya que la Teoría del Delito española está enormemente influenciada por el modelo alemán, elaborado durante los dos últimos siglos y que de hecho es el más seguido en la Europa continental. Pero no hay que caer en el error de pensar que ésta es la única Teoría del Delito posible. Así, los países anglosajones siguen otro modelo para explicar la Parte General del Derecho Penal.
 - Como decíamos anteriormente, la Teoría del Delito **ordena sistemáticamente** la Parte General del Código Penal. Esta ordenación tiene lugar, por un lado, mediante su *división en categorías* (Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad) y por otro lado, a través de la articulación de toda una serie de *estructuras de punibilidad* (la estructura del delito de acción doloso consumado, del delito de omisión doloso, del delito intentado, etc.). Esta ordenación sistemática es necesaria debido a que la Parte General del Código Penal es más bien un listado desconectado de cuestiones problemáticas, que sería difícil comprender sin una construcción conceptual como la Teoría del Delito que tratase de

ordenarla. Por otro lado, también hemos visto que la Teoría del Delito nace para llenar las muchas lagunas de la Parte General del Código Penal (por ejemplo, en nuestro Código Penal la ausencia de una definición del dolo). Es en este sentido que decíamos que la Teoría del Delito **conforma** la Parte General. En conclusión, la Teoría del Delito es necesaria para ordenar sistemáticamente y completar la Parte General del Código Penal.

- La vinculación de la Teoría del Delito con la aplicación previsible del derecho penal tiene que ver con la idea antes destacada: muchos de los problemas y cuestiones generales que rigen la adscripción de la responsabilidad penal no se encuentran explicitadas o resueltas en la ley penal, y entonces es labor del intérprete hacerlo. La Teoría del Delito, al agrupar sistemáticamente estos problemas y ofrecer además una propuesta de solución para los mismos, pretende así aportar seguridad jurídica, evitando que cada aplicador concreto dé una solución diferente al mismo problema.
 - *Ejemplo:* como decíamos antes nuestro código penal no define lo que es el dolo. Si no existiera la Teoría del Delito que, según veremos, se ha encargado de definir e interpretar lo que es el dolo, cada intérprete o aplicador (juez penal) podría considerar dolo una cosa distinta y con ello privar de toda seguridad jurídica.
- En segundo lugar, ha de señalarse que la Teoría del Delito pretende ser una guía para el aplicador del derecho que le marca los pasos a seguir para declarar a una persona penalmente responsable (finalidad didáctica y práctica)
 - ello puede observarse en la definición jurídica / dogmática de delito: comportamiento humano típico, antijurídico y culpable. Como puede apreciarse se establecen aquí una serie de requisitos para calificar a una conducta como delito

El contenido básico de la Teoría del Delito: las categorías que rigen la adscripción de responsabilidad penal.

Hasta aquí hemos explicado qué es y para qué sirve la Teoría del Delito, pero todavía no sabemos cuál es su contenido, esto es, cómo está configurada. La idea básica que el alumno debe retener desde el primer momento es que la manera en que la Teoría del Delito pretende agrupar y resolver los problemas de la Parte General del Derecho Penal es a través del establecimiento de una serie de *categorías*. Estas categorías funcionan como *requisitos* graduales que se habrá de ir superando paso a paso para poder declarar a una persona penalmente responsable y así imponerle una pena.

En otras palabras, la Teoría del Delito está estructurada en categorías, las cuales no son sino los distintos elementos o requisitos que ha de reunir un comportamiento para ser penalmente punible. Veamos, pues, sintéticamente, cuáles son esas categorías o requisitos.

- **La Tipicidad:** en esta primera categoría se analiza si el hecho realizado por una persona es subsumible en la letra de una norma penal que define un delito (denominada tipo penal). Los “tipos penales” se encuentran en la Parte Especial del Código Penal.

- La Tipicidad es una exigencia del principio de legalidad penal: para castigar a alguien lo primero que debe acreditarse es que haya realizado una conducta definida en la ley como delito.
- En la Tipicidad se trata, pues, de una operación de subsunción o interpretación: la conducta realizada por una persona, para ser típica (adjetivo que denota el cumplimiento de este requisito), ha de poder subsumirse (incardinarse) en la letra de un delito de la Parte Especial (tipo penal). Todo tipo penal tiene unos elementos que lo configuran, y que han de cumplirse para decir que una conducta es típica.

Ejemplo: el art. 138 CP define el tipo penal de homicidio. Los elementos que este tipo penal incluye (“matar” y “a otro”) han de cumplirse para poder decir que una persona ha realizado una acción típica de homicidio.

- Según veremos, en esta operación de subsunción una idea clave será el bien jurídico protegido por el respectivo tipo penal. Y es que en ocasiones conductas que aparentemente cumplen todos los elementos de un tipo penal, pueden quedar fuera del ámbito de aplicación del mismo en atención a que en realidad tales conductas no implican ningún peligro o lesión del bien jurídico protegido por el tipo penal. Obviamente, en ocasiones es una cuestión compleja y discutida saber qué conductas suponen una verdadera afección del bien jurídico protegido por el tipo penal.
- Debe aclararse ya de entrada que la subsunción de una conducta en el tipo penal abarca tanto aspectos objetivos como subjetivos, puesto que, según veremos, en los delitos intencionales la intención forma parte de la tipicidad de la conducta.

Ejemplo: en el caso anterior del homicidio, veremos que, aunque en la letra del código penal no se diga de forma explícita, debemos interpretar que la aplicación del delito de homicidio recogido en el art. 138 CP, además de “matar” y “a otro”, exige también un elemento subjetivo configurado por el dolo (intención) de matar.

- Por último, vale la pena remarcar que ésta es la categoría más importante de la Teoría del Delito, pues marca la frontera entre lo que es o no relevante para el derecho penal.

- contenido / significado básico de la categoría de la Tipicidad: en esta primera categoría se analiza, según hemos dicho, si el hecho realizado por una persona es *subsumible* en la letra de una norma penal que define un delito (*tipo penal*).

- funciones de esta categoría:
 - selección: marca la relevancia penal de una conducta. Una conducta atípica (esto es, no típica) implica ausencia de relevancia penal de la misma. No obstante, tal conducta podría ser relevante en otros sectores del ordenamiento jurídico (*ejemplo*: no pagar la tarifa requerida para aparcar en una zona azul, es una conducta atípica penalmente, ya que por mucho que busquemos en el código penal no encontraremos ningún tipo penal que la recoja. Pero sí es una conducta relevante para el derecho administrativo). No obstante, según veremos, aunque una conducta sea típica, ello no va a implicar de forma automática responsabilidad penal, ya que estamos solo ante la primera categoría o requisito de la responsabilidad penal.
 - instrucción (motivación) / fijación de las “reglas de juego” (vinculación con el principio de legalidad: *fair warning*). Con esta función de la categoría de la tipicidad hacemos referencia a que los tipos penales se conciben como advertencias o recordatorios dirigidos a los ciudadanos sobre qué conductas no deben realizarse. Su función es así motivadora. También se habla de que los tipos penales “fijan las reglas del juego” porque los ciudadanos, consultando los tipos penales deben poder saber qué conductas pueden realizar y cuáles no.
- concepto de tipo penal: compendio de todos los presupuestos de la prohibición abstracta de la conducta. En otras palabras: el tipo penal individualiza (función selectiva) formas específicas de ofensa a un bien jurídico.
 - Ejemplo: el tipo penal del homicidio (art. 138 CP) es el conjunto de elementos que configuran la prohibición, esto es, matar a una persona de forma intencional. (ojo: con este ejemplo puede verse que tipo penal no es equivalente a “letra de la ley”, pues en el art. 138 no se especifica que la muerte ha de ser intencional para poder aplicarse este tipo penal)
- necesidad de esta categoría: la tipicidad es una exigencia ineludible del principio de legalidad. El legislador debe informar a los ciudadanos de cuáles son los comportamientos que considera delito, y por tanto para imponer una pena el primer y esencial requisito es que la conducta realizada sea subsumible en una norma que defina un delito, esto es, en un tipo penal.
- estructura de la tipicidad: aunque la tipicidad es, de hecho, la categoría del delito que marca las diferencias entre los diversos delitos, pueden distinguirse una serie de elementos comunes de todo tipo penal. Estos elementos comunes variarán, no obstante, en función de la *estructura de punibilidad* a aplicar.
 - Así los elementos de la tipicidad del delito doloso de acción consumado son diferentes de los que constituyen la estructura del delito imprudente, o del delito intentado, o de la omisión, por nombrar estructuras de punibilidad diferentes. Esta es una cuestión que iremos estudiando poco a poco.

- **La Antijuricidad:** en esta segunda categoría de la Teoría del Delito se analiza si el hecho típico realizado por una persona es además contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto.

De entrada puede parecer extraño que un hecho típico (por ejemplo, un homicidio) no sea contrario al ordenamiento jurídico. Pero ha de tenerse en cuenta que en la realización de una conducta típica pueden concurrir muchas circunstancias. Pues bien, alguna de ellas puede conllevar que el hecho típico no se estime, sin embargo, contrario al ordenamiento jurídico. En concreto, el hecho no será antijurídico si concurre lo que se denomina una *Causa de Justificación*. En nuestro ordenamiento penal se consideran causas de justificación las siguientes eximentes recogidas en el art. 20 CP:

- La Legítima Defensa (art. 20.4 CP)
- El Estado de Necesidad (art. 20.5 CP)
- El Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y el Cumplimiento del Deber (art. 20.7 CP)

Por tanto, tal y como puede apreciarse, el examen de la antijuricidad de una conducta, en la práctica, se limita a comprobar si en el supuesto de hecho concurre o no una causa de justificación. Si no es el caso, la conducta será típica y antijurídica. Si por el contrario, concurre una causa de justificación el hecho será típico pero no antijurídico y por lo tanto no habrá responsabilidad penal.

- **La Culpabilidad:** en esta tercera, y última, categoría de la Teoría del Delito se analiza si la persona que realizó un hecho típico y antijurídico puede ser declarado responsable de tal conducta.

Al igual que sucede en el caso de la antijuricidad, en esta categoría el análisis en la práctica se limita a analizar si en el supuesto de hecho concurre o no una causa de inculpabilidad. Si no es así, la conducta será típica, antijurídica y culpable, y entonces la persona será penalmente responsable. Si por el contrario, concurre una causa de inculpabilidad el hecho será típico, antijurídico pero no culpable y en este caso no habrá responsabilidad penal.

- Ha de matizarse la última afirmación: si el hecho no es culpable no habrá responsabilidad penal *en forma de imposición de una pena*. Pero sí se podrá imponer a la persona, en los casos de inimputabilidad, lo que se denomina una *medida de seguridad*.

Ejemplo: la persona que padece una grave enfermedad mental (enajenado mental) no puede ser declarado responsable penalmente porque en su caso concurre una causa de inculpabilidad. Pero el Derecho Penal, si considera que esta persona es peligrosa (porque puede volver a cometer un delito en el futuro), puede imponer una medida de seguridad (por ejemplo: internamiento en un centro psiquiátrico).

- Causas de Inculpabilidad reconocidas en nuestro ordenamiento:

- Causas de Inimputabilidad (art. 20.1, 20.2 y 20.3 CP): enajenación mental, trastorno mental transitorio, intoxicación plena y alteración en la percepción.
- El error de prohibición (art. 14.3 CP).
- La inexigibilidad de otra conducta: el miedo insuperable (art. 20.6 CP).

**CUADRO RESUMEN DE RELACIÓN ENTRE LAS CATEGORÍAS
DE LA TEORÍA DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL.**

COMPORTAMIENTO NO- TÍPICO	→	→	NO – DELITO
COMPORTAMIENTO TÍPICO	NO- ANTIJURÍDICO	→	NO – DELITO
COMPORTAMIENTO TÍPICO	ANTI JURÍDICO	NO-CULPABLE	NO – DELITO
COMPORTAMIENTO TÍPICO	ANTI JURÍDICO	CULPABLE	DELITO: RESPONSABILIDAD PENAL

ESTRUCTURAS DE PUNIBILIDAD

Cuando hablamos de “estructuras de punibilidad” nos estamos refiriendo a clases o tipos de responsabilidad penal diferenciados según sus elementos constitutivos. Nuestro sistema penal no atribuye responsabilidad penal por un único tipo o clase de comportamientos. Antes bien, como iremos viendo, existe responsabilidad penal por diferentes clases de comportamiento (por ejemplo, comportamiento activo y comportamiento pasivo -omisión-; comportamiento intencional -doloso- y comportamiento imprudente). En el presente curso nosotros agrupamos esas estructuras de punibilidad de la siguiente manera (y estas estructuras serán progresivamente estudiadas en sus elementos constitutivos):

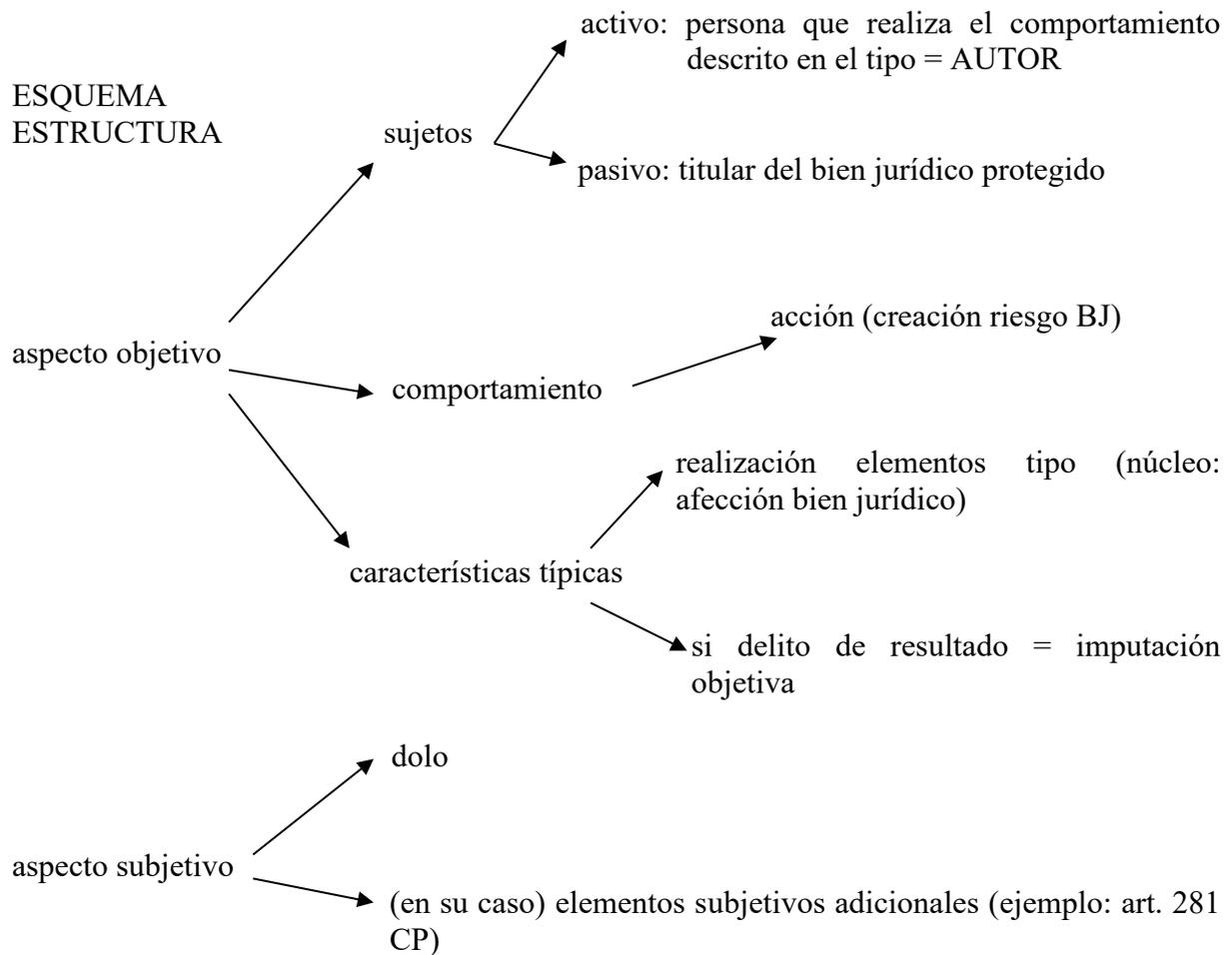
1. Delito doloso de acción consumada: esta estructura está caracterizada por la realización de una acción, intencional (dolosa) que realiza el correspondiente delito penal (está consumada). Por ejemplo, el delito de homicidio (art. 138 CP) corresponde a esta estructura, porque para castigar a una persona por este tipo penal deberá haber realizado una acción intencional que haya causado la muerte de otra persona.
2. Delito imprudente: esta estructura está caracterizada por la realización de una acción que, sin intención de causarlo, pero por falta del cuidado debido, ocasiona un daño.

3. Delitos de omisión: la estructura de los delitos de omisión está caracterizada por la no realización (esto es, el incumplimiento) de un determinado mandato establecido en la ley penal. Como veremos, determinados delitos establecen, no la prohibición de realizar cierta acción (por ejemplo, el art. 138 prohíbe matar a otro), sino la obligación de realizar una determinada acción (por ejemplo, el art. 195 castiga a quien no socorra a una persona que está desamparada y en peligro grave, por lo que está obligando al ciudadano a realizar una determinada acción: socorrer a un tercero).
4. Delitos de ejecución imperfecta: cuando hablamos de delitos de “ejecución imperfecta” nos referimos al problema relativo a aquellos delitos cuya ejecución ha quedado inacabada. Esto es, una determinada persona intenta ejecutar un delito (homicidio, por ejemplo) y sin embargo por determinadas circunstancias no lo consigue. Como veremos, en los casos de ejecución imperfecta o inacabada nuestro sistema penal, en determinadas circunstancias, impone responsabilidad penal si se cumplen ciertos elementos.

Como puede verse, pues, nuestro sistema penal es muy versátil. En el sentido de que no existe responsabilidad penal por una única clase de acciones generales (intencionales que causan un daño efectivo), sino también cuando en vez de realizar una acción, no realizamos un determinado comportamiento exigido por la ley penal, cuando causamos daños de forma no intencional e incluso cuando intentamos causar daños y no lo conseguimos. Todo ello lo iremos explicando detenidamente en lo que sigue, comenzando por la primera estructura de punibilidad: la del delito doloso de acción consumado, esto es, aquella que tiene como elementos constitutivos la realización de un comportamiento activo, intencional en el que además se consigue realizar todos los elementos del tipo penal.

CAPÍTULO II. LA ESTRUCTURA DEL DELITO DOLOSO DE ACCIÓN CONSUMADO

TIPICIDAD



EL ASPECTO OBJETIVO DE LA TIPICIDAD DEL DELITO DOLOSO DE ACCIÓN.

SUJETOS.

A) Sujeto Activo: es la persona que realiza el comportamiento descrito en el tipo penal.

El sujeto activo aparece en la letra del tipo penal normalmente con la referencia genérica “El que...”. Así, el art. 138.1 CP dice:

El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

El sujeto activo de un tipo penal puede ser una persona física o una persona jurídica (a partir reforma CP 2010).

El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido siempre una cuestión polémica en el derecho penal, debatiéndose si se podía o no exigírseles responsabilidad. Tradicionalmente se venía considerando que no (*societas delinquere non potest*), ya que se estimaba que las personas jurídicas no actuaban (incapacidad de acción: solo una persona física tiene capacidad de acción), así como tampoco podía reprochárseles haberse comportado de cierta forma (imposibilidad de reproche de culpabilidad), y por último también se aludía a la inadecuación de las penas (particularmente la prisión) en el caso de personas jurídicas.

Sin embargo, la realidad demostraba que a través de personas jurídicas se cometían delitos y que la propia actuación de las personas jurídicas podía ocasionar graves daños (pensemos por ejemplo en contaminaciones ambientales con graves resultados o producción de bienes defectuosos).

Ante ello, la primera respuesta tradicional del derecho penal fue imponer responsabilidad penal a los representantes legales de las personas jurídicas. Ello sigue vigente en el art. 31 CP:

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Sin embargo, con el paso del tiempo se consideró que ello no era suficiente y debía darse el paso de imponer también responsabilidad penal a las personas jurídicas como tales. Así se hizo en la reforma del CP llevada a cabo por la LO 5/2010. A partir de esta reforma es posible considerar penalmente responsables, de forma directa, a las personas jurídicas (arts. 31 bis y 33.7 CP): *en los supuestos previstos expresamente* (ejemplo art. 189 bis). Con ello, actualmente puede decirse que en nuestro sistema penal existen dos universos paralelos: el sistema de responsabilidad penal de las personas físicas y el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En esta asignatura nosotros vamos a ocuparnos únicamente del sistema de responsabilidad penal de las personas físicas, ya que respecto a las personas jurídicas rigen unos principios y estructuras distintas de responsabilidad penal.

Volvamos, pues a la cuestión del sujeto activo, que es, según decíamos, la persona que realiza el comportamiento descrito en la ley penal. Esta persona se denomina en derecho penal el “autor” del delito.

El tema de la autoría y la participación será tratado más adelante, pero ahora es necesario estudiar los elementos básicos de la autoría, para saber quién o quiénes son sujetos activos del delito.

Nos hemos de situar aquí en el art. 28 párrafo 1º CP pues en este apartado se define quiénes son autores:

Art. 28 CP:

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

Partiendo de esta definición se considera que nuestro código penal sigue una concepción restrictiva de la figura del autor al diferenciar entre autor y partícipe en función de la contribución objetiva de una persona a la realización del delito. Cuando esa contribución es fundamental y alcanza el rango de “protagonista” del delito entonces estamos ante un autor. Cuando esa contribución no sea tan fundamental estaremos ante otro tipo de figura, que según veremos, se denomina partícipe. Partícipe en el delito cometido por el autor.

Igualmente, a partir de la definición que nuestro código penal da de la figura de autoría (“Son autores...”), se considera de forma mayoritaria que nuestro sistema acoge la denominada “teoría del dominio del hecho”. Esta teoría defiende que autor o autores sólo pueden ser aquellas personas que realmente dominen el delito, esto es, tengan el control final de la realización delictiva (quien con su mera pasividad podría impedir la realización del delito). En concreto, tienen este dominio final:

- El autor directo o autor-ejecutor (el que realiza de propia mano todos los elementos del tipo penal): realiza el hecho por sí solo.
- Los que comparten funcionalmente el dominio del hecho: los coautores. Realizan el hecho conjuntamente (tienen el “dominio conjunto” del hecho).
- Quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento: el autor-mediató.

Veámoslo detenidamente estudiando cada figura de autoría.

El Autor Ejecutor: el que realiza por sí solo todos los actos ejecutivos del tipo penal.

Ejemplo: Adelina entra en una tienda y aprovechando el descuido del encargado de seguridad sustrae un teléfono móvil valorado en 600 euros. Adelina es autora-ejecutoria del tipo penal de hurto contemplado en el art. 234.1 CP:

El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros.

Adelina es autora-ejecutora porque ha realizado todos los elementos del tipo por ella misma: ha tomado una cosa mueble ajena (móvil), con ánimo de lucro, sin la voluntad de su dueño, y el valor de la cosa excedía los 400 euros.

*Cuidado!: autor de un delito existe cuando éste se comienza a ejecutar (cuando empieza la tentativa). Si el delito no se empezó siquiera a ejecutar entonces no habrá autoría de delito, sino, siempre que sea posible, autoría de un acto preparatorio (tema éste que veremos más adelante).

b) La Coautoría: realización conjunta y de mutuo acuerdo del hecho. Se precisa así:

- i. mutuo acuerdo, esto es, que todos estén de acuerdo en la ejecución del delito. Este mutuo acuerdo, temporalmente, puede ser precedente o simultáneo al delito, y por lo que se refiere a su forma de exteriorización, puede ser expreso o tácito.
 - Un ejemplo típico de mutuo acuerdo simultáneo y tácito es el constituido por una pelea entre dos grupos a la salida de una discoteca, cuando un integrante de uno de los grupos empuja a una persona del otro grupo, que lo interpreta como una agresión y empieza a golpear al que le empujó, uniéndose a la pelea los integrantes de ambos grupos. Estamos ante un mutuo acuerdo (todos quieren pelearse) que ha sido simultáneo (surge en el mismo momento y no ha sido así planeado de antemano) y tácito (pues no ha hecho falta que nadie dijera expresamente –“vamos a pegarnos”, ya que la situación ha llevado a ello).

El mutuo acuerdo es un elemento clave de la coautoría porque conlleva el *principio de “imputación recíproca”*: todos responden de lo hecho por cada uno de los demás (*ejemplo*, si un grupo de personas está de acuerdo con apalearse a otra todos responden del resultado concreto causado, aunque en el fragor de los golpes uno de ellos no haya logrado siquiera alcanzar a la víctima). Pero existe un límite: el exceso individual de un coautor no abarcado por el mutuo acuerdo. Es decir, si uno de los coautores va más allá de lo acordado por todos y así se excede en el mutuo acuerdo, responderá únicamente él por tal exceso.

- Uno de los problemas prácticos más difíciles de la coautoría es precisamente establecer hasta dónde abarca el mutuo acuerdo.

Ejemplo: unas personas acuerdan robar en una casa habitada por la noche. Cuando entran en la casa uno de sus moradores se despierta y, para evitar que grite, uno de los ladrones lo apuñala causándole la muerte. Sin duda tenemos un delito de robo en coautoría (porque el delito de robo ya se empezó a ejecutar -habrá coautoría en un robo consumado o intentado dependiendo de si se apropiaron efecti-

vamente de algo-). Pero ¿tenemos también un homicidio en coautoría? ¿matar al morador entraba dentro del mutuo acuerdo o es un exceso individual solo imputable al que efectivamente lo apuñaló?

Nuestro TS emplea aquí un criterio muy extensivo para decidir la cuestión: el criterio de las “desviaciones previsibles”. Según este criterio, todas las desviaciones previsibles del plan acordado entran dentro del mutuo acuerdo y por tanto habría coautoría.

Un ejemplo de ello puede apreciarse en la STS 24-1-2019 (RJ 2019, 117):

“Esta Sala, SSTS 434/2008 del 20 junio, 1278/2011 del 29 noviembre, 1320/2011 del 9 diciembre, 311/2014 de 16 abril, 225/2018 del 16 mayo, ha aplicado la llamada teoría de las desviaciones previsibles al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que “el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya “a priori” todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales”, pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el “iter” del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993 , 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994 , 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos , es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes ”.

En esta sentencia, el TS aplicó la doctrina de las “desviaciones previsibles” al coautor del robo en el que otro de los coautores disparó con una pistola y mató a la víctima del robo (y por tanto, consideró que había coautoría en el robo y en el homicidio), porque accedió a participar en un robo sabiendo que uno de los intervinientes llevaba una pistola, con lo que pudo prever el resultado lesivo final (en concreto, según esta STS, al conocer que uno de los coautores del robo llevaba una pistola, aunque “él no portaba ninguna de las pistolas pudo representarse que si se iba a cometer un robo con armas de fuego, la ejecución del plan comportaba un peligro concreto de muerte para la víctima”).

Un supuesto en el que esta teoría de las “desviaciones previsibles” lleva a considerar que no existe coautoría, sino exceso individual de uno de los coautores en el delito principal, puede consultarse en la SAP Toledo 27-2-20 (comisión de una agresión sexual por parte de dos coautores en el contexto de un delito de robo: la sentencia

considera que el tercer interviniente en el robo no ha de responder por dicha agresión sexual al ser una desviación imprevisible del plan).

- ii. realización conjunta del hecho: “dominio conjunto del hecho”. Al margen del elemento (subjetivo) estudiado consistente en el mutuo acuerdo, la coautoría exige un elemento objetivo: la realización conjunta del hecho, que suele también denominarse el “dominio conjunto del hecho”.

Ojo: cuando hablemos de realización conjunta del hecho o dominio conjunto, esto no exige realización de actos típicos por todos los coautores, sino algo más amplio (a la vez que étéreo). Como señala nuestro TS hablamos aquí de aportación de una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva (vid. por ejemplo, RJ 2000/7462).

Para que se entienda: una concepción restringida o estricta de la coautoría consistiría en entender que sólo pueden ser coautores los que realicen alguno de los elementos ejecutivos o típicos del delito de que se trate.

- *Ejemplo*: en un delito de agresión sexual con penetración vaginal (art. 179 CP) que ha tenido lugar mediante el empleo de violencia sobre la víctima, coautores podrían ser solo aquéllos que realicen alguno de los elementos típicos de este delito, esto es, la penetración o la violencia (así en el caso de una persona que sujeta con fuerza a la víctima para que otro pueda penetrarla vaginalmente).

Sin embargo, según decíamos, nuestro TS no sigue esta concepción restringida de la coautoría, al no exigir realización de actos típicos sino algo más amplio: aportación de una parte esencial al plan delictivo. Ello puede observarse, por ejemplo, en la STS 11-2-2011 (RJ 2011/1942), que resume éste y el elemento ya estudiado de la coautoría (el mutuo acuerdo):

“El art. 28 del C.P. vigente nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia (...). Preciso es pues, esclarecer que debemos entender por uno y otro elemento -objetivo y subjetivo- de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del

instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12/2/86 , 24/3/86 ,15/7/88 , 8/2/91 y 4/10/94 . Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SS. T.S. 3/7/86 , Y 20/11/81 , han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (SS. 10/2/92 , 5/10/93 ,2/7/94) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

Llegados a este punto, evidentemente, la pregunta es qué es una “aportación esencial en la realización del delito”. Esto es sin embargo imposible de determinar a priori...dependerá del delito concreto cometido. Por ejemplo: ¿es la vigilancia una aportación esencial en la realización de un robo y así el que vigila fuera mientras los autores del robo entran en una vivienda es coautor? Pues dependerá del acto concreto de vigilancia en el concreto robo cometido.

c) La Autoría Mediata: utilización de otra persona (denominado autor inmediato) como mero instrumento para cometer el delito. Se acostumbra a distinguir dos tipos de autoría mediata:

- i. casos de dominio sobre el injusto (ejemplo: falta de dolo –error de tipo).

Ejemplo (“el caso de la enfermera”): un médico que trabaja en el Hospital Josep Trueta se entera de que en otra planta del hospital se encuentra ingresado su vecino Juan, con el que hace muchos años está profundamente enemistado. Aprovechando tal circunstancia planea acabar con la vida de Juan y para ello, tras visitar su habitación y comprobar en la documentación médica que es alérgico a la penicilina, cambia la prescripción médica para que se le suministre una medicación con penicilina. Cuando la enfermera del turno comprueba que el gotero de Juan está casi vacío se lo cambia por uno en el que, tal y como consta en la prescripción médica (alterada por el médico), contiene penicilina. A la media hora Juan sufre un shock debido a la reacción alérgica a la penicilina y muere. El médico es un autor mediato porque ha utilizado a la enfermera como un mero instrumento para cometer el delito, pues la enfermera desconocía por completo el plan del médico.

Vid. también el caso tratado en la STS 11-2-2014: inspector de policía de paisano se inventa hechos delictivos para que sus subordinados detengan a una persona:

“El acusado tuvo dominio del hecho, pues imputa falsamente hechos delictivos graves susceptibles de ser calificados como resistencia o desobediencia a agente de la autoridad. El instrumento empleado ha actuado, al acordar la detención el Jefe de la dotación, movido por el engaño sobre la comisión de delitos graves. El dominio del hecho lo tuvo el acusado en cuanto conoce la realidad de lo acontecido y provoca intencionadamente el error de los funcionarios que materializan la detención.”

- ii. casos de dominio sobre el inimputable (ejemplo, utilizar a un menor de edad para cometer un robo)

Un ejemplo reciente de este tipo de casos puede observarse en la STS 15-4-21: un padre permite que su hijo de ocho años conduzca un vehículo. El TS condena al padre como autor mediato de un delito de conducción sin permiso (art. 384.2 CP), por cuanto al ser el menor inimputable estima que más que participación del padre en el delito cometido por el menor hay autoría mediata.

Hay que tener en cuenta que la figura de la autoría mediata es de aplicación restrictiva porque se exige un auténtico dominio del hecho por parte del autor mediato. Por esta razón, en los típicos casos del “sicario”, esto es, cuando alguien contrata a un tercero para cometer un delito, no existe aquí autoría mediata. El que paga a un sicario para matar o dar una paliza a un tercero no es autor mediato, porque el dominio del hecho lo tiene en realidad el sicario. ¿Por qué?, porque por mucho dinero que yo le pague a una persona para cometer un delito, el que tiene en sus manos hasta el último momento la decisión final de cometer o no el delito es el sicario. Y además, con la tranquilidad de que si me estafa y no comete el delito, no voy a denunciarlo por incumplimiento de contrato... Por lo tanto, en los típicos casos del “asesino o matón a sueldo”, si el delito finalmente se comete, el sicario será autor ejecutor del delito realizado. Y el que le dio el dinero será otra figura que ya veremos (será un inductor), pero que en todo caso no es una figura de autoría sino de participación (participación en el delito del autor).

B) Sujeto Pasivo: es el titular del bien jurídico protegido por el tipo penal

- sujeto pasivo puede ser tanto una persona física, como jurídica e incluso el Estado (¿también animales?: vid. arts. 337 y 337 bis CP)
- no hay que confundirlo con
 - sujeto pasivo de la acción: persona sobre la que recae la acción típica, que no tiene por qué ser el sujeto pasivo del delito (ejemplo, una persona se apodera del móvil que tiene otra en la mano, pero que en realidad no era suyo, sino de su amigo que se lo había prestado momentáneamente)

ofendido, perjudicado o víctima: estos son conceptos más amplios, pues ofendido, perjudicado o víctima de un delito puede ser un círculo más amplio de personas (ejemplo, en caso de un homicidio, sujeto pasivo del delito es la persona que ha resultado muerta, pero ofendido, perjudicado o víctima pueden serlo sus hijos, padres, pareja, etc.; vid. en este sentido art. 2 de la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*)

- objeto material del delito: persona o cosa sobre la que recae físicamente la acción.

LA EXIGENCIA DE COMPORTAMIENTO.

- art. 10 CP: “Son delitos las *acciones y omisiones* dolosas o imprudentes penadas por la ley”. Base de la responsabilidad penal es, por tanto, un comportamiento o conducta realizada por una persona.
- la conducta en Derecho Penal puede ser activa (acción) o pasiva (omisión: no hacer algo debido). Si se trata de un delito de acción obviamente deberá consistir en un comportamiento activo.
 - Definición de “comportamiento”: Comportamiento es todo movimiento o inactividad **consciente y físicamente libre** (GIMBERNAT).
 - Diferencia entre acción y omisión: cambiar el mundo *versus* dejar que el mundo siga su curso. Una acción o comportamiento activo implica el manejo de cursos causales dirigidos a cambiar de alguna forma el mundo (cuando disparo a una persona causándole la muerte he cambiado el curso de los acontecimientos y en este sentido he cambiado el mundo). Una omisión o comportamiento omisivo implica dejar que el mundo siga su curso, sin intervenir para cambiar un determinado curso causal (cuando yo no socorro a una persona que ha sufrido un accidente me limito a dejar que el destino siga su curso, sin intervenir en un curso causal ya puesto en marcha de forma ajena). No obstante, como veremos en el tema dedicado a la responsabilidad penal por omisión, un caso límite entre acción y omisión son los supuestos conocidos como de “injerencia”.
- Elementos del comportamiento para que sea penalmente relevante:
 1. ha de ser un comportamiento *humano*: exclusión de los daños ocasionados por cosas o animales (en cuanto a los daños causados por la actuación de una persona jurídica: recordar arts. 31 y 31 bis CP).
 - Evidentemente un animal o una cosa pueden ocasionar daños, pero si estos daños no pueden reconducirse al comportamiento de una persona (el dueño del perro peligroso que lo pasea sin bozal, el conductor de un coche que lo ha dejando sin freno de mano en una pendiente), entonces tales daños no serán penalmente relevantes.

2. ha de ser un comportamiento *externo*: con ello se excluyen de la responsabilidad penal los meros pensamientos no exteriorizados en una conducta concreta. ¿Por qué?:
- en primer lugar, existen dificultades probatorias: ¿cómo saber lo que piensa una persona?
 - Nuestra “naturaleza imperfecta”: hay que tener en cuenta además que, como dice el refrán, “del dicho al hecho hay un gran trecho”. Esto significa que si se castigaran los pensamientos con seguridad todos seríamos delincuentes, porque quién no ha pensado alguna vez en hacer algo delictivo!!!
 - en un estado liberal y democrático se considera que las personas solo pueden ser responsables por lo que hacen, no por lo que piensan o lo que son (se diferencia así entre el llamado “derecho penal del hecho”, frente al “derecho penal de autor”, éste último considerado tradicionalmente propio de regímenes totalitarios). La idea es que en un régimen liberal y democrático uno puede elegir pensar lo que quiera o ser lo que quiera (por ejemplo, uno puede ser “racista”), sin que pueda ser castigado por ello, ojo, mientras tales ideas o formas de ser no se plasmen en hechos (si mi ideología racista me lleva a pegar a otra persona por su color de piel seré responsable del delito de lesiones contemplado en el art. 147 CP).

Cuidado: hay que tener en cuenta dos cosas importantes: a) como “hecho” en derecho penal pueden contar las meras expresiones verbales (las palabras). Ejemplo de ello es el castigo del denominado “discurso del odio” (vid. art. 510 CP); b) una vez una persona realiza un comportamiento, en derecho penal se puede llevar a cabo un auténtico escrutinio de las razones internas (motivación) para tal comportamiento, considerando algunas de ella incluso como especialmente reprobables y así motivo para castigar más la conducta (así, en el ejemplo que poníamos, lesionar a una persona por motivos racistas, no sólo es constitutivo del delito del art. 147 CP, sino además, de la agravante prevista en el art. 22.4 CP).

- que se castiguen hechos y no pensamientos no significa que no se pueda castigar la tentativa de un delito o los actos preparatorios, pues según veremos en estos casos, se han realizado ya ciertos hechos externos

También hay que tener en cuenta que existen delitos basados en la mera tenencia de un objeto o sustancia. Poseer algo es por tanto ya un cierto comportamiento externo (se entiende que la posesión vino precedida de un acto de aprehensión y por tanto de un hecho externo).

Ejemplo: la posesión de drogas para tráfico (art. 368 CP) o la tenencia ilícita de armas (art. 563 CP).

3. la conducta humana externa ha de ser *dominable* (“consciente y físicamente libre”): la persona, para actuar de forma penalmente relevante, debe estar en condiciones de poder controlar su conducta. ¿Cuándo se considera que una persona no tiene el control sobre su comportamiento?:

1. Cuando existen condicionantes físicos insuperables

- En caso de “fuerza irresistible”: actos condicionados físicamente, al obrar la persona violentada por una fuerza física irresistible. Requisitos:
 - Ha de ser una fuerza física (diferente es el caso de la *vis moral* -amenazas: se considera que una persona, por muy amenazada que esté, tiene margen de actuación y por tanto existe un comportamiento humano)
 - irresistible

Ejemplo: paseando por un museo una persona me empuja de forma sorpresiva y caigo encima de un jarrón chino de mucho valor, que queda destruido. No se me podría acusar de un delito de daños (art. 263 CP), porque sobre mí ha actuado una fuerza física irresistible.

- Movimientos reflejos, espasmos / convulsiones (ej. ataque epilepsia). Los movimientos reflejos son actos físicamente condicionados de forma irresistible, por lo que se estima que aquí no existe comportamiento humano.

Diferente es el caso de los llamados:

- comportamientos automatizados (actos que debido a su realización cotidiana y repetida ya efectuamos casi sin pensar -por ejemplo, el cambio de marcha al conducir)
- actos en “cortocircuito” (reacciones defensivas súbitas, vid. el caso de la STS 23-9-1983). Se trata de actos cuasi-reflejos, porque apenas son objeto de elaboración mental. Sin embargo, se considera que en estos casos, por mínima que sea existe posibilidad de control y por tanto sí son comportamientos humanos y externos.

2. actos realizados en situación de inconsciencia

- el caso paradigmático son los daños causados durante el sueño; así por ejemplo, en un caso de sonambulismo, vid. SAP Zaragoza 7-7-1999, ARP 1999/2816 (en esta sentencia se analiza el caso de un guardia civil que en servicio de guardia y encontrándose en estado de sonambulismo dispara a un compañero causándole lesiones)
 - se discute si los supuestos de hipnotismo y “brainwashing” (lavado de cerebro que se realiza en sectas religiosas) serían casos también de actos inconscientes. Pero la doctrina penal mayoritaria lo niega porque considera que la persona, aún hipnotizada o sometida a un proceso de lavado de cerebro, es capaz de controlar lo que hace.
- Una ulterior pregunta que se plantea es, ¿en estos supuestos de ausencia de comportamiento, en todo caso no hay responsabilidad penal? No: puede haberla si se cumplen las condiciones de lo que se denomina *actio libera in causa* (un ejemplo de la lógica de la *actio libera in causa* podemos verlo en los arts. 20.1º y 20.2º CP, que ya estudiaremos, pues se trata de causas de inimputabilidad)
- *Actio libera in causa* significa que, aunque en el momento de producirse los daños o la lesión del bien jurídico ajeno la persona estaba en una situación de inconsciencia, esa persona tiene responsabilidad en el momento anterior a caer en situación de inconsciencia, porque podía haberla evitado (la acción era libre en su origen).
 - la responsabilidad penal por lo tanto se retrotrae a un momento previo (vid. cómo se realiza tal análisis, por ejemplo, en la SAP Zaragoza citada)
 - la responsabilidad puede ser dolosa o imprudente dependiendo de la vinculación subjetiva con el resultado final

Ejemplo: tras conducir más de 10 horas seguidas y por tanto sin respetar el descanso debido, un camionero se duerme al volante e invade el carril contrario de la carretera, ocasionando un accidente con otro coche, cuyo conductor resulta muerto. En el momento del accidente el camionero está dormido y por tanto no hay comportamiento penalmente relevante. Pero en este caso se retrotrae la responsabilidad penal al momento anterior al hecho de quedarse dormido, examinando la responsabilidad del camionero por ello. Si se determina que fue una negligencia suya por no respetar el descanso debido entonces se le podría imputar un homicidio imprudente (art. 142 CP).

La *actio libera in causa* es así una excepción al principio general según el cual el estado mental de la persona respecto al resultado se debe examinar en el mismo momento de producirse el resultado (unidad temporal o simultaneidad entre el aspecto objetivo y subjetivo del tipo penal).

- ¿Qué pasa en los casos de una enfermedad mental o una intoxicación por alcohol o drogas? En otras palabras, un enajenado mental o una persona totalmente intoxicada ¿realiza un comportamiento?: a efectos penales sí. Por extraño que parezca, en Derecho Penal se considera que en casos de enajenación mental o intoxicación, estamos todavía ante un “comportamiento humano”. Estos supuestos se analizan (según veremos) en la categoría de la culpabilidad. Con ello el Derecho Penal diferencia los casos en los que no cabe ninguna intervención penal de aquéllos en los que ésta es posible (medida de seguridad).
- Relevancia jurídica de todos estos supuestos de ausencia de comportamiento:
 - o exclusión de responsabilidad penal ex. art. 10 CP (pues no existe acción u omisión)
 - o exclusión también de responsabilidad civil
 - o imposibilidad de pena o medida de seguridad

-
-
-

LAS CARACTERÍSTICAS TÍPICAS.

Todo tipo penal contiene unas características típicas propias que le confieren su autonomía y así diferencian con respecto a los demás tipos penales. Estas características configuran *los elementos* del respectivo tipo, que a su vez suelen dividirse en *descriptivos* (ej. “otro”, “mujer”) y *normativos* (“cosa mueble”)

- así por ejemplo, el art. 237 CP (tipo penal de robo) establece que “*Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas*”. Éstas son las características que lo diferencian, por ejemplo, del tipo penal de hurto, lesiones, etc.

Ahora bien, el examen sobre la realización de la conducta descrita en un tipo penal (tipicidad) no puede limitarse a constatar mecánicamente la presencia de sus respectivos requisitos. Ello precisa algo más: la constatación de una *afección al bien jurídico protegido* (núcleo de la tipicidad = principio de lesividad/ofensividad). Esta es la vía de mayor potencial para reducir el alcance literal de los tipos penales.

- ejemplos:
 - se considera que las burdas imitaciones de ropa de marca no comportarían un delito contra la propiedad industrial (art. 274

CP) ya que cuando una persona, en un mercadillo, compra un bolso de imitación de cierta marca, ya sabe que no está comprando un bolso original y por ello en realidad no se está poniendo en peligro o afectando a la imagen o propiedad industrial de tal marca.

- Igualmente, en casos de ocupación de edificios ruinosos se ha considerado que no se cumple el tipo penal del art. 245.2 CP (vid. por ejemplo, SAP Barcelona 16-1-2003, ARP 2003/61), porque no tiene sentido proteger la propiedad o posesión de quien hace total dejación de ella.

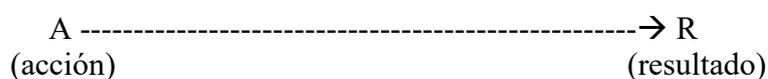
Por tanto, se consideran causas de atipicidad (por ausencia de características típicas) todos aquellos supuestos de ausencia de riesgo penalmente relevante para el bien jurídico protegido o aquellos en los que estemos ante un riesgo mínimo (también denominada adecuación social de la conducta)

- Ejemplo: si el conductor de autobús no para en la parada que el hemos indicado, prosiguiendo hasta la siguiente, situada 100 metros más adelante, ¿estamos ante un supuesto de detención ilegal -art. 163 CP-? Parecería ridículo pues es un supuesto de ausencia de riesgo o riesgo mínimo para el bien jurídico
- Estamos ante lo que también se denomina *principio de insignificancia*, aplicable ante actos que afectan de una forma insignificante al bien jurídico protegido. Esta doctrina la ha aplicado por ejemplo nuestro TS en casos de venta de dosis tan escasas de drogas que no tenía sentido considerarlas peligrosas para la salud.

Un aspecto particularmente importante que hay que tener muy en cuenta es que las características típicas de los diferentes tipos penales están en función de su propia estructura, ya que no existe una única estructura de delitos (esto es, las características típicas dependen de si estamos ante un delito doloso de acción consumado, ante un delito imprudente, una tentativa de delito, etc.). Por ello, estudiaremos con atención las diversas estructuras típicas.

En concreto, ahora estudiaremos la particularidad que presenta una clase de tipos penales, debido a la problemática específica que en ellos se plantea: los *delitos de resultado*. Estos delitos son aquéllos que exigen para su consumación un resultado físico separable espacio-temporalmente de la acción del autor.

- ejemplo: el tipo penal de homicidio (art. 138 CP), pues entre la acción de matar (p.ej. disparar el revólver) y el resultado (muerte) hay una distancia temporal y espacial.



Los delitos de resultado se diferencian con ello de los denominados *delitos de mera actividad*, en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella.

- ejemplo: violación (art. 179 CP), allanamiento de morada (art. 202 CP)

Acción = Resultado

Cuando se produce la penetración carnal en la violación ya se ha consumado el delito (no existe separación espacio/temporal entre el acto de la penetración y el resultado delictivo: ser agredido sexualmente mediante penetración).

La relevancia de esta distinción es que en los delitos de resultado, dentro de las características típicas de la acción debe incluirse la problemática de la denominada *imputación objetiva*. La imputación objetiva es un elemento de estos delitos y mediante ella se analiza si el resultado producido puede atribuirse (imputarse) a la acción realizada por el autor. Se llaman imputación *objetiva* porque se trata de un análisis relativo a la faceta objetiva del delito. En Derecho Penal también se realiza un análisis de imputación *subjetiva* (que ya veremos: el relativo a la existencia de intención criminal o dolo).



Imputación Objetiva

La imputación objetiva es un elemento propio de los delitos de resultado porque al existir tal separación entre la acción realizada y el resultado producido es necesario comprobar que el resultado por el cual se hace responsable a la persona sea realmente producto de su acción y no de otros accidentes extraños o con-causas.

- *ejemplo*: Juan dispara a Pedro en el pecho con ánimo de matarle, hiriéndole levemente en el hombro. De camino al hospital la ambulancia sufre un accidente y Pedro muere. ¿La muerte de Pedro es imputable objetivamente a la acción de Juan?
- ¡OJO!: hay supuestos en los que en los delitos de resultado acción y resultado son simultáneos (se dispara al corazón de una persona, que muere de dicho disparo: aquí la muerte se produce décimas de segundo tras la acción de matar, por lo que en estos casos el análisis de imputación objetiva carece de dificultad alguna).

Por contra, en los delitos de mera actividad, el análisis de las características típicas se agota en la subsunción de los elementos del tipo respectivo. Siempre, eso sí, bajo el prisma de la afección al bien jurídico.

- Elementos de la Imputación Objetiva: la doctrina penal dominante y la jurisprudencia del TS consideran que para que un resultado sea imputable a la acción realizada por el autor deben cumplirse dos requisitos:

- a) que el comportamiento sea la causa del resultado (relación de causalidad)
- b) que el resultado sea la plasmación del riesgo penalmente relevante creado por el autor

Veamos detenidamente ambos elementos.

A) La Relación de Causalidad: *conditio sine qua non*.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia aceptan que la relación de causalidad entre una acción y un resultado se analiza conforme a la teoría denominada “de la equivalencia de las condiciones” (o *conditio sine qua non*).

Según esta teoría es causa de un resultado toda condición que contribuye al mismo. Y para saber si una condición ha contribuido o no al resultado se recurre al método de la *conditio sine qua non*: una condición es causa del resultado cuando eliminada mentalmente el resultado deja de producirse. Y no sería causal, por tanto, aquella acción que eliminada mentalmente no conlleva la desaparición del resultado.

Ello permite considerar causales todas las concausas:

- ejemplo, el “Caso Roquetas”: STS 11-12-2008, una persona, tras recibir una paliza por parte de la policía muere. La autopsia determina que tal persona había consumido una gran cantidad de drogas, lo que junto con los golpes le causaron un infarto. Si aplicamos la teoría de la *conditio sine qua non* los golpes propinados por la policía serían una causa del resultado, pues eliminados mentalmente el resultado también desaparecería.
- Otro ejemplo del funcionamiento práctico de la teoría de la equivalencia de las condiciones lo tenemos en el caso inglés *White*. En este caso una persona envenenó al Sr. White, pero la autopsia determinó que en realidad falleció por un infarto de corazón que nada tenía que ver con el envenenamiento. Aplicando de nuevo la teoría de la *conditio sine qua non*, tendríamos que eliminado el acto del envenenamiento el resultado no desaparecería, sino que seguiría produciéndose, por lo que el envenenamiento no es causa del mismo.

Problemas fundamentales que tiene esta teoría de la causalidad:

- es muy amplia y por ello provoca resultados contra-intuitivos (en el ejemplo de la ambulancia antes planteado diríamos que el disparo causó la muerte, ya que si no le hubiera disparado no hubiera estado en la ambulancia que sufrió el accidente). Por esta razón, son necesarios otros criterios de imputación.

- presupone lo que debe probarse, pues sólo si conocemos las leyes científico-naturales que intervienen en un caso podemos realizar el juicio de causalidad. En realidad, el juicio de causalidad es así un problema pericial forense (acreditación del proceso físico-causal que produce un resultado).

B) El resultado debe ser la plasmación del riesgo penalmente relevante creado por el autor.

Ello exige, a su vez, dos cosas:

B.1) La creación de un peligro para el bien jurídico penalmente relevante.

El juicio de imputación objetiva presupone, en primer lugar, la creación de un peligro para el bien jurídico protegido. Por peligro entendemos la probabilidad de lesión. Para determinar cuándo se ha creado un peligro para un bien jurídico penalmente protegido se aplica el criterio de la persona media, esto es, se pregunta si una persona media consideraría la acción realizada por el autor como peligrosa o no (ejemplo en el caso de un delito de incendio: ¿hubiera una persona media considerado que encender una barbacoa en el bosque en una zona con mucha vegetación podría provocar un incendio?). No obstante, en este juicio se incorporan también los conocimientos especiales que tenga el autor.

- Es decir, si el autor poseía ciertos conocimientos especiales éstos serán tenidos en cuenta: por ejemplo, dar un susto a una persona no sería considerado como peligroso para la vida de una persona aplicando el criterio de la persona media, pero si el autor sabía que la víctima de su susto es una persona aquejada de problemas de corazón y tras darle el susto esa persona fallece de un infarto, este conocimiento especial del autor (el saber que la víctima padece de corazón) se incorporaría en el criterio y por tanto la pregunta pasaría a ser “¿consideraría una persona media que dar un susto a una persona que padece del corazón es una conducta peligrosa para su vida?”.

Se considera que no existe un peligro penalmente relevante cuando:

a) el resultado es altamente improbable (imprevisible)

- ejemplo 1: “el caso de la tormenta”. Juan, en medio de una tormenta y con la esperanza de que le caiga un rayo a Pedro, sugiere a éste que salga de casa a buscar caracoles. Pedro muere cuando le cae un rayo mientras buscaba caracoles.
- ejemplo 2: víctima especialmente vulnerable. Supuestos en los que el autor se topa con una víctima especialmente vulnerable.

Ejemplo: la víctima de una violación fallece mientras es violada debido a un infarto de corazón, producido por una debilidad

cardíaca congénita padecida por la víctima. ¿se le puede imputar esa muerte al violador?

Nuestro TS no sigue un criterio coherente en los casos de víctimas especialmente vulnerables. En casos estructuralmente iguales, en ocasiones considera que el resultado es imputable objetivamente a la acción del autor (vid STS 29-5-1999, RJ 1999/3567: leve puñetazo en el abdomen que causa la muerte al estar afectada la víctima por el SIDA. En esta sentencia el TS considera que la muerte es imputable a la conducta del autor) y en otros no (vid. STS 15-9-2003, RJ 2003/6503: puñetazo en la boca de una persona, que sufre caída de dientes por ello; sin embargo, el informe pericial determina que la pérdida de los dientes fue producto de una particular debilidad de los mismos, y entonces el TS anula la condena por lesiones graves -art. 150 CP-, manteniendo la condena por lesiones básicas. La argumentación en esta STS es la siguiente:

“En estos casos, que la doctrina tradicional resolvía con el criterio de la causalidad adecuada, antecedente de la teoría de la imputación objetiva, es preciso que el Tribunal, que conoce la existencia de otras causas eventualmente influyentes en el resultado, situadas en el ámbito de la víctima, y es consciente de la concurrencia de peligros, determine la intensidad del riesgo creado para poder afirmar sin dudas que el resultado producido se encuentra dentro del ámbito de aquél o que, por el contrario, puede aparecer por el efecto de otras causas que actúan de forma concurrente con un riesgo que por sus características cabe considerar insuficiente. No cabe duda que un golpe contundente en esa zona crea un riesgo adecuado para producir como resultado la pérdida de piezas dentarias. En ese caso sería indiferente el mal estado de éstas. Por el contrario, un golpe leve no creará tal clase de riesgo, a menos que el autor conozca el deteriorado estado de las piezas dentarias que golpea”.

Un criterio más claro, pero discutible, es el que por ejemplo siguen los tribunales ingleses, que se conoce como la doctrina de la “*thin skull*” (“cráneo fino”, que hace referencia a un famoso caso de una víctima que tenía un cráneo particularmente débil o delgado, lo cual llevó a que el golpe proporcionado por el autor, que a una persona normal sólo le hubiera ocasionado una contusión, en su caso fuera mortal). Según esta doctrina el autor ha de pechar con la víctima que “elige” (aunque no sepa de su especial debilidad), y por tanto si la víctima es especialmente vulnerable en todo caso hay responsabilidad penal (curiosamente, en nuestra jurisprudencia existe un caso de “cráneo débil”, el tratado en la STS 30-9-1994, RJ 1994/7902, y aquí el TS se decantó por considerar imputable objetivamente la muerte causada por un golpe en la cabeza de una persona que tenía un cráneo anómalamente débil).

b) resultado dentro del riesgo permitido. Se considera igualmente que no supone creación de un peligro penalmente relevante cuando estamos en el ámbito de un riesgo permitido (esto es, el autor crea un riesgo, pero que está permitido).

- ejemplo: las lesiones producidas en la práctica de un deporte peligroso, como el fútbol (se considera que las luxaciones o fracturas producto del juego entran del “riesgo permitido” en ese ámbito de actuación; ahora bien, la lesión producida por un puñetazo a un jugador no se considera un lance del partido y por tanto sí implicaría la creación de un peligro relevante).

Si falla B.1) = impunidad. Es decir, si el autor no ha creado con su acción un peligro penalmente relevante no hay responsabilidad penal alguna.

B.2) El resultado concreto debe ser la plasmación/realización del peligro creado con la acción

Además de crear un peligro relevante para el bien jurídico protegido, para imputar el resultado a la acción del autor es necesario además que tal resultado sea la plasmación del peligro creado por el autor. Ello no sucederá cuando el resultado final sea la plasmación de otros riesgos y no así del riesgo creado por el autor con su acción.

Supuestos discutibles de riesgos subsiguientes a la acción del autor que interrumpen la imputación objetiva:

a) Casos de intervención de terceros

- ejemplo 1: intervención voluntaria de un tercero (Juan dispara con ánimo de matar a Pedro, dejándolo malherido en la calle. Estando en esa situación un tercero se aproxima a Pedro y lo remata: ¿puede imputarse el resultado de muerte a la acción de Juan?).
- ejemplo 2: negligencia en la intervención médica (Juan dispara con ánimo de matar a Pedro, que es trasladado a un hospital para operarlo. El médico que lo opera comete una grave negligencia producto de la cual Pedro muere: ¿puede imputarse el resultado de muerte a la acción de Juan?).

b) Intervención de la propia víctima. Un tema particularmente problemático para la imputación objetiva del resultado tiene lugar en los casos en los que la propia víctima del hecho, de una u otra manera, contribuye a dicho resultado con su actuación. Existen diversas variantes de esta problemática, tal y como puede observarse en los siguientes ejemplos:

- ejemplo 1: Caso “Estramonio”: Sentencia Juzgado Penal Getafe nº 5, 30-9-2014; ARP 2014/1163: en el contexto de una fiesta “rave”, el acusado había elaborado una mezcla de alcohol y una droga con efectos alucinógenos -estramonio-, ofrece el licor a unos chicos, falleciendo uno de ellos fruto de la intoxicación producto de la mezcla del licor y otras drogas que había tomado la víctima. En la sentencia se absuelve al acusado del delito de

homicidio imprudente por el que venía acusado, en atención a la ausencia de imputación objetiva derivada de la auto-puesta en peligro de la víctima:

“...este Juzgado considera que tras crear el acusado una situación de riesgo, elaborando y ofreciendo la bebida de estramonio, fueron las víctimas quienes aceptaron voluntariamente introducirse en este ámbito de riesgo creado por el acusado. Utilizando las palabras de la última STS citada de 28.10.1997, las víctimas no se vieron involucradas contra su voluntad en la situación de riesgo o peligro creada por el acusado, sino que de forma voluntaria aceptaron beber la botella con el líquido desconocido que les ofrecía el acusado”).

- ejemplo 2: el caso del ácido (STS 17-9-1993; RJ 1993/6697). Los hechos declarados probados en esta sentencia son los siguientes:

Sobre las 18.30 horas del día 10-4-1984, la acusada Milagros P. A. ... se introdujo en el portal... con intención de subir al quinto piso en el ascensor, encontrándose con Andrea F. R., quien le dijo que no lo utilizara y como insistió en subir y Andrea persistió en su actitud, la procesada la roció con el líquido de una botella que llevaba en las manos, que había adquirido en la droguería... alcanzándole en cara, cuello, cuero cabelludo y ambos pabellones auriculares. A continuación se añade que «no ha podido concretarse la composición química del líquido, que se trataba de un desengrasante para la cocina que se disuelve con agua y que no produce quemaduras si la piel en contacto con él se limpia con agua». Andrea F. «en lugar de lavarse inmediatamente o solicitar auxilio se paseó por las inmediaciones del lugar con el líquido encima. [resultando con] quemaduras de tercer grado, ocasionadas por sustancia cáustica, en cuello, tórax, cara y ambos pabellones auriculares.

La sentencia de instancia absolvió a la acusada del delito de lesiones en atención a la actuación de la víctima, anulando la STS tal sentencia y condenando por lesiones al afirmar la imputación objetiva, por cuanto la víctima desconocía la composición del líquido con el que fue rociada.

- ejemplo 3: “entre la espada y la pared”. En la STS 26-2-2000 (RJ2000/1149) se declaran probados los siguientes hechos:

El pasado día 14 de marzo de 1994 Iván D. S., que contaba en dichas fechas con 16 años de edad, se encontraba haciendo auto-stop en las inmediaciones del surtidor de gasolina conocido por "Ventosilla" en la ciudad de Trebujena, en la carretera C-411. Al pasar por el lugar Joaquín C. S., conduciendo un Renault Expres, matrícula SE-...-AT, se detuvo ofreciéndose a llevarlo. Una vez en el vehículo, e iniciada la marcha, Joaquín comenzó a pedirle a Iván dinero, manifestándole éste que no tenía. Posteriormente le requirió para que le enseñara el reloj que llevaba, diciéndole que se lo entregara en su mano, a lo que Iván se negó; insistiendo Joaquín en sus pretensiones diciéndole que tenía una navaja. Iván, asustado, pidió a Joaquín que parara el vehículo para bajarse, a lo que aquél se negó, pese a la insistencia de Iván, el cual nervioso insistía en que parara o se tiraba del vehículo, haciendo incluso ademán de abrir la puerta. Ante la insistencia de Iván, Joaquín se negó a parar el vehículo diciéndole que se tirara si quería, ante lo cual, Iván abrió la puerta saltando del vehículo en marcha. Como consecuencia de la caída que sufrió al saltar del vehículo, Iván sufrió lesiones

En la sentencia de instancia se condenó a Iván, al margen de como autor de un delito intentado de robo con intimidación, como autor de un delito de lesiones.

El TS anuló la condena por lesiones al considerar que el resultado no le era imputable objetivamente al autor, pues

En los casos en los que la víctima opta por crear con su acción un peligro mucho mayor que el realmente generado por el autor, sin una justificación especial, los resultados que sean producto de la introducción de este nuevo peligro más grave, no deben ser imputados a dicho autor. En la ponderación de la diferencia entre peligro corrido y peligro asumido tiene singular relevancia la diferencia jerárquica de los bienes jurídicos afectados y la configuración real de la situación en la que el agredido se encuentra.

Otro ejemplo de este tipo de casos, pero en el que sí se afirmó la imputación objetiva del resultado puede observarse en la STS 23-7-2012 (RJ 2012/8041). Los hechos declarados probados en esta sentencia son los siguientes:

Carolina y Juan Francisco iniciaron una relación afectiva de pareja hacia marzo del año 2.006, que ya en el mes siguiente les lleva a convivir en la NUM000 planta del inmueble sito en CALLE000 n° NUM001 de Mairena del Alcor; precisamente en el interior de dicha vivienda, sobre las 7'30 horas del día 2 de diciembre de ese año, en el contexto del progresivo deterioro de su relación, se originó entre ellos una discusión en el curso de la cual Juan Francisco propinó a Carolina dos bofetadas, lo que hizo que ésta le anunciara que se marchaba del domicilio hasta entonces compartido e incluso que comenzara a recoger algunos de sus enseres, ante lo cual Juan Francisco reaccionó violentamente y, agarrándola por los brazos, la llevó hasta el dormitorio principal, donde la obligó a sentarse en la cama al tiempo que le decía que de allí no se iba y que en otro caso la mataría así como que nunca se iban a deshacer de él, llegando a coger un cinturón con el que golpeaba a Carolina en el muslo derecho cada vez que ésta intentaba levantarse, logrando en una ocasión Carolina alcanzar la puerta de la vivienda pero siendo alcanzada por Juan Francisco, que la volvió a llevar al dormitorio.- Poco después Juan Francisco anunció a Carolina que iba a la calle a tomar café y que ella se quedaría allí, quitándole el teléfono móvil y las llaves del domicilio, cerrando con ellas la puerta desde fuera; en ausencia de Juan Francisco, Carolina llegó a coger una cuerda de tender ropa y atándola al balcón del dormitorio trató de descolgarse hasta la calle, momento en que regresó Juan Francisco que, con similares formas, volvió a introducirla en la habitación diciéndole que se quedara allí sentada en la cama o le pegaría más, e incluso con el cinturón comienza a lanzar golpes al aire junto a Carolina para obligarla a desplazarse continuamente a derecha e izquierda, diciéndole que estaría así hasta que él quisiera.- Pasado un tiempo no determinado, Juan Francisco volvió a ausentarse del domicilio, lo que Carolina aprovechó para subir a la azotea del inmueble indagando la posibilidad de escapar por allí, instante en que se percató de que nuevamente Juan Francisco volvió a la vivienda y salía corriendo hacia ella, por lo que presa de gran miedo, temiendo por su integridad y con el sólo propósito de escapar de Juan Francisco Carolina saltó hacia el patio o terraza de una propiedad colindante, con la que había una diferencia de altura de unos dos metros, de modo que al caer sufrió fractura-luxación del tobillo derecho que precisó hasta tres intervenciones quirúrgicas, además de medicación y rehabilitación.

Al margen de la responsabilidad penal de Juan Francisco por otros delitos, en esta sentencia se planteó su responsabilidad como autor de las lesiones causadas por Carolina al saltar hacia el patio, afirmando en este caso el TS la imputación objetiva “...pues si la víctima no se hubiera encontrado en la situación creada por el autor, no se hubiera producido el resultado que finalmente tuvo lugar”.

- ejemplo 4: negativa contumaz de la víctima a ser atendida: STS 31-3-2011 (RJ 2011/3050). En esta sentencia se declaran probados los siguientes hechos:

De lo actuado resulta probado y así se declara que sobre las 2,00 horas del día 31 de agosto del 2001 Marcial se encontraba en el pub "Black Gipsy", sito en la Urbanización Pueblo nuevo, c/ Casablanca nº 16 de Torremolinos. En el citado establecimiento también se encontraba Constantino, quien había llegado acompañado de un amigo y pidió unas cervezas, negándose a abonar el importe de las mismas. Ante ello, Marcial reaccionó de forma violenta increpando verbalmente a Constantino, a quien golpeó con los puños en el rostro, derribándolo y, a continuación, con intención de acabar con la vida de Constantino, le propinó varias patadas en la cabeza, marchándose del lugar mientras Constantino permanecía tendido en el suelo.

Constantino fue trasladado a su domicilio por su amigo, Hernan, ante su negativa a ser trasladado a un centro sanitario. Sobre las 5,00 horas el equipo médico de guardia del Centro de Salud de Alhaurín de la Torre acudió al domicilio de Constantino, sito en C/ DIRECCION001 nº NUM000 de esa localidad, impidiendo el lesionado cualquier tipo de asistencia médica, a pesar de lo cual dicho equipo hizo todo lo que estuvo en su mano para atenderle debidamente según el protocolo de la praxis médica.

Constantino falleció en su domicilio a las 14,00 horas del día 31 de agosto del 2001 por traumatismo craneo-encefálico y facial intenso, con desarrollo de hematoma subdural en fosas craneales izquierdas, y parada cardio- respiratoria, lesiones que son secuencia de los golpes que le fueron propinados por Marcial en la madrugada de ese día. Dichas lesiones de haber recibido tratamiento médico adecuado podrían haber tenido una evolución diferente y es posible que el fatal desenlace no hubiese tenido lugar.

En esta sentencia el TS consideró que el resultado de muerte no era objetivamente imputable a la acción del autor:

...puesto que su inasistencia en un centro hospitalario se debió a la decisión reiterada y contumaz de la propia víctima, no puede imputársele objetivamente el resultado mortal al acusado. Al ser el riesgo de muerte neutralizable y haber sido la propia víctima la que impidió esa neutralización con su negativa a que se aplicara el tratamiento médico adecuado, el principio de autorresponsabilidad de la víctima impide que la norma penal del art. 138 tutele el bien jurídico hasta el punto de aplicarse la modalidad del homicidio consumado. De modo que ha de entenderse que si bien el acusado generó el riesgo ilícito propio del tipo penal del homicidio y que además lo desencadenó con dolo eventual, la materialización final de ese riesgo de muerte no puede imputársele al acusado por cuanto se trataba de una materialización neutralizable si el agredido hubiera accedido a trasladarse a un centro médico tal como se lo aconsejaron y casi impusieron los médicos que lo asistieron y sus familiares y demás allegados.

- ejemplo 5: contagio de enfermedad (SIDA) por mantener relaciones sexuales. Este supuesto ha sido contemplado en diversas sentencias del TS. La última de ellas es la STS 11-3-2020 (RJ 2000/900). En esta última sentencia se absuelve al acusado del delito de lesiones del que era acusado (por haber contagiado de SIDA a su pareja al mantener relaciones sexuales sin ningún tipo de protección), al ser ésta consciente de la enfermedad, y por tanto asumiendo el riesgo de contagio.

c) otros riesgos naturales

- ejemplo 1: incendio en hospital (Juan dispara a Pedro con ánimo de matarlo, dejándolo malherido. En el hospital que se encuentra Pedro convaleciente se produce un incendio, muriendo en él Pedro)
- ejemplo 2: congelación tras grave apaleamiento (Juan apalea a Pedro con ánimo de matarlo, dejándolo malherido en el bosque. Esa noche se produce una gran helada muriendo Pedro de congelación).

La cuestión que plantean todos estos casos es: ¿cuándo los riesgos subsiguientes/posteriores interrumpen la imputación del resultado al autor? Como se puede intuir de las decisiones de nuestros tribunales, hay una serie de criterios a tener en cuenta:

- debe tratarse de una causa independiente al autor y relevante (en el caso del incendio en el hospital estamos ante un hecho totalmente independiente del autor, y de entidad relevante, por lo que sí interrumpiría la imputación objetiva, no respondiendo así el autor del resultado de muerte)
- debe tratarse de un riesgo no previsible *objetivamente* (por ejemplo, en el caso de la muerte por congelación, si por el lugar -pensemos que ocurre en Alaska- es previsible que las temperaturas sean muy bajas y por lo tanto es previsible la muerte por congelación, entonces ese riesgo corre por cuenta del autor y no se interrumpirá la imputación objetivo, o lo que es lo mismo: responde por el resultado final).
- en casos de intervención humana hay que tener en cuenta la voluntariedad de ésta (forma parte de ello el conocimiento que tenga la víctima del riesgo al que es sometido; así, en el caso del ácido por ejemplo, se afirma la imputación objetiva porque la víctima desconocía la peligrosidad del producto con el que había sido rociada; por el contrario, en el caso del contagio de SIDA el TS considera que la lesión no le es imputable al autor porque la víctima conocía la enfermedad del autor y por tanto asumió el riesgo de contagio)

Si no concurre B.2) = no se le puede castigar al autor por el delito consumado, pero sí, en su caso, por tentativa. Es decir, si el resultado no es plasmación del riesgo creado por el autor, sino de otros riesgos, tal resultado no le será imputable al autor, pero ojo! al darse el primer requisito de la imputación objetiva (creación de un riesgo penalmente relevante), puede existir tentativa del delito (ejemplo, en el caso de la STS 31-3-2011 -negativa contumaz de la víctima a ser atendido tras recibir una paliza- el TS condenó por tentativa de homicidio).

Un caso interesante en que confluyeron dos factores (intervención de terceros y de la propia víctima) puede consultarse en la SAP Sevilla 21-7-2003 (JUR 2003\219916)

ASPECTO SUBJETIVO DEL TIPO DOLOSO DE ACCIÓN.

EL DOLO.

El punto de partida es el art. 10 CP (“...acciones y omisiones *dolosas o imprudentes*...”): el comportamiento humano (acción u omisión) para ser susceptible de responsabilidad penal ha de ser, o bien, “doloso” (término técnico penal para referirse a la intencionalidad criminal), o bien “imprudente”. Estas son así las dos únicas formas de vinculación subjetiva del autor con los elementos objetivos del tipo admitidas en nuestro sistema penal.

Hay que tener en cuenta que es de suma importancia diferenciar entre dolo e imprudencia, pues, en primer lugar, la mayoría de delitos se castigan solo en su forma de comisión dolosa; y en los pocos casos en los que se castiga tanto la comisión dolosa como imprudente (por ejemplo, en el homicidio), la pena es radicalmente diferente para uno y otro caso: compárese la pena del homicidio doloso (art. 138 CP) con la del homicidio por imprudencia grave (art. 142 CP)

Sin embargo, a pesar de ello, en nuestro código penal no encontramos ninguna definición del dolo, e incluso en algunos delitos se utilizan otros términos (vid. art. 275 CP).

Por esta razón, la definición de dolo es obra de la dogmática penal: dolo es la conciencia (saber) y voluntad (querer) de la realización de los elementos objetivos del tipo

Esta definición nos proporciona los dos elementos del dolo:

- elemento cognoscitivo (intelectual): conciencia o conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo
 - ejemplos: art. 195 CP y art. 485 (¿qué es lo que hay que saber en estos delitos?)

Art. 195.1 El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.

[hay que saber que estamos ante una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave]

Art. 485.1 *El que matare al Rey o a la Reina o al Príncipe o a la Princesa de Asturias será castigado con la pena de prisión permanente revisable.*

[hay que saber que la víctima de nuestra acción homicida es el Rey, la reina o el Príncipe o Princesa de Asturias]

- la problemática de los elementos normativos del tipo. Se entiende por elementos normativos del tipo aquellos que no son directamente captados mediante los sentidos, sino que requieren algún tipo de valoración. Por ejemplo, en el delito de hurto, art. 234 CP, se habla de “cosas muebles”, lo cual parece remitir a una valoración jurídica sobre la cualidad de “cosa mueble” de un objeto: ¿debe entonces el autor de este delito conocer la diferencia entre cosas muebles e inmuebles recogida en el Código Civil? Esto sería absurdo, por ello, en la doctrina penal se recurre aquí al criterio de la “valoración paralela en la esfera del profano”. Ejemplo: art. 180.1 3º CP que agrava la pena de la agresión sexual “*Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación*”: no hace falta que el autor sepa exactamente qué enfermedad mental padece la víctima, basta con que una persona media de nuestra sociedad capte que la víctima tiene algún tipo de problema mental relevante.
- si falta este elemento (esto es, si desconocemos alguno de los elementos objetivos del tipo) estamos ante el llamado *error de tipo* (ejemplo del “jabalí humano”: Juan está cazando jabalís cuando observa unos movimientos en unos matorrales y lo que parece un animal de cuatro patas, dispara su escopeta y mata a Pedro que se encontraba agachado a cuatro patas buscando bolets. Juan sabe que está matando, pero desconoce que está matando “a otro”, por lo que falta el elemento cognitivo del delito de homicidio). Más adelante estudiaremos cómo se tratan los supuestos de error de tipo, pero en todo caso, afirmado dicho error, no se puede castigar a la persona por dolo (en nuestro caso, por el delito de homicidio doloso).
- elemento volitivo: voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo.

A partir de estos dos elementos (saber y querer), se diferencia tradicionalmente entre tres clases diferentes de dolo:

- *dolo directo de primer grado*: existe esta clase de dolo cuando el resultado delictivo es el fin o uno de los fines directamente perseguido por el autor al realizar su conducta

Cuidado porque hablamos de que el resultado previsto en el tipo penal es el fin o uno de los fines perseguidos por el autor, siendo indiferente a efectos de dolo el fin último de la conducta del autor (por ejemplo, si Juan mata a Pedro con la intención de heredar su gran fortuna, a nivel de dolo de

matar no importa que su finalidad última fuera enriquecerse con la herencia de Pedro).

¿Cómo se sabe cuál es el fin del autor a la hora de realizar una conducta?: el problema de la prueba del dolo. Hay que tener muy en cuenta que el dolo es un elemento subjetivo del delito, esto es, es algo que está en la mente del autor. Por tanto, en ocasiones no es fácil probar este elemento del delito.

Será fácil afirmar el dolo cuando el hecho, contemplado desde una perspectiva puramente objetiva (fáctica), no permita otra interpretación posible (ejemplo: si una persona coloca una bomba de gran potencia debajo del coche de otra y la activa, es claro que el hecho, objetivamente interpretado no deja más opción que considerar que quería matarlo). El dolo es un elemento subjetivo, pero al que normalmente solo podemos acceder desde un plano objetivo (los hechos que hace una persona). También será fácil probar el dolo en casos de confesión del autor del delito (pues la confesión no es más que la exteriorización por parte del autor del ánimo que le guiaba a la hora de realizar el delito). El problema se produce cuando, ni tenemos confesión, ni los hechos realizados por la persona admiten una sola interpretación, sino al menos dos distintas (ejemplo: Juan golpea con fuerza varias veces a Pedro en el curso de una pelea, muriendo éste a causa de una conmoción cerebral: ¿Juan le pegó con ánimo de matarlo o solo de lesionarlo?).

- *dolo (in)directo de segundo grado* (también llamado dolo “de consecuencias necesarias”): existe esta clase de dolo cuando el resultado delictivo no es el fin directamente perseguido por el autor con su acción, pero éste sabe que se deriva con casi total seguridad de la acción delictiva realizada
 - ejemplo: matar a una mujer embarazada de tres meses sabiendo que está embarazada: existe dolo directo respecto de la muerte de la mujer y dolo de segundo grado respecto de la muerte del feto (aborto: art. 144 CP), ya que al matar a la mujer es seguro que el feto de tres meses también fallecerá.
- *dolo eventual*: se afirma esta clase de dolo cuando el resultado ni es el fin directamente perseguido por el autor (esto es, no existe dolo directo), ni va unido de forma casi necesaria a su acción (esto es, no hay dolo de segundo grado), pero el autor, realiza una acción de riesgo para un bien jurídico ajeno, siendo consciente de dicho riesgo y aún así no desistiendo de la acción.

Para entender la problemática del dolo eventual puede resultar ilustrativo partir de los hechos probados consignados en la SAP Lleida 18-10-2017 (ARP 2018/26):

Resulta probado y así se declara que el procesado, Marcelino, mayor de edad y sin antecedentes penales, había mantenido, durante un año aproximadamente, una relación sentimental con Valentina y que ella decidió concluir hacia el mes de abril de 2016. Esta

ruptura no fue del todo aceptada por el acusado que, pese haber trasladado su residencia desde La Seu d'urgell hasta Sevilla, continuó comunicándose con ella a través de whatsapp o Facebook hasta que Valentina, ante su insistencia, finalmente bloqueó aquellas comunicaciones.

El 21 de junio de 2016 Marcelino se trasladó de nuevo a La Seu d'Urgell al objeto de recoger las últimas pertenencias que tenía en el piso que había compartido con unos amigos. Una vez allí intentó contactar de nuevo con Valentina a través de terceras personas, logrando finalmente comunicar con ella, quien accedió a encontrarse con él la tarde del día 25 de junio, para darle una explicación sobre los motivos de la ruptura.

La mañana del día 26 de junio de 2016 volvieron a encontrarse por la misma razón y, por la tarde, Marcelino volvió a enviarle mensajes de whatsapp insistiéndole para encontrarse por última vez, en esta ocasión con la excusa de que aquella misma noche iba a regresar definitivamente a Sevilla. Por este motivo quedaron sobre las 21'30 horas en las inmediaciones del domicilio de Valentina.

Cuando Valentina llegó al lugar convenido, Marcelino la invitó a subir al coche que le había prestado un amigo, marca Ford escort, matrícula H...R, y asegurado en la Cia. Mapfre, con el que se dirigieron por la carretera N-260 en dirección a Adrall, tal y como habían hecho aquella misma mañana. Sin embargo, al llegar a la altura de la población de Montferrer Marcelino aceleró injustificadamente mientras le decía que "la única solución es que lo arreglemos juntos" y que "si no eres para mí no eres para nadie" y que "nos vamos a matar juntos" a lo que ella le respondió "estás loco. No lo hagas, no lo hagas" mientras intentaba ponerse el cinturón, lo que en un primer momento le impidió el procesado al tiempo que le decía "no te lo pongas, que será todo más rápido y menos doloroso" y mientras ella logró ponerse el cinturón de seguridad, el procesado inició una rápida maniobra de adelantamiento del vehículo que le precedía en la marcha, un audi matrícula de Andorra conducido por Jacobo , regresando de nuevo a su carril para, a continuación, dirigir intencionadamente su vehículo contra el que circulaba correctamente por el carril contrario, un vehículo marca Hummer H3, matrículaGNK , conducido por Saturnino , quien evitó la colisión frontal con una maniobra de giro a su derecha con la que, sin embargo, no logró impedir la colisión entre ambos vehículos.

Como consecuencia de la colisión Valentina sufrió varias lesiones de las que tardó en curar 116 días de los cuales 81 fueron impeditivos para su actividades cotidianas y 9 de estancia hospitalaria, quedándole como secuelas material de osteosíntesis en mano; limitación de extensión del codo; trastorno neurótico ligero y un perjuicio estético ligero.

Asimismo resultaron lesionados el conductor del vehículo marca Hummer H3, Saturnino , que precisó de una primera asistencia consistente en administración de antiinflamatorios y analgésicos, y de las que tardó en curar diez días, al igual que otro de los ocupantes de aquel vehículo, Serafin , que también precisó de una primera asistencia y tardó en curar de sus lesiones cinco días, mientras que el tercer ocupante, Sabino, precisó de tratamiento médico y ortopédico y precisó, para la curación de sus lesiones, de 52 días.

En este caso, si nos preguntamos por el tipo de dolo que presidía la conducta de Marcelino respecto a Valentina, parece claro que nos hallamos ante un supuesto de dolo de primer grado de matar. Ello porque, tal y como mencionábamos antes, por un lado, tenemos una importante prueba del ánimo que guiaba su conducta en las propias manifestaciones del mismo a la hora de actuar ("si no eres para mí no eres para nadie"; "nos vamos a matar juntos"), y por otro lado, la acción que se llevó a cabo (estrellarse a gran velocidad con un vehículo contra otro), es una acción que objetivamente contemplada es de claro

potencial homicida. Pero, ¿qué ánimo guiaba la conducta de Marcelino respecto a los ocupantes del vehículo contra el que dirigió su acción? Es obvio que no estamos ante un dolo de homicidio de primer grado (la muerte de los ocupantes del vehículo contra el que se estrelló no era el fin de su conducta; su finalidad, según hemos dicho, era matar a Valentina). Es dudoso que podamos hablar aquí de un dolo de homicidio de segundo grado o consecuencias necesarias porque no es un resultado seguro (o casi-seguro) de su acción que los ocupantes del otro vehículo mueran (de hecho, en nuestro caso, no muere ninguno). Ahora bien, ¿estamos ante un caso de dolo eventual de homicidio?, ¿no se ha realizado una clara acción de riesgo frente a la vida de los ocupantes del automóvil?

- El dolo eventual es sin duda la figura más problemática de dolo, pues presenta la misma base que la imprudencia consciente, tal y como veremos cuando estudiemos la imprudencia. En ambos casos (dolo eventual e imprudencia consciente) estamos ante una persona que realiza una conducta peligrosa para un bien jurídico ajeno siendo consciente de dicho peligro. ¿Cuál es, entonces, la diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia consciente? Esta es una pregunta extraordinariamente compleja, que no tiene una respuesta única en el derecho penal. De hecho, para intentar responder a esta pregunta se han elaborado diversas teorías en la doctrina penal. Las principales son las siguientes:
 - *Teoría del consentimiento* (prima el aspecto volitivo del dolo): esta teoría confronta al autor con el resultado, exigiendo una actitud interna respecto a él. Habrá dolo eventual cuando el autor acepte, se conforme con o cuente con el resultado. E imprudencia consciente cuando confíe en que no se produzca.
 - En el caso de Marcelino, por tanto, habría dolo eventual si afirmáramos que con su conducta aceptaba, se conformaba o contaba con la muerte de los ocupantes del vehículo contra el que se estrelló. Y habría imprudencia consciente si Marcelino actuó confiando en que no murieran.
 - *Teoría de la probabilidad* (prima el aspecto cognoscitivo del dolo): esta teoría confronta al autor con la probabilidad del resultado. Habrá dolo eventual cuando el autor sea consciente de la alta probabilidad del resultado y aún así realice la acción. Imprudencia consciente será así cuando el autor otorgue a su acción poca o solo una posibilidad media de producción del resultado.
 - En el caso de Marcelino habría dolo eventual si al dirigir su vehículo contra el otro coche lo hizo con consciencia de la alta probabilidad de que sus ocupantes murieran. Y habría imprudencia consciente si por el contrario pensaba que no había dicha alta probabilidad de muerte.

- *Teoría del sentimiento*: habrá dolo eventual cuando el autor con su acción demuestre desprecio o indiferencia hacia el bien jurídico puesto en peligro con la acción.
 - En el caso de Marcelino, para afirmar el dolo eventual deberíamos buscar así indicadores de que con su conducta demostraba desprecio o indiferencia respecto de la muerte de los ocupantes del otro vehículo.
- La posición de nuestros tribunales: la jurisprudencia más reciente parece tratar de compatibilizar las teorías del consentimiento y la probabilidad

- Ejemplo:

“...el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Pero, en todo caso, y como se dijo, es exigible la consciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene” STS 20 febrero 1993 (RJ 1993\1383).

- No obstante, también se recurre en ocasiones a una argumentación que recuerda claramente a la teoría del sentimiento. Vid. así la reciente STS 14-1-2022 (RJ 2022/415), que trata el caso de un acusado de abuso sexual a menor de 16 años, que alega falta de dolo en el delito por desconocimiento de la edad de la menor:

“Ahora bien es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del delito continuado de abuso sexual y corrupción de menores de 16 años, puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero (RJ 2001, 1231) y 159/2005, 11 de febrero (RJ 2005, 1174)). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" (SSTS 737/1999, de 14 de mayo (RJ 1999, 5392) ; 1349/20001, de 10 de julio ; 2076/2002, de 23 enero 2003 (RJ 2003, 1994))”.

- Hay que tener en cuenta que el dolo eventual es muy comúnmente aplicado por nuestros tribunales. ¿Por qué? por su doble naturaleza material y procesal (STS 31-3-2011)

- **Material:** el dolo eventual permite castigar como dolosos hechos más allá del dolo directo. En concreto, permite castigar como dolosos hechos caracterizados por la realización de una acción de alto riesgo respecto bienes jurídicos de terceros. La lógica del TS parecería ser que quien realiza una acción de riesgo respecto a bienes jurídicos de terceros debe cargar con las consecuencias de tal decisión, sin poder así beneficiarse de la rebaja de pena por imprudencia.
- **Procesal:** el dolo eventual alivia enormemente el problema de la carga de la prueba del dolo directo, ya que no es lo mismo probar que el resultado era el fin perseguido por el autor con su conducta, que meramente probar que se realizó una acción de riesgo con consciencia de tal riesgo.

Todo ello puede apreciarse, por ejemplo, en las siguientes palabras del TS:

“...la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta (...) Y es que tras constatarse que el autor actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, no parece fácil admitir probatoriamente que el acusado no asume el resultado lesivo. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado. Sólo en circunstancias extraordinarias podrían aportarse datos individualizados que permitieran escindir probatoriamente ambos elementos. Las alegaciones que en la práctica se hacen en el sentido de que se confiaba en que no se llegara a producir un resultado lesivo precisan de la acreditación de circunstancias excepcionales que justifiquen esa confianza, pues esta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado. Y es que, en principio, el sujeto que ex ante conoce que su conducta genera un grave riesgo para el bien jurídico está obligado a no ejecutarla y a no someter por tanto los bienes jurídicos ajenos a niveles de riesgo que, en el caso concreto, se muestran como no controlables (SSTS 69/2010, de 30-I; y 1180/2010, de 22-12)” (STS 31-3-2011).

Otras cuestiones relacionadas con el dolo:

Dolo y Enajenación Mental: STS 2-11-2010: se considera compatible el dolo eventual con la apreciación de una eximente completa por enajenación mental del acusado. Se trata de un delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás, que la Audiencia Provincial considera inaplicable en atención a la inimputabilidad del autor, y el TS casa sentencia y condena por este delito. Según el TS el hecho de que condujera un vehículo demuestra que no era incapaz de acción “de manera que algún componente de voluntariedad existía, pero deformada por la reactivación de su brote psiquiátrico, consistente en una esquizofrenia paranoide (...) Es por ello que la inimputabilidad, lo que elimina es el conocimiento de su antijuridicidad, de forma que el sujeto ha de ser juzgado como si fuera responsable de tales hechos, para después, una vez calificado el hecho, eximir de responsabilidad criminal y aplicar la correspondiente medida de seguridad”

Dolo y doctrina de la “Ignorancia deliberada”: Nuestro TS en algunas sentencias ha utilizado, para afirmar la existencia de dolo eventual, el concepto de la “ignorancia deliberada”. La idea que late tras este concepto es que quien realiza una acción que sabe que es ilícita, aun sin disponer de toda la información sobre la misma, asume con ello el resultado que derive y por ello obra con dolo. Así, por ejemplo, en una sentencia en la que un acusado de depósito de armas terroristas alegó que desconocía el contenido concreto del cofre que guardó, el TS consideró que “...quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias” (STS 21-6-12, sobre depósito armas ETA). Otro caso típico en el que nuestro TS recurre al concepto de la “ignorancia deliberada” es en casos de transporte de drogas, en los que el acusado alega que, aun sabiendo que llevaba un paquete con droga, alega que desconocía cantidad y pureza de la misma. En estos casos el TS considera que quien sabe que transporta una sustancia ilegal asume las consecuencias concretas que se deriven. Con esta doctrina de la “ignorancia deliberada” el TS parece defender que saber es también “no querer saber”, lo cual es muy discutible. La doctrina de la ignorancia deliberada es, en definitiva, una construcción paralela al dolo eventual que de hecho recuerda mucho al denominado “dolo de indiferencia” (teoría del sentimiento).

CAPÍTULO III. LA ESTRUCTURA DEL DELITO IMPRUDENTE.

- punto de partida: art. 10 CP (“...acciones y omisiones *dolosas o imprudentes...*”). Ya hemos estudiado en qué consiste la referencia a acciones y omisiones “dolosas”, por lo que nos queda saber qué significa el adjetivo “imprudentes”.
- concepto de imprudencia: el autor no quiere realizar la conducta prohibida (no hay dolo), pero el resultado prohibido se produce por inobservancia del cuidado debido a la hora de realizar un comportamiento
- cuestiones político-criminales:
 - ¿por qué se acepta la extensión de la responsabilidad penal que implica el castigo de la imprudencia?: riesgo y cuidado en la sociedad moderna

Cuando nos preguntamos esto nos estamos refiriendo a la cuestión relativa a si el derecho penal debiera ocuparse únicamente de las conductas dañosas intencionales. Esto es, el derecho penal, como sector sancionador del ordenamiento más incisivo y gravoso, ¿no debiera reservarse sólo para las acciones más graves, esto es, las acciones dirigidas intencionalmente a causar daños a terceros, dejando los daños no intencionales para otros sectores del ordenamiento? De hecho, en otros sectores del ordenamiento existen también sistemas de responsabilidad y sanción por hechos realizados de forma no intencional (el caso más claro es el caso de la responsabilidad civil por daños a terceros: art. 1902 Código Civil: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”). En definitiva, ¿por qué el derecho penal ha de ocuparse también de daños no intencionales, causados por mera negligencia? ¿no es ello un “abuso del derecho penal”.

La respuesta a esta pregunta exige reflexionar sobre la siguiente cuestión: ¿en nuestra sociedad actual cómo es más probable que una persona sufra un daño grave o incluso la muerte? En la Edad Media las causas de mortalidad fundamentales eran, o bien, enfermedades causadas por diferentes virus, o bien, la actuación intencional de terceras personas (normalmente guerras o en reyertas o peleas típicas de sociedades mucho más violentas que las actuales). Sin embargo, en las sociedades del siglo XXI, en las que mayormente se han superado las enfermedades que antaño asolaban a la humanidad (avances de la medicina y vacunas que han logrado erradicar la mortalidad de muchas enfermedades), y en las que ya apenas hay guerras y la convivencia es mucho menos violenta, las estadísticas de mortalidad nos muestran que es mucho más factible que una persona muera en un accidente de tráfico o laboral que producto de un homicidio o asesinato. En otras palabras, las fuentes de peligro para las personas en nuestras sociedades avanzadas están mayormente relacionadas con conductas negligentes o descuidadas de terceros (a la hora de conducir, a la hora de diseñar una obra,

a la hora de elaborar un determinado producto, etc.) y es probablemente este sustrato fáctico lo que ha ocasionado que el derecho penal se ocupe también de los comportamientos imprudentes, por lo menos, como según veremos, de aquéllos particularmente graves por los daños que ocasionan (muerte o lesiones)

- ¿por qué se castiga menos que la realización dolosa del tipo?

Una segunda cuestión interesante es por qué castigamos de forma mucho menos severa la causación de un daño por imprudencia que cuando ese mismo daño se causa de forma intencional. En el caso concreto de nuestro código penal, podemos ver que si matamos a una persona de forma intencional la pena mínima del homicidio son 10 años de prisión, mientras que si causamos la muerte de una persona de forma no intencional, sino por imprudencia (y además la forma más grave de imprudencia: la imprudencia grave), la pena mínima es 1 año de prisión (art. 142 CP). ¿Por qué es mucho menos grave causar un daño de forma negligente? -o dicho de otra manera: ¿por qué es mucho más grave causar un daño intencionalmente? -. Hay que partir de que en los dos supuestos (muerte intencional y muerte negligente) la consecuencia más visible del acto es la misma: un muerto. ¿Qué añade, pues, la intención de causar dicha muerte al resultado más visible del comportamiento, que en ambos casos es el mismo: un cadáver? Esta es una pregunta que sorprendentemente no se aborda en los manuales de derecho penal, que parten de la diferencia de pena establecida por el legislador en el código penal, pero no explicada por el propio legislador.

Existen diferentes posibilidades para legitimar el plus de pena del delito doloso. Una primera posibilidad sería aludir a la “maldad” intrínseca del delito doloso, que no existe en el delito imprudente. Esto es, el que mata y lo hace además intencionalmente demuestra una maldad que no existe en el delito imprudente, pues quien por ir a mayor velocidad de la debida atropella de forma imprudente a un peatón no demuestra con ello maldad o malos sentimientos ya que en su ánimo no estaba atropellar al peatón. La mayor maldad de los delitos dolosos frente a los imprudentes es lo que justificaría así, según esta interpretación, la mayor pena de estos delitos. Esta es una interpretación, a mi entender, poco convincente, porque el derecho penal de un Estado democrático no debería situar el aspecto decisivo en elementos subjetivos tan cuestionables como la maldad o los malos sentimientos de las personas. Como veremos a la hora de tratar la tentativa, un derecho penal edificado sobre las “mentes criminales”, conduce a soluciones muy discutibles.

Una segunda posibilidad sería hacer referencia a un aspecto no subjetivo, sino objetivo: las acciones dolosas son en esencia más peligrosas que las imprudentes y es ello lo que justifica el mayor castigo. Cuando una persona dirige su actuación intencionadamente a causar un daño es más probable que acontezca ese daño que cuando, por el contrario, la acción es meramente descuidada pero no intencional. Esta interpretación de la diferencia de pena entre dolo e imprudencia, deja de lado como puede verse el tema de la maldad o la “mente criminal” de las personas, para centrarse en una cuestión

objetiva relativa a la peligrosidad de la conducta: las acciones dolosas son más peligrosas (porque, según decimos, en términos estadísticos es más probable que ocasione una muerte quien dirige su actuación precisamente hacia ese resultado, que no quien actúa meramente de forma descuidada - conduciendo a más velocidad de la debida, utilizando el teléfono móvil mientras conduce, manipulando alimentos sin las medidas de higiene adecuadas, etc.) y como al derecho penal le interesa, en mayor medida, evitar acciones más peligrosas que aquéllas menos peligrosas (las imprudentes), es por ello que amenaza con más pena las dolosas.

Una tercera posibilidad atiende al significado simbólico que la acción dolosa tiene para la víctima del delito. Las acciones dolosas no sólo causan daños tangibles a bienes jurídicos de terceros, sino que también causan un daño no tangible o simbólico a la víctima, que tiene que ver con su desprecio e instrumentalización. Como exponía gráficamente el filósofo británico HART, si viajamos en un tren abarrotado de gente y de repente alguien nos pisa, nuestra interpretación del mismo acto o resultado (el pisotón) será muy distinta dependiendo de si esa acción ha sido dolosa o imprudente. Si enseguida que nos pisa, el otro pasajero nos pide perdón, interpretaremos el pisotón en el peor de los casos como imprudente (podría haberse agarrado a algún lugar), y la interacción no tendrá mayores consecuencias. Pero si cuando nos pisa, la persona que lo ha hecho nos mira desafiante y nos dice “te fastidias”, entonces la interpretación de la situación será totalmente diferente y no nos quedará otra opción seguramente que enfrentarnos a esa persona...o bajar en la siguiente parada. Todo ello pasa porque, según decimos, las acciones intencionales no sólo causan un daño físico tangible, sino que adicionalmente incorporan un mensaje simbólico de desprecio y desconsideración por la víctima. Este daño adicional propio de las acciones dolosas sería lo que, según esta perspectiva, explicaría el plus de pena, o a la inversa, la menor pena del delito imprudente.

EJERCICIO DE REFLEXIÓN: ¿serías capaz de relacionar estas tres teorías explicativas de la diferencia de pena entre las acciones dolosas y las imprudentes con las teorías estudiadas sobre el dolo eventual?

- ¿cuándo se castiga el delito imprudente?: requisitos o elementos de la imprudencia
 - condición legal (art. 12 CP): “*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*”.

El sistema de punición del delito imprudente en nuestro código penal es lo que se denomina “punición expresa” de la imprudencia. Ello quiere decir que no se castiga la causación de cualquier daño recogido en el código penal de forma dolosa e imprudente, sino que sólo se castigará la causación imprudente de un daño cuando esta posibilidad esté recogida expresamente en los delitos establecidos en la parte especial del código penal. A este sistema se le denomina también sistema de *numerus clausus* (esto es, hay un catálogo cerrado de delitos imprudentes) vs. sistema de incriminación abierta o *numerus apertus* (que es el que se establecía en el art. 565 del antiguo código penal: “*El*

que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor”).

Por tanto, a efectos prácticos, si queremos saber si un determinado delito (homicidio, lesiones, robo, abuso sexual, etc.) está castigado en su forma de comisión imprudente, habremos de ir a la parte especial del código penal donde se describa el delito en cuestión y buscar si existe algún tipo penal o apartado en el que *expresamente* se recoja el castigo de la forma de comisión imprudente.

Ejemplo: ¿está castigado matar a alguien de forma imprudente? El homicidio está castigado en el art. 138 CP, pero en este artículo no se especifica forma de comisión alguna (el art. 138 no habla de dolo ni de imprudencia). Si seguimos leyendo el código penal nos damos cuenta de que en el art. 142.1 CP se dice *“El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años”*. Y un poco más adelante, en el art. 142.2 CP encontramos lo siguiente: *“El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses”*. Por tanto, es debido a la existencia de estos dos artículos (142.1 y 142.2 CP) como podemos determinar que la causación de la muerte de un tercero de forma imprudente está castigada en nuestro código penal (y además castigada de forma diferente en función de la entidad de la imprudencia).

Fijémonos que el ejemplo del homicidio imprudente también nos sirve para comprender por qué el legislador, en el art. 138 CP en el que se castiga el homicidio doloso, no especifica que en este artículo se castiga matar a otro dolosamente (sólo dice “el que matare a otro”). No hace falta especificar el elemento subjetivo relativo al dolo porque éste se encuentra implícito en todos los tipos penales en los que no se castigue la forma de comisión imprudente (el art. 12 CP obliga a especificar únicamente la forma de comisión imprudente). Por tanto, allí donde encontremos un tipo penal en el que meramente se describe una acción sin especificar elemento subjetivo alguno, debemos concluir que estamos ante un tipo penal doloso.

EJERCICIO: ¿están castigadas en nuestro sistema penal las siguientes acciones: a) causar imprudentemente una lesión a otra persona; b) realizar tocamientos a una persona en sus genitales en el transcurso de un viaje en autobús al no ir debidamente cogido a una barandilla -abusos sexuales imprudentes-; c) no socorrer a una persona que se está ahogando en la playa al confundir su llamada de auxilio con un saludo -omisión de socorro imprudente-?

- requisitos conceptuales de la imprudencia: ¿cuándo es punible la falta de cuidado que produce un resultado lesivo?

Establecido en primer lugar que sólo pueden castigarse aquellos comportamientos imprudentes expresamente descritos en la ley penal, resta saber cuándo podemos decir que un comportamiento es imprudente. Esto es, ¿cuáles son los requisitos estructurales de la imprudencia? Hay tres condiciones o requisitos:

i. Previsibilidad del daño al bien jurídico (idea del *riesgo*).

En primer lugar, sólo puede haber responsabilidad penal por la causación imprudente de un daño cuando dicho daño era previsible. Esto es, cuando podamos decir que el comportamiento realizado por el autor creó un riesgo relevante de producción del resultado dañoso.

- Estamos ante lo que en derecho penal se denomina un *juicio objetivo ex-ante*; esto es, ¿una persona media con los conocimientos especiales que tuviera el autor hubiera considerado previsible la causación del resultado? Si contestamos que sí entonces el daño era previsible y se cumple este primer requisito de la imprudencia. Si contestamos que no, entonces estamos ante un daño imprevisible, también llamado “caso fortuito”.

- Ejemplo: Juan ve llegar a su amigo Pedro por el otro lado de la calle. Para gastarle una broma se esconde queriendo así darle un susto cuando llegue a la esquina. Una vez Pedro llega a la esquina Juan da un salto y se le aparece de improviso a Pedro para así asustarlo. A Pedro le da un infarto al corazón debido al susto y muere. Lo que nos preguntaríamos es ¿es previsible para una persona media de nuestra sociedad que un susto provoque un infarto? La respuesta sería que no y por tanto el hecho sería interpretado a efectos penales como un caso fortuito, esto es, como una fatal desgracia.

Ahora bien, si resulta que Juan sabía que Pedro tenía una afección cardíaca y por ello un corazón especialmente débil, entonces este conocimiento especial del autor sería incorporado en el examen de la acción y entonces el resultado sería distinto: pues sí es previsible que dando un susto a una persona con una dolencia cardíaca ello le cause un infarto y muera.

- Con este requisito, según decíamos, se marca la diferencia entre imprudencia y caso fortuito. El caso fortuito, definido así como la causación imprevisible de daños a terceros, no genera responsabilidad penal alguna.

- Riesgo permitido y utilidad social de la conducta. Hay que tener en cuenta que el juicio sobre el nivel de riesgo admisible a efectos penales viene determinado, según nuestro Tribunal Supremo, por la utilidad social de la conducta. Ello es así porque hay conductas que son riesgosas por naturaleza, pero a las que como sociedad no estamos dispuestos a prescindir (el ejemplo más claro es la circulación de vehículos). Por tanto, el nivel de riesgo admisible viene determinado también por la utilidad social de la conducta, de tal forma que a mayor utilidad mayor nivel de permisión del riesgo (STS 23-12-2011)
- Este elemento estructural de la imprudencia sirve para diferenciar entre *imprudencia consciente* e *inconsciente*. En concreto, según *si el autor* advirtió o no la previsibilidad del resultado (daño), estaremos ante una imprudencia consciente (si la persona cuando realizó el comportamiento advirtió la posibilidad de causar un daño), o inconsciente (cuando el autor ni siquiera advirtió tal posibilidad).
- La diferencia entre ambos tipos de imprudencia no tiene relevancia penal (esto es, se castiga igual ambas clases de imprudencia), pero debe recordarse que la imprudencia consciente se encuentra muy cercana al dolo eventual
 - Se acostumbra a justificar que el derecho penal no diferencie el castigo de la imprudencia consciente de la inconsciente, en el hecho de que si así se hiciera y se castigara más la imprudencia consciente se estaría con ello favoreciendo a los más inconscientes, esto es, a aquellos que realizan acciones de riesgo sin siquiera pensar en sus posibles consecuencias.

ii. Infracción de la norma de cuidado: no empleo de las *medidas de cuidado* pertinentes

El segundo elemento clave de la imprudencia (y de ahí su nombre) es la ausencia de las medidas de cuidado requeridas en el caso concreto. El núcleo de la imprudencia es un reproche al autor relativo a no haberse comportado de forma cuidadosa, esto es, no haber tomado ciertas medidas de cuidado para evitar un daño previsible.

Con este requisito se marca la diferencia entre el *riesgo permitido* (ejemplo: tráfico de vehículos) y el no permitido. Como antes decíamos, el derecho penal no pretende evitar toda conducta riesgosa, sino meramente aquellas que superen un determinado nivel de riesgo (socialmente permitido).

Lo difícil es saber cuándo estamos ante un riesgo permitido y cuándo ante una conducta imprudente (por superar ese nivel de riesgo).

Existen aquí toda una serie de pautas para determinar las medidas de cuidado exigidas y así el nivel de riesgo permitido:

- Normas jurídicas que regulan un sector de actividad social. El ejemplo más claro son las normas de tráfico. Todas las normas establecidas en la ley y reglamento de seguridad vial (que todos estudiamos cuando queremos obtener el permiso de conducir) no son sino pautas para establecer el nivel de riesgo permitido en la circulación de vehículos (por ejemplo, consideramos que hasta 50 Km/h en ciudad es una velocidad que no supera el riesgo permitido, excepto en las zonas de 30 o 40 Km/h).
- En ausencia de normas escritas, se emplea lo que se denomina un “modelo de referencia”: se pregunta cómo se habría comportado en la situación concreta una persona cuidadosa perteneciente al sector de actividad del sujeto (ejemplo: médico; si un bebé ha nacido muerto y nos planteamos la posible responsabilidad por homicidio imprudente del médico que atendió a la mujer nos preguntaremos qué hizo ese médico y que hubiera hecho un médico medio)
 - El modelo de referencia constituido por una persona media plantea el problema relativo a qué sucede cuando la persona que realiza la acción no tiene unas capacidades medias, sino por encima o por debajo de las mismas. La STS de 21-1-2021 (RJ 2021/185) trata el caso de capacidades por debajo de la media, en relación con el delito de blanqueo de capitales imprudente (art. 301.3 CP). En concreto se acusaba a una persona de cometer este delito por haber facilitado una cuenta corriente de banco para efectuar una serie de transferencias de dinero (dinero que en realidad había sido extraído ilícitamente por otras personas de cuentas corrientes de terceros utilizando técnicas de fraude informático –“phising”-; esto era desconocido por las personas que realizaban las transferencias, y por eso se le acusaba de un delito imprudente). La sentencia de instancia condenó al acusado por este delito, pero el TS anuló dicha condena con la siguiente argumentación:

“...como toda fórmula de injusto imprudente debe examinarse la capacidad individual del agente de advertir y evitar el peligro. Para responder penalmente por un delito imprudente, la persona debe no solo haber introducido un peligro no permitido que se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma. Además, la creación del peligro no permitido y el nexo o conexión con el fin de protección deberían haber sido advertidos subjetivamente por el autor y el resultado, en consecuencia, poder haber sido también evitable.

La imprudencia se determina, por tanto, con arreglo a un doble baremo: por un lado, debe preguntarse qué comportamiento era el objetivamente debido en una determinada situación de peligro de lesión del bien jurídico. Y, por otro, si este comportamiento puede ser exigido al autor atendidas sus características y capacidades individuales.

Lo anterior comporta, de forma necesaria, identificar los concretos deberes de prevenibilidad y previsibilidad que obligaban a quien introdujo el riesgo desaprobado y, desde luego, las condiciones personales y situacionales para cumplirlos.

Pero no solo. La exigencia típica de gravedad de la conducta imprudente reclama una valoración cuantitativa y cualitativa del grado de incumplimiento para lo que resulta necesario atender tanto a los contenidos de los respectivos deberes relevantes y la eficacia causal de su incumplimiento en la producción del resultado como a las concretas y situacionales condiciones de exigibilidad -vid. al respecto, STS 997/2013, de 19 de diciembre (RJ 2013, 8479) , que analiza con detalle, desde la perspectiva de la exigibilidad individual, un supuesto de blanqueo de capitales imprudente-”.

Como puede observarse, en esta sentencia el TS parece decantarse claramente por considerar que el modelo de referencia debe tener en cuenta las capacidades individuales del autor (y por lo tanto, si son inferiores a la media no habría imprudencia).

- Deberes de información y omisión. Otra pauta general para determinar si un comportamiento es imprudente es lo que se llaman “deberes de información y omisión”: si vas a hacer algo peligroso debes informarte / si no encuentras información no debes hacerlo. Por tanto, hacer una determinada acción sin informarte sobre cómo realizarla puede ser ya sin más constitutiva de imprudencia (por ejemplo, si una persona quiere realizar una soldadura de una pieza de hierro, sin haber soldado en su vida, lo primero que tiene que hacer es informarse sobre cómo ha de realizarse tal acción, y si no puede informarse o no tiene información suficiente lo que debe hacer es no soldar; si aún así pretende realizar la soldadura y al hacerlo explota la bombona de gas que alimenta la máquina soldadora hiriendo a un tercero, estaremos ante una conducta imprudente).
- Medidas de cuidado y bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado, menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado (STS 23-12-2011)

Según el nivel de infracción de la norma de cuidado, se distingue entre *imprudencia grave* e *imprudencia menos grave*. La idea es que cuando no se ha tomado ninguna medida de cuidado o se han descuidado las mínimas medidas que cualquier persona hubiera tomado, estamos ante una imprudencia grave. Por el contrario, cuando la persona tomó alguna medida de cuidado, pero no todas las que la situación demandaba, estaremos ante una imprudencia menos grave. Debe recordarse que este juicio también depende del bien jurídico afectado (cuanto más grave pueda ser el daño causado más medidas de cuidado requerirá el comportamiento).

Esta diferencia sí es penalmente relevante, pues la imprudencia menos grave solo se castiga si se produce muerte o lesiones, vid. art. 142.2 CP: homicidio y 152.2 CP: lesiones. En los demás tipos penales que castigan formas de comisión imprudente solo se castiga así la imprudencia grave.

- En el ámbito de la circulación de vehículos recientes reformas del CP han pretendido establecer reglas para determinar cuándo estamos ante una imprudencia grave o menos grave (así, el art. 152.1 segundo párrafo *in fine* CP dice: “A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.”; y en el art. 152.2 segundo párrafo CP se dice: “A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial” -las infracciones graves de las normas de tráfico pueden consultarse en el art. 76 de la *Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial*).

iii. Producción del resultado descrito en el tipo penal.

El último requisito de la imprudencia es la causación efectiva de un daño: todos los delitos imprudentes recogidos en el código penal castigan un daño efectivamente ocasionado (muerte, lesiones, daños, etc.).

- No se castiga, por tanto, la tentativa de un delito imprudente. Lo más parecido que existe en nuestro sistema penal al castigo de una tentativa de delito imprudente (pero sin serlo) son los delitos de peligro (concreto o abstracto) –ej. art. 379 CP-. Si nos fijamos, los delitos de peligro no son más que tentativas de delito imprudente elevadas por el legislador a delitos autónomos (volviendo al ejemplo del art. 379 CP: si una persona, conduciendo bebida, atropella a un peatón causándole la muerte, estaremos sin duda ante un homicidio imprudente -y según lo establecido en el art. 152.1 CP anteriormente mencionado, un homicidio por imprudencia grave-; pero si conduce bebida sin ocasionar ningún daño, ya no podrá ser castigada como autor de una “tentativa de un homicidio imprudente” -algo que no existe como tal en nuestro código penal-, sino como máximo como autor de un delito de peligro: el establecido en el art. 379 CP que castiga a quien conduzca bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Pero ojo porque este delito de peligro creado por el legislador -el del art. 379 CP- es un delito doloso, no imprudente.

EJERCICIO DE REFLEXIÓN: ¿por qué decimos que el delito del art. 379 CP es un delito doloso? ¿a qué elementos va referido el dolo en el delito del art. 379 CP?

- Los tipos penales imprudentes son así delitos de resultado. Por lo tanto, en estos delitos deberemos analizar el elemento de la imputación objetiva (por ejemplo: recordar el *Caso Estramonio* -SJP Getafe, 30-9-2014: en una fiesta rave un joven elabora un licor con una droga alucinógena -estramonio-, falleciendo otro joven a resultas de haber ingerido una cantidad importante de dicho licor; en este caso nos debemos plantear el tema de la auto-puesta en peligro de la víctima)
- Si como resultado de una acción imprudente se producen varios resultados lesivos estamos ante un caso de concurso ideal de delitos (art. 77 CP). Ejemplo: si conduciendo de forma imprudente atropellamos a tres personas, matándolas a todas ellas, seremos castigados como autores de un concurso ideal de homicidio imprudente (por imprudencia grave o menos grave en función de las circunstancias). Este tipo de concurso en la práctica implica que no se suman las penas de los tres homicidios imprudentes, aplicándose una regla más benévola (vid. art. 77 CP). Sin embargo, si dolosamente matamos a varias personas, se nos aplicarán las reglas del concurso real de delitos (art. 73 CP), que en la práctica implica que sí se suman las penas de los delitos cometidos.

CAPÍTULO IV. LA ESTRUCTURA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN.

- punto de partida: art. 10 CP (“...acciones y *omisiones* dolosas o imprudentes...”). Ya hemos visto en qué consisten las acciones dolosas o imprudentes. Nos falta saber a qué se refiere nuestro código penal cuando habla de “omisiones”.
 - la problemática de los delitos de omisión en Derecho Penal:
 - en primer lugar, estamos ante otra forma de extensión de la punibilidad: si hasta ahora hemos partido de la suposición de que el derecho penal castigaba solo acciones humanas (dejando de lado la responsabilidad penal de las personas jurídicas), ahora veremos que también se castiga, en determinadas circunstancias, no hacer algo. Esto, en principio, es algo que suena raro: ¿cómo se puede cometer un delito con un “no hacer”? Como veremos, esto es posible: siempre que exista la obligación de hacer una determinada acción, su omisión (no hacerlo) puede generar responsabilidad penal.
 - En segundo lugar, en los delitos de omisión estamos ante otra estructura de la prohibición penal. Los delitos que castigan determinadas acciones (por ejemplo, robar una cosa mueble ajena) llevan implícita una norma prohibitiva que se dirige al ciudadano (en nuestro caso: “no robes” o “prohibido robar”). Sin embargo, los delitos que castigan no realizar determinadas acciones (por ejemplo, no socorrer a una persona que se encuentra desamparada y en peligro grave: art. 195 CP), llevan implícita una norma de mandato (en nuestro caso: “obligatorio socorrer”). En este sentido, se considera que los delitos de omisión castigan el incumplimiento de ciertos mandatos establecidos por la ley, mientras que los delitos de acción castigan el incumplimiento de normas prohibitivas establecidas en la ley penal.
 - En tercer lugar, veremos que una dificultad importante en este tema es que, en nuestro sistema penal, no hay una sola clase de delitos de omisión, sino dos: (1) los delitos de omisión propia (también llamados delitos de omisión pura) y (2) los delitos de omisión impropia (también denominados delitos de comisión por omisión). A continuación, explicaremos los elementos de ambas clases de delitos de omisión.
- A) Delitos de omisión propia / pura omisión: estamos ante los genuinos delitos de omisión, pues en ellos, según veremos, se castiga simplemente incumplir un mandato penal establecido en la ley penal, con independencia de las consecuencias de tal incumplimiento.

Son delitos creados específicamente para castigar una omisión (esto es, la no realización-infracción- del mandato prescrito en la ley penal - ejemplos: arts. 195, 316, 383 CP).

* ojo! En estos delitos se castiga un “no hacer” al margen de la concreta descripción de la conducta del autor. Nos explicamos: el autor que incumple el mandato de socorro, esto es, que no socorre a una persona que se encuentra desamparada y en peligro grave (art. 195 CP), puede incumplir dicho mandato de muchas maneras: puede quedarse inmóvil ante la persona que se ahoga, contemplando de forma impasible el suceso, o puede proseguir su paseo, grabar la escena con su móvil, etc. Al derecho penal no le importa la forma concreta en la que la persona incumpla el deber de socorro. Lo que le importa, y así castiga, es “no socorrer”. Por esta razón hablamos de delitos de omisión, sin implicar ello que para castigar a alguien por un delito de omisión deba permanecer sin hacer nada.

- B) Delitos de omisión impropia / comisión por omisión: en ellos se imputa a la persona algo más que simplemente no actuar: se le hace responsable de no evitar un resultado concreto, como si este resultado se hubiera producido mediante una acción. Según veremos, esta responsabilidad por omisión plantea problemas más complejos y delicados, ya que hablamos, por ejemplo, de hacer responsable de un homicidio (de matar a otro) a alguien que no ocasiona la muerte de un tercero mediante una acción, sino que no evita que otra persona muera.

Vamos a ver detenidamente los elementos de estas dos clases de delitos de omisión.

DELITOS DE OMISIÓN PROPIA.

Estos delitos según decíamos nacen precisamente para castigar la infracción de un mandato establecido por la ley.

Características de estos delitos:

- i) ¿De dónde surge el mandato? Si observamos los delitos de omisión propia castigados en nuestro código penal veremos que (salvo en tres supuestos que luego mencionaremos) en todos los casos el mandato, cuya infracción o incumplimiento se castiga en la ley penal, no tiene su origen en el código penal, sino en normativa de naturaleza diferente (ya sea civil, administrativa u otra).

Por ejemplo, el art. 227.1 CP castiga “*El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos...*”

En este delito, como puede observarse, se castiga una omisión (no pagar). Omisión que implica el incumplimiento de una determinada obligación (pagar una prestación económica) establecida en la normativa y procedimientos civiles.

Por tanto, la finalidad última de los delitos de omisión propia es utilizar el derecho penal como refuerzo de determinadas obligaciones **extra-penales**. En concreto, se refuerza estas obligaciones castigando penalmente su incumplimiento.

EJERCICIO: pon un ejemplo de delito de omisión propia castigado en nuestro código penal y señala la concreta normativa extrapenal que con él se refuerza o protege.

Como decíamos ello es así excepto en el caso de tres delitos de omisión propia establecidos en nuestro código penal, que no tienen un correlativo deber extrapenal. Todos ellos, como veremos, pueden reconducirse a una misma fundamentación: castigar penalmente la infracción de un deber ético o moral (la solidaridad o deberes de ayuda entre ciudadanos). El primer caso es el ya mencionado delito de omisión de socorro, establecido en el art. 195 CP: no existe ninguna norma extrapenal que obligue a socorrer a los demás. A lo sumo existen normas religiosas o éticas en este sentido. Por lo tanto, en el caso de este delito el derecho penal no está reforzando normativa extrapenal alguna, sino deberes éticos, morales o religiosos. El segundo caso es un delito muy parecido al art. 195 CP (de hecho, es una sub-especie de éste): el delito establecido en el art. 450 CP que castiga la omisión del deber de impedir delitos. No existe normativa extrapenal que obligue a que los ciudadanos impidamos la comisión de delitos cometidos por otras personas (esto es, a convertirnos en policías), pero sí ciertos principios éticos y de civismo que apoyan la existencia de este deber. El tercer caso es otro delito, de muy reciente aparición: el delito previsto en el artículo 382 bis CP, que fue introducido por la LO 2/2019, de 1 de marzo. Este delito castiga el abandono del lugar del accidente por parte del causante del mismo (compárese con el art. 195.3 CP) “*en el que fallecieron una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2*”. Como puede observarse es claramente otra sub-especie del art. 195 CP, aunque de más discutible legitimación al no parecer vinculado a la protección de bienes jurídicos.

- ii) La responsabilidad penal es independiente del resultado que pueda producirse posteriormente.

Los delitos de omisión propia castigan un simple no hacer (incumplir el mandato legal) con independencia de los resultados naturalísticos que puedan derivarse de dicha omisión.

* Ejemplo: un paseante no socorre a una persona herida en la calle y ésta posteriormente muere. Si aplicamos el art. 195 CP se le castiga simplemente por no socorrer, no por el resultado de muerte. Por ello, de forma inversa, aunque después de él haya pasado una persona más solidaria que sí la haya socorrido no sufriendo así ningún daño grave la víctima, el primer paseante será igualmente castigado.

- iii) Problema fundamental de este tipo de delitos de omisión: legitimación de este papel “tuitivo” o protector del derecho penal.

Como hemos explicado, estos delitos surgen para reforzar determinadas obligaciones extrapenales que, por diversas razones, en un momento dado, el legislador penal cree de especial relevancia. Pero este mecanismo ha de ser utilizado por el legislador penal con mucho cuidado, pues de lo contrario, por la vía de los delitos de omisión propia, todo podría convertirse en delito.

Por ejemplo: el derecho civil regula la obligación del inquilino de una vivienda de pagar el alquiler. El impago del alquiler podría convertirse en delito si el legislador penal castigara el incumplimiento de tal obligación (“*El que dejare de pagar durante dos meses el arriendo de una vivienda será castigado con la pena...*”). El legislador ha de ser muy cuidadoso por tanto a la hora de elegir qué obligaciones extrapenales quiere proteger de forma especial.

Este problema se planteó, por ejemplo, cuando el legislador penal decidió elevar a delito el incumplimiento de la obligación establecida en la normativa administrativa relativa a que los conductores de vehículos se sometieran a las pruebas para determinar si habían consumido alcohol (actual art. 383 CP). Ello dio lugar a una discutida STC (161/1997) en la que el TC declaró acorde con la Constitución tal elevación a delito de lo que anteriormente era una mera infracción administrativa.

DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA (o “comisión por omisión”)

¿Por qué hablamos de Omisión *Impropia*?: porque aquí no se castiga un simple “no hacer”, sino que ese “no hacer” se vincula a un resultado concreto establecido en una norma prohibitiva. Por eso a estos delitos se les denomina también “delitos de comisión por omisión”, porque con ellos castigamos la comisión de ciertos delitos, que normalmente se llevan a cabo con ciertas acciones, por la realización de una omisión.

* Ejemplo: pensemos en el delito de homicidio establecido en el art. 138 CP, que castiga “El que *matare* a otro...”. Estamos ante un delito que, en principio, parecería poder cometerse solo mediante ciertas acciones (estrangular, envenenar, disparar, apuñalar, etc.). “Matar” parece remitir así a la realización de una determinada acción que cause la muerte de un tercero. La cuestión que desde siempre ha preocupado al derecho penal es qué pasa cuando una persona no mata a un tercero mediante una acción, sino que simplemente no hace nada para evitar la muerte de un tercero. No mata, sino que deja que otra persona muera. En estos casos el derecho penal se enfrenta a dos preguntas esenciales: (1) ¿puede castigarse a los que dejan que otras personas mueran, pudiendo salvarlas?; (2) ¿puede castigarse a estas personas igual que si las hubieran matado mediante una acción? La respuesta a la primera pregunta son los delitos de omisión propia, en concreto, el delito de omisión del deber de socorro. La respuesta a la segunda pregunta es más compleja, pues una cosa es castigar al insolidario y otra muy distinta tratarla como un homicida. Para dar este segundo paso, mucho más complejo según decimos, es para lo que en derecho penal se ha creado la figura de la responsabilidad penal en comisión por omisión (omisión impropia), pues como veremos, cuando aplicamos esta figura estamos castigando al autor, al que deja morir a un tercero, como si lo hubiera matado activamente.

¿Cuándo puede, entonces, castigarse al que deja morir a un tercero -al que no evita una muerte- como si hubiera causado dicha muerte mediante una acción?: la respuesta tradicional de la doctrina penal es la denominada *teoría de la infracción del deber*. De forma sintética: podemos castigar a quien deja morir a un tercero como si lo hubiera matado activamente cuando, quien no ha evitado la muerte, tenía la obligación de hacerlo, esto es, tenía la obligación de velar por la vida de esa persona.

Esta es, de hecho, la solución que adopta el art. 11 CP, que es el que regula la responsabilidad en comisión por omisión en nuestro sistema penal:

“Los delitos 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”.

La cuestión es ¿cuándo existe un deber jurídico de evitar el resultado?: esto es lo que se conoce como la teoría la *posición de garante*. “Garante” es la persona que debe velar por el bienestar de un tercero (garantizar su integridad). Las fuentes tradicionales de garantía reconocidas en derecho penal y recogidas en el propio art. 11 son las siguientes:

- i) La ley. Ello sucede cuando en una determinada ley se establece la obligación de ciertas personas de velar por el bienestar de otros (el ejemplo paradigmático es la obligación de los padres respecto hijos, establecida en el art. 154 CCiv: *“La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*).
- ii) El contrato: esta es una fuente mucho más habitual de garantía, pues en multitud de contratos se establecen obligaciones de vigilancia y amparo de terceros (ejemplos, un socorrista en una piscina, el guardabarreras de un paso a nivel, un guardaspaldas, etc.)
- iii) La injerencia: esta es la posición de garantía más compleja. Se encuentra formalmente recogida en el art. 11 b) CP, y la idea es la siguiente: quien con su actuación crea un riesgo frente a terceros tiene la obligación de evitar que ese riesgo derive en un resultado dañoso (de ahí el nombre de esta fuente de garantía: “injerencia”, esto es, quien se mete donde no le llaman debe hacerse responsable de que la situación no sea peor para el implicado que si él no hubiera actuado).
 - Ejemplo: si una persona ve cómo un ciego intenta cruzar una calle, y se ofrece a ayudarlo a cruzar, no puede, a medio camino, dejarlo abandonado a su suerte, y si lo hace y el ciego es atropellado deberá socorrerlo, si no quiere ser acusado de homicidio, pues fue él con su actuación precedente (con su injerencia) quien lo puso en peligro.
 - En nuestra jurisprudencia merece la pena consultar dos sentencias del TS que aplican en casos de homicidio doloso una responsabilidad penal en comisión por omisión por injerencia: STS 19-7-1999 (RJ 1999/6509:

tras golpear a su mujer reiteradamente dejándola malherida, no le presta ayuda alguna, falleciendo aquélla) y STS 6-2-2009 (RJ 2009/1669: abandona a la víctima tras robar en su casa, amordazada y atada, pese a la petición de ésta de que le soltara, por ser insulino dependiente, existiendo riesgo para su vida, haciendo caso omiso la acusada, respondiéndole “*por mí como si te mueres*”).

- iv) ¿Basta la posición formal de garante?: la diferencia entre el deber formal y la equivalencia material.

Parte de la doctrina penal española considera que no es suficiente la mera posición de garante para ser responsable en comisión por omisión por los daños causados. Frente a ello reclaman una “equivalencia material” entre acción y omisión para poder castigar esta última como si se hubiera causado el daño mediante una acción. Un ejemplo de ello es la posición de GIMBERNAT, para quien sólo puede castigarse en comisión por omisión cuando el encargado de vigilar un foco de peligro preexistente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza, causando este foco de peligro una lesión de un bien jurídico. Si tal desestabilización es dolosa estamos ante un delito doloso de comisión por omisión.

Para apoyar su postura, GIMBERNAT diferencia entre el caso del marido súbitamente asaltado en la calle por un ladrón (que queda malherido y que no es socorrido por la esposa) y la situación tratada en la STS 28-1-1994 (RJ 1994/125: marido desvalido y enfermo que depende de los cuidados de su esposa, abandonándola ésta durante varios días). En el primer caso, sostiene este autor que, a pesar de existir una posición de garante (fundada en el deber civil de asistencia entre cónyuges), no habría responsabilidad de la esposa por la muerte del marido, mientras que sí existiría en el segundo caso, porque aquí la mujer asumió personalmente una función de protección de un determinado foco de riesgo (la enfermedad de su marido).

Cabe decir que nuestro TS parece más cercano a la teoría de la posición de garante formal (aunque algunas sentencias recientes plantean la necesidad de ir más allá de un mero examen de la posición de garante: vid. STS 21-1-2022, RJ 2022/565; y 22-3-2022, 2022/1829; muy clara en este sentido apoyando la teoría de GIMBERNAT: STS 18-10-2017, RJ 2017/4787). Ello puede apreciarse en una de las constelaciones de casos típica que ha dado lugar a la aplicación de la comisión por omisión en nuestra jurisprudencia: el supuesto en el que la madre de un/a menor no hace nada ante el maltrato o abuso sexual que su pareja (padre biológico o no del menor) realiza sobre el/la menor. En estos casos, el TS castiga al autor del maltrato o abuso sexual como autor por acción (del delito concreto que abarque el resultado: homicidio, lesiones, agresión sexual, etc.) y a la madre como autora de los mismos delitos en comisión por omisión. Hay muchas sentencias del TS en este sentido (vid. STS 22-1-2002 (RJ 2002/2631: FD 2 y 3º; y vid. también STS 4-2-2005). El argumento del TS puede apreciarse claramente por ejemplo en la STS 4-3-2010 (RJ 2010/4056):

“la posición de garante de la recurrente, madre de la hija de apenas un año de edad que es objeto de agresiones por parte del padre, es clara y surge de la institucionalidad de la relación

y del art. 154 del Código civil. En los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado. En otros términos tanto realiza la conducta típica, en este caso matar, quien realiza activamente una conducta dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida de un hijo menor, en este caso de 1 año de edad, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentiende completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida. Esa omisión es equivalente a la acción en la medida en que el incumplimiento de su deber de actuar en protección de la hija menor, ante la situación de peligro de muerte, supone la realización de tipo del homicidio calificado que se declara probado pues la omisión, repetimos en las circunstancias del hecho, por quien tiene un deber especial de actuar en defensa del bien jurídico en grave peligro, nacido de los deberes legales de asistencia y protección y de la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos menores”.

La discusión en la jurisprudencia estriba fundamentalmente en la cuestión relativa a en qué casos existe la posición de garante:

- ¿también son garantes los hijos respecto a los padres? Vid. el caso tratado en la STS 10-10-2018 (RJ 2018/4261), que declara probados los siguientes hechos:

En agosto de 2015, Juliana , de 76 años de edad (nacida en 1939), convivía, junto con su hijo, el acusado Vidal mayor de edad y sin antecedentes penales computables, la esposa de éste y el hijo común de ambos, en la vivienda sita en el S/C de Tenerife, teniendo la anciana otra hija, la acusada Elena mayor de edad y sin antecedentes penales, que si bien no convivía con ellos, había acordado con su hermano el compartir las labores de cuidado y atención de madre. Juliana padecía desde el año 2000 una serie de enfermedades, entre ellas osteoporosis, artrosis, incontinencia urinaria y adicción a benzodiazepinas, y demencia senil habiendo sufrido, años atrás, al menos dos tentativas de autolisis. Por razón de su edad y enfermedades, Juliana sufrió un deterioro progresivo, perdiendo la posibilidad de caminar, así como la autonomía para realizar las actividades básicas de la vida diaria tales como asearse o comer, asumiendo Vidal, junto con su hermana Elena , la obligación del cuidado personal y diario de su madre. Ambos acusados, a pesar de ser conscientes de la situación de su madre y teniendo capacidad para cuidarla y ocuparse de ella, sin embargo desatendieron totalmente sus necesidades más elementales; dejando de alimentarla mínimamente, asearla, limpiar su entorno, cambiar su posición en la cama y curarle las heridas, lo que desembocó, como resultado previsible y evitable, en el fallecimiento de doña Juliana.

En esta sentencia el TS partió de la obligación civil entre parientes establecida en los arts. 142 y 143 Código Civil, y sobre su base considera que los hijos tienen una posición de garante respecto a los padres cuando éstos no pueden valerse por sí mismo y no han derivado contractualmente tal obligación (a unos cuidadores sanitarios, por ejemplo). Por ello, el TS confirmó la condena por homicidio de ambos hijos. En palabras del TS:

“...los hijos tienen esta obligación que no solo es natural, sino jurídica cuando los padres no pueden cuidarse por sí solos. Se trata de una obligación de derecho natural en esencia, pese a su plasmación posterior en normativa civilística en cuanto regula los alimentos entre parientes.

Puede llegar a afirmarse, pues, que los hijos tienen una obligación superior a la moral de atender a sus padres cuando éstos han alcanzado una edad que no pueden valerse por sí mismos, y aparecen como garantes de esa atención indispensable que los hijos deben prestar a sus padres en sintonía con la reciprocidad de la atención que éstos tuvieron con ellos prestando los debidos cuidados y atención cuando los necesitaban por no poder valerse, de igual modo, por sí mismos. En el caso de que esa obligación no se cumpla debidamente, en una u otra dirección, y se incumpla gravemente la tutela de garante que ambos tienen en distintas épocas de la vida se convierte en una obligación legal incumplida, que acarrea responsabilidades que, en este tipo de casos, como se constata en el relato de hechos probados, tiene un alto grado de reprochabilidad, no solo social, que la tiene, sino también, y sobre todo, penal”.

- ¿también hay posición de garante en el caso de parejas de hecho o relaciones de noviazgo?

Una reciente STS (22-3-2022, RJ 2022/1829) analiza esta cuestión. En esta sentencia se trata el siguiente caso: Mari Trini y César mantenían una relación de noviazgo desde hacía un año, sin convivencia. Mari Trini tenía una hija pequeña de 4 años (nacida de otra relación). Un día, estando Mari Trini y César en casa, Mari Trini empezó a golpear brutalmente a su hija, sin que César hiciera nada para evitarlo, resultando la niña con graves lesiones que hubieran causado su muerte de no haber sido intervenida quirúrgicamente. La Audiencia de instancia condenó a ambos como autores de un delito de lesiones agravadas (Mari Trini por acción y César por omisión). Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia casó la sentencia absolviendo a César del delito de lesiones y condenándolo como autor del delito de omisión del deber de impedir delitos (art. 450 CP). Para el TS ésta última es la solución correcta por cuanto sobre César, al no haber asumido efectivamente el cuidado de la menor, no pesaba ninguna posición de garante.

- ¿posición de garante entre hermanos?: vid. STS 21-3-2018 (RJ 2018/1562)

- v) La posibilidad de evitar el resultado: la responsabilidad en comisión por omisión exige que el garante pudiese con su acción evitar el resultado.

Este requisito es el equivalente a la imputación objetiva en los delitos de resultado. Para imputar un resultado en comisión por omisión deberá demostrarse que de haber actuado el omitente hubiera podido evitar el resultado (por eso en ocasiones se habla aquí de “causalidad hipotética”: si se hubiera actuado hipotéticamente se hubiera evitado el resultado). Si aún actuando no hubiera sido posible evitar el resultado, entonces no habría responsabilidad por éste (pero sí podría haber responsabilidad por tentativa)

- vi) El dolo en la omisión impropia (saber y querer en la omisión impropia)

Probar el dolo en la omisión es una cuestión compleja. Si determinar la existencia de dolo ya resulta difícil en los delitos activos aún lo es más en los

delitos omisivos, porque la mejor pista de nuestras intenciones son nuestras acciones, y éstas, en el caso de los delitos de omisión son más difíciles de interpretar.

*Ejemplo: cuando el paseante pasa por delante de una persona malherida sin socorrerlo ¿cómo determinamos que tal omisión fue dolosa?

De todas formas, no podemos olvidar que para imputar un delito de omisión (sea propia o impropia) como doloso deberán cumplirse los elementos del dolo.

EJERCICIO: ¿el delito tipificado en el art. 195 CP -la omisión de socorro-, es un delito doloso o imprudente?; Si fuera doloso, ¿cuáles son los elementos concretos del dolo en este delito -esto es, qué debe saber y querer el omitente-?

En este sentido, para nuestro TS, en los delitos de omisión el dolo se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa, y en el caso de los delitos de comisión por omisión o impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado, así como, ha de añadirse, a las consecuencias necesarias de su inacción, es decir al resultado.

Un ejemplo de la aplicación de la doctrina del dolo en la omisión podemos observarlo en la STS citada sobre la muerte de una madre (de edad avanzada) por la desatención de sus hijos:

“El Tribunal del Jurado llega al hecho consecuencia explicitando que la desatención llevada a cabo por los hijos de la víctima, desatención en cuanto a alimentación, bebida, mínima higiene personal, desatención en la curación de las úlceras y llagas que como consecuencia del encamamiento padecía la fallecida, es un descuido de tal magnitud del que sólo puede concluirse, de forma razonable y lógica que los condenados, aun en el supuesto de que no tuvieran la intención directa de provocar con sus actos de omisión la muerte de la víctima, sí que comprendían que con tal actuación podían causar la muerte de Juliana , y, pese a ello, aceptaron tal resultado como posible, persistiendo en su falta de atención y de cuidado, infiriendo de todo ello que pudiera producirse un "resultado previsible y evitable" de fallecimiento de la víctima, por lo que queda plenamente acreditado todos y cada uno de los elementos del delito de homicidio del art. 138 del Código Penal ”.

Ojo!: los delitos de comisión por omisión, según hemos visto, se vinculan con determinados delitos (por ejemplo, el homicidio). Por tanto, si esos delitos admiten la forma de comisión imprudente, sería posible imputar, por ejemplo, un homicidio imprudente en comisión por omisión (cuando no podamos determinar que la omisión fue dolosa). Un ejemplo muy interesante de ello lo podemos observar en la STS 30-12-2020 (RJ 2020/5630) que trata el caso de la muerte de un hinchado del Athletic Club de Bilbao por el impacto de una pelota de goma propinada por la Ertzaina (en el curso de unos incidentes tras un partido de fútbol). En esta sentencia se condenó al jefe policial del operativo por el homicidio, condenándolo por homicidio por imprudencia grave en comisión por omisión, por no impedir la carga policial que acabó con la muerte de la víctima,

y fundando tal responsabilidad en su posición de garante (como jefe del operativo policial).

REFLEXIÓN: Una vez estudiado el tema de la omisión impropia, si releemos el art. 138 CP (“El que matare a otro...”), sabemos entonces que “matar a otro” admite dos formas de comisión: (1) la causación activa de la muerte de otro (esto es, poner en marcha un proceso causal que finaliza con la muerte imputable de un tercero); y (2) no evitar la muerte de un tercero, teniendo la obligación de hacerlo por estar en posición de garante (y siempre que la omisión sea equivalente a la acción -para los que consideran que la posición de garante no es suficiente-). El art. 11 CP es así genuinamente una cláusula de extensión de la responsabilidad penal que, al estar regulada en la Parte General, permite su aplicación a todos los delitos de la Parte Especial.

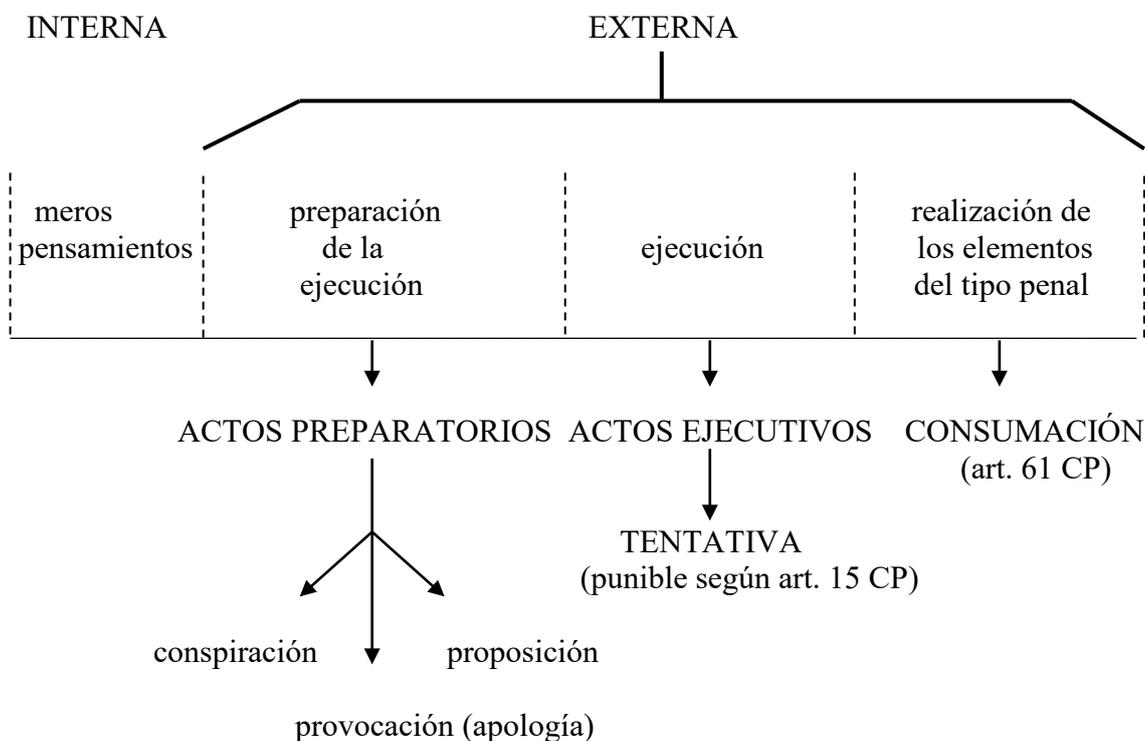
EJERCICIO: (1) busca una sentencia que aplique la comisión por omisión a un delito distinto del homicidio y detalla la posición de garante empleada para la imputación. (2) compara la forma de castigo de la comisión por omisión en nuestro código penal con la relativa a la imprudencia: ¿emplea el legislador la misma estrategia o sistema para el castigo de ambas formas de extensión de la responsabilidad penal?.

CAPÍTULO V. RESPONSABILIDAD POR LA PREPARACIÓN O EJECUCIÓN FALLIDA DE LOS DELITOS: EL ITER CRIMINIS (“el camino del delito”).

Vamos a estudiar ahora si existe, y en qué medida, responsabilidad penal por la ejecución fallida de los delitos. Esto es, si una persona quiere cometer un delito (un homicidio, por ejemplo), ¿en qué momento comienza a cometerlo a efectos penales?; ¿y antes de cometerlo, esto es, por ejemplo, cuando lo planea o lo prepara, puede haber responsabilidad penal? Estos y otros interrogantes son los que se estudian bajo la rúbrica del “*iter criminis*” (el camino del delito).

Para comenzar resulta ilustrativo imaginar las fases o etapas ideales de todo delito. Idealmente podríamos decir que todo delito pasa por una fase “interna” (que acontece en la cabeza del autor del delito, esto es, cuando lo empieza a considerar y lo planea), y una fase externa (que tendría lugar cuando los pensamientos criminales empiezan a “cambiar el mundo”, esto es, a tener una determinada plasmación fáctica). A su vez, dentro de la fase externa del delito, lo primero que tiene lugar es la preparación del delito, que serían todas aquellas acciones anteriores a su ejecución que tienden a la comisión del delito (por ejemplo, si quiero matar a alguien envenenándolo, deberé comprar o elaborar el veneno). La fase de preparación del delito finalizaría cuando empezara ya a ejecutarlo (en nuestro ejemplo, podríamos decir que sin duda empiezo a ejecutar el delito cuando vierto el veneno en la copa de la víctima); y posteriormente, si la ejecución es exitosa tendríamos un delito consumado. Expresado todo ello gráficamente:

Fases del delito:



- En este esquema podemos apreciar cómo denomina nuestro sistema penal a las diferentes fases del delito: la preparación del delito da lugar a los actos preparatorios punibles (que ya veremos que son unos muy determinados); la ejecución del delito da lugar a la tentativa de delito; y la realización de los elementos de delito da lugar a la consumación del mismo. Es importante tener presente que el concepto de consumación de delito es técnico-jurídico: el delito está consumado cuando se cumplen todos los elementos del tipo penal que estemos analizando, sin importar aquí si el autor ha conseguido los fines últimos que se proponía con el delito.
 - Ejemplo: si una persona mata a otra para heredar su fortuna, el delito de homicidio estará consumado cuando lo mate (porque los elementos del homicidio son simplemente “matar” y “a otro”). Que posteriormente herede o no herede su fortuna es algo que al derecho penal, a efectos de la consumación del delito, le trae sin cuidado. Ojo! decimos que los motivos último no importan “a efectos de la consumación del delito”...cuestión diferente es que el derecho penal puede tener en cuenta la finalidad última del autor a otros efectos (por ejemplo, para agravar, atenuar o incluso eximir de pena – si el autor obra con ánimo defensivo podríamos estar ante una atenuante o eximente de legítima defensa-).
- El punto de partida en lo relativo a la responsabilidad penal por la ejecución fallida del delito lo tenemos en el art. 61 CP (“Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción *consumada*”). Esto es, cuando por ejemplo, el art. 138 CP dice “*El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de 10 a 15 años*”, teniendo en cuenta el art. 61 CP sabemos que dicha pena es para quien consiga efectivamente matar a otro. La cuestión entonces es ¿qué sucede, pues, cuando la infracción no se ha consumado? Cuando, siguiendo nuestro ejemplo, nuestro protagonista quería matar a otro, pero no lo ha conseguido. La respuesta a esta pregunta, como veremos, va a depender de la fase de ejecución del delito en la que nos encontremos. Pero antes de entrar en el detalle de esta cuestión debemos responder a una pregunta previa, que nos dará la pista decisiva para saber cómo trata nuestro sistema penal la responsabilidad penal en las fases anteriores a la consumación del delito.
- ¿Cuál es el fundamento del castigo de las fases anteriores a la consumación? Obviamente, para determinar la responsabilidad penal por actos anteriores a la consumación deberemos saber en qué se basa tal responsabilidad. Simplificando la cuestión podemos decir que en la doctrina penal existen dos perspectivas o posturas fundamentales:
 - Teoría objetiva: para los partidarios de la teoría objetiva, lo decisivo es el peligro para el bien jurídico; pues el derecho penal debe concebirse ante todo como un sistema normativo edificado para evitar acciones dañosas. Por tanto, la pena deberá disminuir o aumentar en función de la mayor o menor lejanía de la lesión efectiva del bien jurídico (esto, es función de la mayor o menor lejanía con la consumación del delito).
 - Teoría subjetiva: para los partidarios de la teoría subjetiva, lo decisivo es la intención criminal manifestada por el autor/a. Por tanto, el castigo debe estar en función de dicha intención. Ello parte, obviamente, de una concepción del derecho penal como sistema edificado, no tanto sobre la base de la evitación de acciones dañosas, como para el castigo de “mentes criminales”.

* Todo sistema penal debe elegir, a la hora de castigar los actos anteriores a la consumación del delito qué teoría estima preferible para hallar la solución. La cuestión es, entonces, ¿qué teoría sigue nuestro Código Penal? Pues bien, en el código penal existen claros indicios de que nuestro sistema sigue la teoría objetiva:

1. La propia definición de la tentativa, establecida en el art. 16 CP, en concreto, cuando dice "...actos que *objetivamente* deberían producir el resultado...". Fijémonos en que se define objetivamente la tentativa (no se dice "actos que *subjetivamente* deberían producir el resultado", esto es, actos que según los pensamientos o creencias del autor deberían producir el resultado). Como ya veremos al estudiar con detenimiento la tentativa ello excluye el castigo de supuestos en los que sólo en la imaginación del autor el resultado podría producirse (ejemplo: utilizar magia negra para matar a un tercero).
2. El castigo de la tentativa (art. 62 CP). Como ya veremos, el art. 62 CP establece la pena en los supuestos de tentativa de delito. De esta regla de determinación de la pena hay que destacar dos cuestiones cruciales: primera, toda tentativa de delito se castiga menos que el delito consumado. Y segundo, a la hora de graduar la disminución concreta de pena nuestro legislador establece dos criterios, y uno de ellos es "*el grado de ejecución alcanzado*". La menor pena de la tentativa y la graduación de la pena en función del grado de ejecución alcanzado no se puede explicar desde la teoría subjetiva porque ¿cuál es la diferencia, a nivel de la "mente criminal" o ánimo de matar, entre quien dispara y yerra el tiro frente al que acierta en el corazón de la víctima?

En conclusión, nuestro sistema penal sigue claramente la teoría objetiva en el sentido de que diferencia la responsabilidad penal en función, no de la mente criminal, sino del mayor o menor peligro que la acción tiene para el bien jurídico afectado. Examinada esta cuestión, veamos ahora con atención las reglas de la responsabilidad penal en cada fase concreta de preparación del delito.

LOS ACTOS PREPARATORIOS.

- El castigo de los actos preparatorios en nuestro sistema penal sigue un sistema de "doble excepción":
 1. No se castigan todos los actos preparatorios sino sólo algunos. En concreto, los definidos en los arts. 17 y 18 CP:
 - la conspiración (art. 17.1)
 - la proposición (art. 17.2)
 - la provocación / apología (art. 18)
 2. Estos actos preparatorios, además, no se castigan en todos los delitos sino sólo en aquéllos en los que expresamente se prevea tal posibilidad: arts. 17.3 y 18.2 CP. Por tanto, si queremos saber si en un delito determinado se castigan esos actos preparatorios, deberemos ir a su regulación en la parte especial y buscar si existe algún apartado o sub-tipo que los castigue.
 - Por ejemplo, en el caso del homicidio, el artículo que soluciona la cuestión es el 141 CP.

EJERCICIO: (1) este sistema de castigo de los actos preparatorios es idéntico al empleado en nuestro código penal respecto a otra forma de extensión de la responsabilidad penal: ¿cuál? (2) ¿están castigados los actos preparatorios de un robo -busca en el código penal si ello es así y en su caso enumera el artículo-?

* CUIDADO: hasta aquí hemos enunciado el sistema de castigo de los actos preparatorios establecido en la Parte General del código penal. Como puede observarse es un sistema de castigo muy limitado (se castigan sólo unos pocos actos preparatorios y en unos delitos determinados). Pero hay que tener en cuenta que el legislador penal en ocasiones “hace trampas”. Nos explicamos: cuando este régimen tan limitado de castigo de los actos preparatorios no le satisface (porque quiere castigar más comportamientos), crea, en la Parte Especial del código penal, determinados delitos que no respetan las reglas de la ejecución fallida o que castigan de forma autónoma determinados actos preparatorios.

- Un ejemplo clásico de delito que no respeta las reglas de las formas imperfectas de ejecución (recordemos: se parte del castigo del delito consumado y cuando no se ha consumado el delito se castiga menos) es el mal llamado “delito de tráfico de drogas” (art. 368 CP). Mal llamado delito de tráfico de drogas porque en realidad se castigan comportamientos muy alejados de un acto de venta o tráfico de drogas y que por ello serían impunes si sólo se castigara en realidad la venta de drogas a terceros. Así por ejemplo, este artículo castiga ya a quien cultiva (planta) marihuana para posteriormente venderla, lo que no es sino un acto preparatorio bien alejado de la consumación del delito y no contemplado ni en el art. 17 ni 18 CP.
- Existen muchos ejemplos en nuestro código penal de actos preparatorios elevados a la categoría de delitos autónomos (¿qué es sino el castigo del delito de tenencia de armas prohibidas: vid. 563 CP?; o el caso del castigo específico de la apología del terrorismo (art. 578 CP), vid. también el art. 575 CP.; y el 183 CP)

EJERCICIO: explica por qué el delito establecido en el art. 183 es un caso de acto preparatorio castigado como delito autónomo.

En definitiva, hay que tener muy presente que en nuestro código penal conviven dos realidades no coincidentes: un régimen restrictivo de castigo de los actos preparatorios (arts. 17 y 18 CP) vs. una pléyade de delitos establecidos en la Parte Especial que subvierten la limitación establecida en la Parte General, castigando actos preparatorios para ciertos delitos.

- Sigamos con la explicación del régimen de castigo de los actos preparatorios establecido en la Parte General del código penal. Lo primero que deberíamos preguntarnos es cuál es el fundamento del castigo de estos los actos preparatorios definidos en los arts. 17 y 18 CP: ¿por qué se castigan estos y solo estos actos preparatorios?
 - Una primera clave (probablemente la fundamental) es que si observamos los actos preparatorios contenidos en los arts. 17 y 18 CP podemos ver que la característica esencial que comparten es el hecho de que en todos los casos hay más de una persona implicada en la preparación del delito. En el régimen establecido en la Parte General no se castigan así actos preparatorios individuales.

- Ejemplo: si una persona va a comprar el veneno con el que piensa envenenar a su vecino, estamos ante un acto impune, porque se trata de un acto preparatorio individual que como tal no está recogido ni en el art. 17 ni 18 CP. Por tanto, a no ser que existiera en la Parte Especial un delito específico que recogiera este acto preparatorio, esa conducta sería impune. Un ejemplo de acto preparatorio individual punible en la Parte Especial es el mencionado art. 183 CP.

¿Por qué el legislador, en la Parte General, solo castiga actos preparatorios colectivos -que implican a más de una persona? Probablemente por la especial peligrosidad de los actos preparatorios colectivos, ya que cuando hay varias personas implicadas en el proyecto criminal (en la preparación de un delito), es más probable que dicho delito llegue a consumarse, que cuando, por el contrario, hay una sola persona implicada.

- Por otra parte, también se señala que cuando hay varios implicados en la preparación de un delito, estamos ante una objetivación más clara del propósito criminal. Esto es, así como actuaciones puramente individuales serían más difíciles de interpretar (¿cómo sabemos que cuando una persona compra un veneno es para matar a otro?), cuando participan varias personas es más fácil demostrar el propósito criminal por el simple hecho de que tales personas habrán debido de comunicar entre sí de alguna manera el plan criminal.

- Veamos, pues, concretamente los actos preparatorios penados en la Parte General:

a) La conspiración (art. 17.1 CP): *“La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”*.

La conspiración es, en esencia, una coautoría frustrada o adelantada. Como puede observarse en la definición estamos ante el caso de varias personas que acuerdan cometer conjuntamente un delito. Por tanto, si su plan se llevara a cabo y empezaran a cometer dicho delito ya no estaríamos ante una conspiración, sino ante una coautoría en el delito que hayan resuelto cometer. Por ello podemos decir que la conspiración es un caso de coautoría fallido o frustrado.

- Ejemplo: varias personas se reúnen en el garaje de uno de ellos para planear la comisión de un robo en un banco. Si en ese momento son detenidos por la policía tendríamos un delito de conspiración en el robo. Si la policía los detuviera una vez hubieran empezado a ejecutar el robo entonces se les castigaría como coautores de un robo.

EJERCICIO PARA LA REFLEXIÓN: compara el castigo de la conspiración del art. 17 CP con lo establecido en los arts. 570 bis y ter CP: ¿ves alguna diferencia entre ambos supuestos?

- Requisitos de la conspiración:
 1. objetivo: debe existir un acuerdo colectivo o resolución firme de ejecutar el hecho como coautores.
 2. subjetivo: los conspiradores han de reunir las características necesarias para ser autores del delito que se planea cometer.

b) La proposición (art. 17.2 CP): *“La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”*.

La redacción legal de lo que constituye una proposición para delinquir admite una doble posibilidad interpretativa: ¿coautoría frustrada o inducción frustrada?

- i. Teoría de la coautoría frustrada: la definición legal se refiere a “...el que ha resuelto *cometer* un delito...”, por lo que esta persona también va a cometer el delito como autor y lo que sucede es que luego convence e invita a otra u otras personas a acompañarlo en la comisión del delito. Por tanto, necesitaríamos para castigar la proposición la participación material del proponente. Esta es la interpretación que por ejemplo defendió la SAP Girona, 6-2-2001 (JUR 2001\134585) (vid. también caso y decisión de la ARP 1998/4454)
- ii. Teoría de la inducción frustrada. Esto es, no se necesita la participación material del proponente en la ejecución del delito, basta convencer al ejecutor material. Según esta interpretación cuando el código penal habla de que “el que ha resuelto *cometer* un delito”, no exige con ello que el que convence a otro u otros participe en la ejecución material del delito.

No es una mera discusión doctrinal. En últimas está en juego si podemos castigar como autor de una proposición de delito el caso de la persona que contrata a un asesino o matón a sueldo (la persona que contrata a un “sicario”). Si defendemos que la proposición requiere la participación material del proponente (teoría de la coautoría frustrada), entonces ese caso no sería punible. Por el contrario, si interpretamos que no se requiere participación material del proponente (la proposición sería así un caso de inducción frustrada o adelantada), entonces la persona que contrata a un matón a sueldo sí sería autor de una proposición (en este caso de homicidio). Nuestro TS se decanta claramente por la segunda opción: vid. STS 29-11-2002, RJ 2002/10874 y STS 25-7-2003, RJ 2003/6058.

Un reciente caso de castigo de una proposición de homicidio puede observarse en la sentencia de la Audiencia Nacional de 11-4-2022 (JUR 2022\133179), en la que se castigó a una persona por proposición de homicidio del Presidente del Gobierno (por compartir en un chat sus planes relativos al asesinato del presidente del gobierno, invitando a otras personas a ayudarlo, y proveerse de un arsenal de armas para ello).

c) La provocación (art. 18 CP): *“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”*.

La provocación es un caso de inducción pública frustrada de un delito: esto es, se trata de un supuesto de incitación directa (ojo, no basta una incitación indirecta) por medios de difusión que faciliten una amplia audiencia, a la comisión de un delito concreto.

Una subespecie de provocación es la figura de la apología del delito: art. 18.2. *“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”*.

Decimos que es una subespecie de la provocación porque su finalidad es la misma: la incitación directa a cometer el delito. Pero los medios para ello son muy específicos: el ensalzamiento de un crimen o el enaltecimiento de su autor.

Es muy importante el último inciso de la definición de la apología (“*La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito*”), pues de lo contrario cualquier elogio de un delito o delincuente podría ser delito y ello supondría una grave restricción de la libertad de expresión.

- Ejemplo: si una persona, ante la noticia del robo a un banco, exclama, “bien hecho, tendrían que darles una medalla a los que roban un banco, porque los bancos nos roban todos los días...”. De no mediar ese último inciso del artículo ello podría ser delito...

*OJO: hay que recordar que existen supuestos de apología específicamente regulados: vid. art. 578 CP.

LOS ACTOS EJECUTIVOS.

En el CP 1995 sólo existe un acto ejecutivo: la tentativa (en el Antiguo CP existían dos: la tentativa y la frustración).

Art. 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.

La mejor forma de explicar la tentativa de delito es ir desgranando paso a paso la definición contenida en el art. 16 CP.

1. “*Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito*”: la cuestión es ¿cuándo empieza la ejecución del delito? La respuesta usual es cuando se efectúa un acto *inmediatamente anterior* a la plena realización de todos o alguno de los elementos del tipo.
 - i. Nuestro Tribunal Supremo se refiere a diversos criterios o pautas para establecer el inicio de la ejecución del delito: la proximidad temporal con la consumación (cuanto más cerca esté la plena realización del delito más probable que estemos ya ante la ejecución de un delito), el peligro para el bien jurídico (cuanto más peligrosa sea la acción más probable será que estemos ante un acto de ejecución) y el plan del autor (dependiendo del plan del autor un mismo acto puede ser preparatorio o ya ejecutivo -MIR PUIG pone el siguiente ejemplo: una persona quiere matar a otra, la secuestra y la tiene encerrada en un hoyo bajo tierra. Si su plan es sacarla del hoyo para después matarla, entonces, meterla en dicho hoyo es todavía un acto preparatorio de homicidio -ojo, como tal impune, pero obviamente punible como delito de detención ilegal-. Ahora bien, si su plan es matarla de inanición en el hoyo, entonces meterla allí es ya un acto de ejecución del delito).

- ii. De todas maneras, es complejo determinar cuándo estamos ante un acto preparatorio o ya ejecutivo.

Considérense, en este sentido, los hechos declarados probados en la STS 4-11-2015 (RJ 2015/5255):

A Fausto , sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 20.11.2013, mediante auto de fecha 1 de noviembre de 2013 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 1 de Muros en el marco de las diligencias previas núm. 1076/2013, se le agravó la medida cautelar de alejamiento y prohibición de comunicación adoptada en el ámbito de las diligencias previas núm. 760/2013 seguidas ante el mismo Juzgado, en el sentido de imponer al acusado Fausto , la prohibición de aproximarse a Lorenza, su ex pareja, a su domicilio o a su centro de trabajo, a una distancia inferior a 1.000 metros, así como acudir a la localidad de Outes, y de comunicarse con ella por cualquier medio, durante la causa, con implantación de una pulsera o dispositivo electrónico de control telemático, siendo advertido de la obligación de portar la pulsera impuesta en todo momento y de las consecuencias de su incumplimiento. Resolución que le fue notificada personalmente el mismo día y al día siguiente se le notificó el auto de fecha 2 de noviembre de 2013 dictado en las referidas actuaciones.

A pesar de ser conocedor de las prohibiciones referidas y de las consecuencias de su incumplimiento, y con intención de acabar con la vida de Lorenza , el procesado realizó los siguientes hechos.

El día 15 de noviembre de 2013 se trasladó a la localidad de Valença do Miño (Portugal) donde trató de comprar un arma de fuego, adquiriendo finalmente varios cuchillos. Dejó de encontrarse localizado a través del sistema de control indicado el 17 de noviembre de 2013 a las 19:10 horas, siendo su última posición GPS en Portugal junto a la carretera A-55 Tui. En la tarde del 17 de noviembre de 2013, después de haber adquirido los cuchillos y de desprenderse de la pulsera, se desplazó con su vehículo matrículaRRR a la localidad de Outes, acercándose a una distancia inferior a 1.000 metros al lugar de trabajo de Lorenza , y se ocultó tras unos árboles esperando que Lorenza apareciese. Lorenza pasó por allí pero Fausto no hizo nada al comprobar que aquélla iba siempre acompañada. Llevando dos cuchillos en las manos, uno de ellos con una hoja de 27 cm (otros tres en el vehículo de su propiedad) y ocultando su rostro con un pasamontañas se agazapó en un maizal sito a unos 5 metros de la puerta del lugar de trabajo de Lorenza esperando el momento en que ésta estuviera sola para acuchillarla y provocar su muerte. Sobre las 16:45 horas del día 18 de noviembre de 2013 agentes de la Guardia Civil le sorprendieron escondido en dicho maizal antes de lograr su propósito, procedieron a su detención no pudiendo impedir que se hiciera tres cortes en el cuello que solo afectaron al tejido celular subcutáneo sin lesión de grandes vasos(sic).

La pregunta es: ¿en este caso ha comenzado Fausto a ejecutar el delito de homicidio o nos encontramos todavía ante un acto preparatorio?

2. “...practicando todos o parte de los actos...”: de esta manera el código penal diferencia entre la tentativa acabada (cuando se han practicado todos los actos ejecutivos) e inacabada (cuando sólo se han practicado parte de los actos). Esta diferencia es, en principio, importante a efectos de penalidad (vid. art. 62 CP, cuando se refiere al “grado de ejecución alcanzada”), ya que la tentativa inacabada al ser menos peligrosa (por ser más lejano el resultado), en teoría debería recibir menos pena que la tentativa acabada.
3. “...que objetivamente deberían producir el resultado...”: cuando el código penal habla de actos que *objetivamente* deberían producir el resultado parece claro que está con ello exigiendo cierta virtualidad o peligrosidad objetiva de la tentativa para poder castigarla. Con ello se plantea el problema de la denominada “tentativa inidónea del delito”, esto es,

aquellos supuestos de imposibilidad de consumación del delito por inidoneidad del medio, sujeto u objeto de la acción.

* Ejemplo: disparar a un cadáver creyendo que se trata de una persona viva. ¿Son punibles estos casos de tentativa inidónea?

- i. La clave estriba en diferenciar entre la tentativa relativamente inidónea y la tentativa absolutamente inidónea (también llamada delito imposible). Existe tentativa relativamente inidónea cuando el delito no se ha podido consumir en las particulares circunstancias de tiempo y lugar en las que se ejecutó (ejemplo: apoderarse de un bolso o una cartera que en aquel momento no contiene dinero ni objeto de valor alguno, vid. SAP Castellón, 20-11-2000, ARP 2000/2436). Por el contrario, existe tentativa absolutamente inidónea cuando por mucho que cambiemos las circunstancias de tiempo y lugar el delito sigue siendo de imposible comisión (ejemplo, según nuestra cultura, clavar agujas en un muñeco de vudú con ánimo de matar o lesionar a un tercero no supondrá ningún daño efectivo sobre esta persona).
- ii. Los supuestos de tentativa relativamente inidónea pueden incluirse en la definición de la tentativa, pues *ex ante* son actos objetivamente aptos para producir el resultado. El criterio es: un espectador medio, con los conocimientos del autor ¿hubiera considerado peligrosa la acción? Vid. así la STS 21-6-1999, RJ 1999/5663:

Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Ello deja fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados «delitos putativos» (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta.

Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa -aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada- es decir aquellos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados «ex ante» y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva «ex post» toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción.

A partir de este criterio, nuestro TS por ejemplo ha considerado que son casos de tentativa relativamente inidónea (y por ello punibles) los supuestos en los que una persona se apodera del arma de un policía, apuntándole con ella y accionando el gatillo, sin que se produjera ningún resultado lesivo al estar el arma descargada -cosa que desconocía el autor- (vid. STS 20-1-2002, RJ 2003/890; y STS 26-4-2012, RJ 2012/11374)

En la jurisprudencia reciente puede consultarse el caso tratado en la SAP Las Palmas 28-9-2021 (JUR 2021\389576), en el que se absuelve de tentativa de estafa (por considerarla absolutamente inidónea) a unas personas que trataron de extraer dinero del cajero automático con la tarjeta bancaria de un tercero sin saber el número PIN. Más discutible es el caso tratado en la STS 30-3-2021 (RJ 2021/1354), en la que se absuelve de tentativa de omisión de socorro agravada del art. 195.3 CP (por considerarla una tentativa absolutamente inidónea) al causante de un accidente que abandona a la víctima del mismo sin prestarle el socorro debido, por haber resultado esta muerta de forma instantánea.

4. el resultado no se produce “...por causas independientes de la voluntad del autor”. Cuando el art. 16 CP acaba la definición de la tentativa refiriéndose a que el resultado no se produzca “por causas independientes del autor” está planteando con ello el problema del denominado “desistimiento” en la tentativa; pues ¿qué sucede cuando el resultado finalmente no se produce por causas dependientes del autor?

El desistimiento en la tentativa está específicamente tratado en el art. 16, en sus apartados segundo y tercero:

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.

16.3. 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.

El desistimiento en la tentativa plantea varias cuestiones:

- i. ¿cuál es su fundamento?: “a enemigo que huye puente de plata”. Esto es, nuestro legislador quiere que el delincuente tenga la oportunidad hasta el último momento de abandonar su plan criminal, y para ello le recompensa dicho abandono con la exención total de pena (ojo! el desistimiento no es una mera atenuante).
- ii. se exige que sea voluntario (STS 16-2-2000, RJ 2000/2255). Esto es, si el autor abandona la ejecución del delito porque la víctima se resiste con fuerza o porque oye las sirenas de la policía que se aproxima y huye, no estamos ante un desistimiento. En palabras de nuestro TS (STS 16-12-2000, RJ 2000/2255):

“Pertencen al ámbito del desistimiento voluntario los supuestos en que, siendo posible objetivamente continuar la acción iniciada, decide el sujeto abandonar el proyecto criminal bien por motivos autónomos e independientes de las circunstancias concurrentes -sean o no esos motivos éticamente valiosos- o bien por la percepción de un riesgo que sería razonablemente asumible o aceptable en comparación con las ventajas que obtendría de la prosecución de la acción, desde la perspectiva de la lógica criminal justifica que el orden jurídico recompense la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente”.

Una pregunta adicional es si el desistimiento debe ser autónomo, esto es, proveniente de la propia voluntad del autor del delito y así no inducido por un tercero: vid el caso de la STS 30-12-2010 (RJ 2011/416): autor del delito abandona la ejecución ante las súplicas de la víctima que le promete volver con él.

- iii. subsiste la penalidad por los hechos ya consumados. Sólo se puede desistir de aquellos delitos no consumados.
 - Ejemplo: si se apuñala a una persona con ánimo de matarla, pero llevada por el arrepentimiento la autora del delito lleva posteriormente a la víctima al hospital y con ello se logra salvar su vida, no habrá castigo de la tentativa del homicidio, pero sí de las lesiones consumadas causadas.
 - iv. desistimiento malogrado: ¿qué pasa si alguien intenta evitar la consumación del delito y no lo consigue? Según nuestros tribunales se aplica la atenuante de reparación (vid. SAP Madrid, 12-4-2007, ARP 2007/669: la acusada, tras disparar a la víctima, llamó a emergencias requiriendo auxilio médico, pero la víctima finalmente murió)
 - v. diferencia entre desistimiento pasivo (tentativa inacabada) y activo (tentativa acabada). Si la tentativa es inacabada (no se han practicado todos los actos) basta, para desistir, con adoptar una actitud pasiva (no seguir con la ejecución). Por el contrario, si la tentativa ya está acabada (y se han realizado ya todos los actos), el autor deberá hacer algo para evitar la consumación.
 - vi. en caso de coautoría: art. 16.3 CP. En caso de coautoría, como puede apreciarse en el art. 16.3 se es más exigente para apreciar el desistimiento en la tentativa.
5. el aspecto subjetivo de la tentativa. El último elemento de la tentativa, aunque no se especifique en el art. 16 CP, es el elemento subjetivo. En concreto, para castigar la tentativa de un delito debe haber dolo de cometer tal delito. Ello es obvio: sólo se puede intentar cometer un delito que se quiere realizar. Pero cuidado, cuando hablamos de dolo en la tentativa nos referimos a dolo en cualquiera de sus modalidades (también el dolo eventual!)

CAPÍTULO VI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: el estudio de la co-delincuencia.

- El punto de partida en este tema lo podemos situar en el art. 61 CP (“*Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada*”). Ello plantea las siguientes dos cuestiones fundamentales:
 - i. ¿Quién o quiénes son *autores* del delito?
 - ii. ¿Hay otros responsables penales al margen de los autores?

A) ¿Quién o quiénes son autores del delito?

* El problema que nos encontramos a la hora de contestar esta pregunta es que el CP emplea el término “autor” en dos sentidos distintos. Fijémonos en lo contemplado en el art. 28 CP.

Art. 28 CP:

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.

Como puede observarse nos encontramos en el primer párrafo una definición relativa a quiénes *son* autores; y aquí se enumeran a tres clases de personas (que ya estudiamos al tratar el tema del “sujeto activo” del delito, ya que el sujeto activo de un delito es el autor/es de este primer párrafo del art. 28). Pero, a continuación, se nos dice que otro tipo de sujetos también “*serán considerados autores*”, con lo que parece que se trata de personas que, aun no siendo realmente autores, serán sin embargo a ciertos efectos considerados como tales. ¿A qué se refiere con ello el código penal?; ¿a qué efectos alguien puede ser autor aún sin serlo realmente? A partir de lo contemplado en este art. 28 CP la doctrina penal diferencia entre:

- i. autor en sentido estricto: autor es la persona o personas a la/s que se le puede atribuir el hecho como propio (autor en sentido conceptual=sujeto activo del delito). Son así los verdaderos protagonistas del delito (sus “personajes centrales”). Son los enumerados en el primer párrafo: los que realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro.
- ii. autor en sentido amplio: autor **a efectos de imposición de la pena**. Cuando el párrafo segundo se refiere a que otras personas también serán consideradas autores, ello debe entenderse a efectos de pena; esto es, personas que aun no siendo realmente autores del delito van a ser castigados de igual forma que el autor. Por tanto, autores en sentido amplio serán los autores en sentido estricto + ciertos partícipes (que veremos que son el inductor y el cooperador necesario, tal y como se deduce a sensu contrario del art. 63 CP). Este es el concepto de autor al que alude el art. 61 CP.

* Llegados a este punto uno podría preguntarse ¿por qué, entonces, si el CP castiga igual a los autores en sentido amplio es necesario distinguir entre autor en sentido estricto y en sentido amplio? O dicho de otra manera, ¿para qué sirve saber quién/es son autores en sentido estricto? Pues bien, la respuesta a esta pregunta tiene que ver con dos principios básicos que rigen la responsabilidad penal de autores y partícipes:

- i. debido al *principio de accesoriedad de la participación*. Este principio establece que sólo el autor en sentido estricto realiza un delito independiente y autónomo, lo que implica que los partícipes sólo pueden ser castigados si existe un hecho típico y antijurídico realizado por un autor en sentido estricto.
 - Por esta razón, si una persona realiza un acto atípico, obviamente, no se puede castigar como partícipe a quien le ayude a realizarlo. Pero también, según veremos más adelante, si una persona realiza un acto típico, pero justificado por concurrencia de una causa de justificación (y por tanto un hecho típico, pero no antijurídico), el que participe en dicho acto estará también exento de pena. Ahora bien, si alguien ayuda a un enajenado mental a cometer un delito, aunque el autor en sentido estricto (el enajenado mental) esté exento de pena, el partícipe sí podrá ser castigado como tal porque en este caso sí tenemos un autor de un hecho típico y antijurídico.
- ii. debido al *principio de unidad de título de imputación*: el partícipe es castigado en función del hecho cometido por el autor en sentido estricto. Es decir, es el autor en sentido estricto el que marca, por así decirlo, el delito cometido, y por tanto el partícipe participa en el delito cometido por el autor en sentido estricto (art. 65.3 CP)
 - ejemplo: STS 31-10-2013: un particular induce a un policía a cometer un delito de detención ilegal. ¿Qué delito se ha cometido: una detención ilegal genérica -art. 163- o una detención ilegal practicada por funcionario -art. 167- ?. Según el principio de unidad de título de imputación el delito lo “decide” el autor en sentido estricto. En nuestro caso, autor en sentido estricto es el policía, pues es quien ejecuta materialmente la detención (es el autor ejecutor). Por tanto, el delito cometido es el previsto en el art. 167 CP. Y el particular que ha convencido al policía será castigado como inductor de ese delito. Esta solución puede generar no obstante una paradoja: el art. 167 está más castigado que el art. 163 porque en el 167 se castiga no sólo la privación de libertad, sino además la infracción de los deberes y obligaciones de un funcionario (se estima que es más grave que un policía prive de la libertad a un tercero porque además de la libertad quebranta los deberes y obligaciones de su oficio). Sin embargo, el tercero que convence al policía no quebranta ningún deber u obligación de funcionario (porque no lo es...), y va a ser castigado con la pena de este delito más grave. Ello es así, insistimos, por el principio de unidad de título de imputación. Pero para evitar excesos punitivos el art. 65.3 prevé lo siguiente:

3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.

Como podemos observar, este art. 65.3 CP está confirmando que nuestro código penal sigue el sistema de unidad de título de imputación, pero consciente del exceso punitivo que este principio puede conllevar establece que, si esos partícipes que al ser considerados autores en sentido amplio y por tanto recibir la misma pena que el autor en sentido estricto, no tienen las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor (en nuestro ejemplo, la cualidad de “ser policía”), los jueces o tribunales podrán (ojo! no es obligatorio...es una potestad) imponerles la pena inferior en grado.

Por otra parte, y por último, interesa también saber quién o quienes son autores en sentido estricto a efectos de análisis y resolución de casos prácticos. Pues si en un supuesto práctico aparecen diversas personas realizando diversos comportamientos, lo primero que deberemos buscar es al autor o autores en sentido estricto. Localizados éstos, podremos analizar la participación de los demás *en el delito cometido* por el autor/es en sentido estricto (principio de unidad de título de imputación).

AUTOR EN SENTIDO ESTRICTO (art. 28 párrafo 1º CP).

Nuestro CP sigue una concepción restrictiva de la figura del autor al diferenciar entre autor y partícipe en función de la contribución objetiva de una persona a la realización del delito. ¿Qué criterios existen para valorar tal contribución objetiva e identificar así al autor?

- i. Teoría objetivo-formal: para esta teoría, autor es quien realiza los actos ejecutivos del tipo penal de que se trate.
 - Ejemplo: ¿quién es el autor/es de un homicidio?: pues aquél o aquéllos que realicen los actos ejecutivos del homicidio en el caso concreto (si se ha matado a una persona estrangulándola pues quien la estrangule, si se la ha matado disparándole, pues quien dispare, etc.). ¿quién es el autor/es de un robo?, pues aquél/aquéllos que realicen los actos ejecutivos de este tipo penal (que son dos: apropiación de cosa mueble ajena y empleo de violencia, intimidación o fuerza sobre la cosa)

EJERCICIO: según esta teoría ¿quién o quiénes sería así autor/es de un delito de violación -art. 179 CP-?

Como puede observarse ésta es la teoría más intuitiva y sencilla para saber quién o quiénes son autores. Sin embargo, no es la defendida de forma mayoritaria en la doctrina penal, ni la seguida por nuestro TS. ¿Por qué no? Porque falla en una constelación de casos: aquéllos en los que una persona utiliza a otra como un mero instrumento para cometer un delito.

- Ejemplo: Juan es un médico que trabaja en el Hospital Trueta de Girona. Un día, yendo a la planta de un médico colega suya se da cuenta de que en esa planta está ingresado Pedro, enemigo suyo acérrimo de hace muchos años. Así que urde un plan para matar a Pedro. Consultado el historial médico de Pedro, Juan se da cuenta de que es alérgico al paracetamol, y con el fin de matarlo aprovecha un cambio de turno y altera la prescripción médica de Pedro (que

estaba recibiendo una medicina por suero que no contenía paracetamol y él prescribe una medicina que sí lo tiene). La enfermera del siguiente turno, sin conocer para nada el plan de Juan, observa que Pedro necesita medicación y le cambia el suero, poniéndole la medicina prescrita por Juan. Al cabo de poco tiempo, la medicina le causa un shock a Pedro y éste muere. Pues bien ¿quién ha realizado en este caso los actos ejecutivos del homicidio? Pedro ha muerto “envenenado”...¿quién le ha suministrado el veneno?. Sin duda, la enfermera...pero parece contraintuitivo considerar a la enfermera la verdadera protagonista del suceso...lo es sin duda el médico (Juan). Además, si la enfermera fuera la autora en sentido estricto (la autora ejecutora) no podríamos castigar a Juan, porque la enfermera no realiza un acto típico de homicidio (al faltarle el dolo). Debido a estos casos, esta teoría ha sido mayormente sustituida por la siguiente:

- ii. Teoría del dominio del hecho: autor es quien tiene el dominio del hecho, esto es, el control final de la realización delictiva (quien con su mera pasividad podría impedir la realización del delito). En concreto, es autor según esta teoría:
 1. El autor directo o autor-ejecutor (realiza de propia mano todos los elementos del tipo penal y por tanto controla totalmente su realización)
 2. Quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento: el autor-mediato.

La teoría del dominio del hecho no tiene ningún problema para identificar como autor, en nuestro anterior ejemplo del médico y la enfermera, al médico: pues es éste quien domina el delito, utilizando a la enfermera como un mero instrumento a su merced (como una “marioneta” movida por sus designios criminales).

3. Los que comparten funcionalmente el dominio del hecho: los coautores

Parece evidente que nuestro propio código penal secunda la teoría del dominio del hecho, pues como hemos visto considera autor en sentido estricto al que utiliza a otro como instrumento, aun sin realizar los actos ejecutivos del tipo.

CLASES DE AUTORÍA (EN SENTIDO ESTRICTO) SEGÚN NUESTRO CP.

(Recordad que este tema ya fue tratado anteriormente -vid. tema “Sujeto Activo” del delito-; aquí haremos un resumen de lo allí detallado)

- a) El Autor Ejecutor: el que realiza por sí solo todos los actos ejecutivos del tipo penal.

*Cuidado!: autor de un delito existe cuando éste se comienza a ejecutar (cuando empieza la tentativa). Si el delito no se empezó siquiera a ejecutar entonces no habrá autoría de delito, sino, siempre que sea posible, autoría de un acto preparatorio.

b) La Coautoría: realización conjunta y de mutuo acuerdo del hecho. Se precisa así:

- i. mutuo acuerdo (puede ser precedente o simultáneo al delito y expreso o tácito). Este mutuo acuerdo conlleva el *principio de "imputación recíproca"*: todos responden de lo hecho por cada uno de los demás; con un límite: el exceso individual de un coautor no abarcado por el mutuo acuerdo
 - Uno de los problemas prácticos más difíciles de la coautoría es precisamente establecer hasta dónde abarca el mutuo acuerdo. *Ejemplo*: unas personas acuerdan robar en una casa habitada por la noche. Cuando entran en la casa uno de sus moradores se despierta y, para evitar que grite, uno de los ladrones lo apuñala causándole la muerte. Sin duda tenemos un delito de robo en coautoría (porque el delito de robo ya se empezó a ejecutar -habrá coautoría en un robo consumado o intentado dependiendo de si se apropiaron efectivamente de algo-). Pero ¿tenemos también un homicidio en coautoría? ¿matar al morador entraba dentro del mutuo acuerdo o es un exceso individual solo imputable al que efectivamente lo apuñaló? Nuestro TS emplea aquí un criterio muy extensivo: el criterio de las "desviaciones previsibles". Según este criterio, todas las desviaciones previsibles del plan acordado entran dentro del mutuo acuerdo y por tanto habría coautoría. Es una doctrina que tiene la misma lógica que el dolo eventual.
- ii. realización conjunta del hecho: "dominio conjunto del hecho". Ojo: cuando hablemos de realización conjunta del hecho o dominio conjunto, esto no exige realización de actos típicos por todos los coautores, sino algo más amplio (a la vez que etéreo). Como dice MIR PUIG hablamos aquí de aportación de una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva (vid. por ejemplo, RJ 2000/7462).
 - Qué es una "aportación esencial en la realización del delito", es algo imposible de determinar a priori... dependerá del delito concreto cometido. Por ejemplo: ¿es la vigilancia una aportación esencial en la realización de un robo y así el que vigila es coautor? Pues dependerá del acto concreto de vigilancia en el concreto robo cometido. Como puede observarse, este criterio es bastante amplio y por ello la cooperación necesaria en un delito quedaría reservada para supuestos de cooperación con actos anteriores a la realización de delito, pues si es con actos simultáneos parece que ya sería un coautor (vid. así STS 24-9-2003)

c) La Autoría Mediata: utilización de otra persona (denominado autor inmediato) como mero instrumento para cometer el delito. Se acostumbra a distinguir dos tipos de autoría mediata:

- i. casos de dominio sobre el injusto (ej. falta de dolo –error de tipo- nuestro caso de la enfermera. O el caso tratado en la STS 11-2-2014: inspector de policía de paisano se inventa hechos delictivos para que sus subordinados detengan a una persona:

“El acusado tuvo dominio del hecho, pues imputa falsamente hechos delictivos graves susceptibles de ser calificados como resistencia o desobediencia a agente de la autoridad. El instrumento empleado ha actuado, al acordar la detención el Jefe de la dotación, movido por el engaño sobre la comisión de delitos graves. El dominio del hecho lo tuvo el acusado en cuanto conoce la realidad de lo acontecido y provoca intencionadamente el error de los funcionarios que materializan la detención.”

- ii. casos de dominio sobre el inimputable (ej. utilizar a un menor de edad para cometer un robo)

Hay que tener en cuenta que la figura de la autoría mediata es de aplicación restrictiva porque se exige un auténtico dominio del hecho por parte del autor mediato. Por esta razón, en los típicos casos del “sicario”, esto es, cuando alguien contrata a un tercero para cometer un delito, no existe aquí autoría mediata. El que paga a un sicario para matar o dar una paliza a un tercero no es autor mediato, porque el dominio del hecho lo tiene en realidad el sicario. ¿Por qué?, porque por mucho dinero que yo le pague a una persona para cometer un delito, el que tiene en sus manos hasta el último momento la decisión final de cometer o no el delito es el sicario. Y además, con la tranquilidad de que si me estafa y no comete el delito, no voy a denunciarlo por incumplimiento de contrato... Por lo tanto, en los típicos casos del “asesino o matón a sueldo”, si el delito finalmente se comete, el que le ha contratado es inductor y el sicario será autor ejecutor del delito realizado.

LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO.

¿Hay otros responsables penalmente al margen de los autores, en sentido estricto?: sí, los partícipes del delito. Participación es la intervención en un hecho ajeno: en el hecho del autor.

* Recordar el principio básico de la participación: accesoriedad limitada de la participación: se necesita un hecho típico y antijurídico del autor para que sea punible la participación.

* formas de participación reconocidas en nuestro CP:

- Autores a
- efectos de pena
- i. la Inducción al delito (art. 28 a)): la inducción es la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización de un delito concreto como autor.
 - 1. la inducción debe ser eficaz (causación objetiva). No valen meras insinuaciones, ni es un mero reforzamiento de planes criminales embrionarios: se trata de hacer nacer en otro una resolución delictiva que no tenía
 - 2. se exige dolo en el inductor (doble dolo: dolo de inducir y dolo de que se realice el delito). Aquí se plantea el mismo problema que en la coautoría respecto del exceso del inducido (es decir, cuando el inducido sobrepasa lo acordado con el inductor): el exceso se le imputará al inductor si era previsible
 - ii. La Cooperación en el delito: consiste en ayudar al autor a realizar el delito con *actos anteriores o simultáneos a su ejecución* (si son posteriores no hay participación en un delito ajeno, hay un delito especial: encubrimiento –art. 451 y ss. CP-). La cooperación puede ser de dos clases:
 - 1. cooperación necesaria (art. 28 b))
 - 2. cooperación simple o complicidad (art. 29) (pena: art. 63 CP)

} → ¿cómo distinguir?
Teoría de los bienes escasos
(GIMBERNAT)
- La distinción entre cooperación necesaria y cooperación simple NO se puede hacer empleando criterios abstractos o concretos. En abstracto, nadie sería cooperador necesario y todo el mundo sería cooperador simple. Pero en concreto, pasaría lo inverso: todo el mundo sería cooperador necesario y nadie sería cooperador simple.
 - Nos explicamos: imaginemos que Juan le da a Pedro un cuchillo para matar a Pablo. Si nos preguntamos, en abstracto, si se puede cometer un homicidio sin que te proporcionen el arma, es obvio que la respuesta es que sí. En abstracto no era necesaria la participación de Juan y por tanto Juan sería un cooperador simple. Inversamente, si hacemos la pregunta en concreto: ¿habría matado Pedro a Pablo de la manera que lo hizo si Juan no le hubiera dado el cuchillo?, la respuesta sería siempre que no, y por tanto, Juan sería cooperador necesario. Por tanto, hemos de buscar un criterio que no nos conduzca a este callejón sin salida. Esto es lo que busca el criterio propuesto por GIMBERNAT, que se conoce como la teoría de los bienes escasos (Enrique GIMBERNAT, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, 1966).

- Teoría de los bienes escasos (GIMBERNAT): es cooperador necesario quien le proporciona al autor un bien escaso, esto es, un bien u objeto que al autor le sería difícil conseguir por sí solo. Si por el contrario, al autor se le proporciona un bien no escaso en una sociedad determinada estaríamos ante una cooperación simple o complicidad
 - ejemplo: proporcionarle al autor un cuchillo para matar a una persona debería considerarse complicidad, porque un arma blanca no es un bien escaso en nuestra sociedad. Distinto sería el caso si se le proporciona una pistola, ya que en nuestra sociedad no es fácil conseguir una pistola...sería diferente probablemente en USA....

Respecto a las contribuciones que no consisten en la entrega de una cosa sino la realización de una actividad (se aporta un “hacer”), considera GIMBERNAT que han de calificarse como cooperación necesaria aquellas conductas que sean a) inequívocamente criminales; y b) sean además condicionantes reales del delito.

- GIMBERNAT pone el ejemplo de la actividad que consiste en trasladar en automóvil al autor ejecutor al lugar de realización del delito. Tal actividad no sería inequívocamente criminal (porque en una sociedad están disponibles medios de transporte, por ejemplo un taxi, que pueden realizar tal tarea de forma neutral) y por ello no escasa. Sin embargo, la actividad del vigilante en un robo sería cooperación necesaria porque sí es claramente criminal a ojos de un espectador externo. No obstante, GIMBERNAT añade que además de ser inequívocamente criminal la actividad ha de ser condición del resultado, por lo que si la actuación del vigilante meramente ha reforzado la voluntad del autor de cometer el robo (pero lo hubiera cometido, aunque no le hubiera prestado tal ayuda), el vigilante sería cómplice.

EJERCICIO: Marta trabaja en una sucursal bancaria, y por ello conoce el día que se recarga de dinero el cajero automático, así como la clave informática para acceder al mismo. Junto con su novio David planean apoderarse del dinero y acuerdan que David se introducirá en el banco por la noche y con la clave informática (password) proporcionada por Marta se hará con el dinero del cajero. Así lo hace David. David es el autor ejecutor del delito de robo. Y Marta ¿Qué crees que es?

* supuestos problemáticos de participación
 ┌───> en delitos especiales (vid. art. 65.3 LO 15/2003)
 └───> en delitos imprudentes / por imprudencia
 └───> por omisión

IMPRUDENCIA Y PARTICIPACIÓN

- Doctrina mayoritaria y jurisprudencia aceptan la participación en delitos imprudentes

- Ejemplo, se induce o colabora en la conducción temeraria de otra persona que acaba causando una muerte. OJO! se participa en un delito imprudente (en nuestro caso un homicidio), pero la participación en sí es dolosa, esto es, se conoce y acepta lo que el autor realiza y se conoce y quiere participar (en nuestro caso, se quiere inducir o colaborar en la conducción temeraria).

Vid. en este sentido la interesante STS 25-6-2020 (RJ 2020/5143), en la que tras hurtar unas botellas de licor en una tienda, dos personas huyen corriendo y se introducen en el coche de los amigos que les esperaban fuera. Pero el hurto había sido visto por el trabajador de la tienda y sale tras ellos, aferrándose al coche para evitar su huida, siendo golpeado por sus ocupantes para que dejara de agarrarse al coche. En un momento dado, uno de ellos le grita a la conductora “arranca, arranca”, accionando ésta el vehículo y acelerando mientras el trabajador se encontraba agarrado al vehículo, hasta que finalmente cae a la carretera y es atropellado por el coche, resultando muerto. El TS en esta sentencia consideró que el que alentó a la conductora a arrancar sabiendo que el trabajador estaba agarrado al coche, o bien es coautor o bien inductor del homicidio imprudente cometido. En palabras del TS:

La condena no se apoya en las previas acciones ilícitas (sustracción, golpes a la víctima), sino en su imprudente jaleo a la conductora para emprender la marcha; o, si lo vemos desde la otra perspectiva dogmática, en su inducción a otra persona para activar una conducta imprudente de alto riesgo lo que lo convierte en coautor (inductor) del delito culposo (hay acuerdo en la conducta imprudente).

- Más problemático es el tema de la participación imprudente en un delito doloso. En principio parece claro que no puede existir inducción imprudente ya que la inducción, por definición exige dolo (no se puede querer convencer a otro descuidadamente de cometer un delito...). Pero es teóricamente posible la colaboración (necesaria o simple) imprudente.

- Ejemplo, se deja al alcance de una persona de la que se sospecha que es peligrosa un arma, con la que éste mata a otra: ¿hay participación imprudente en un delito de homicidio doloso?

OMISIÓN Y PARTICIPACIÓN

- Doctrina y jurisprudencia aceptan la posibilidad del castigo de la participación por omisión. Inducción no, pues ésta exige un comportamiento activo. Pero la colaboración es posible por omisión. El problema estriba en distinguir la participación por omisión en un delito, del delito de omisión del deber de impedir delitos (art. 450 CP). Es decir, ¿cuándo la contemplación pasiva de un delito es participación en él o mera omisión propia? El Tribunal Supremo acude aquí a la posición de garante para tal distinción (vid. sentencia STS 14-2-2003 RJ 2003/2881, en la que se enjuicia a quien se quedó en el coche sin hacer nada mientras otras dos personas mataban a un tercero: “Aunque hipotéticamente el recurrente hubiera conocido los propósitos de los ejecutores materiales del crimen, ninguna obligación específica le afectaba para impedir el hecho, distinta a la que todo ciudadano tiene de impedir la comisión de determinados delitos. Ninguna obligación de actuar impuesta por ley o por contrato le afectaba, y ningún riesgo creó para el bien jurídico protegido (posición de garante)”)

Un supuesto de apreciación de cooperación por omisión puede verse en la STS 13-10-1999 (RJ 1999/7611). En esta sentencia, los acusados planean robar a una persona y para ello se la llevan a un lugar apartado. Una vez allí una de ellas golpea brutalmente a la víctima dejándola malherida, no haciendo nada los demás. El TS confirma la condena de los que no hicieron nada como cómplices por omisión en el homicidio, fundando su posición de garante en la idea de la injerencia:

Contrariamente a lo argumentado por el recurrente, la participación omisiva en un delito de resultado ha sido generalmente admitida por la doctrina, incluso con anterioridad a la promulgación del Código de 1995 cuyo art. 11 regula la comisión por omisión. La jurisprudencia a partir de la década de los ochenta (cfr. SSTs 18-3-1982 [RJ 1982\1722]; 26-1-1984 [RJ 1984\415]; 31-1-1986 [RJ 1986\211]; 13-12-1988 [RJ 1988\9505]; 22-11-1991; 24-10-1991 [RJ 1991\7358]; 6-4-1992 [RJ 1992\2761] y 18-12-1996 [RJ 1996\9661]) también la ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias. Más discutible resulta determinar si esa omisión del deber jurídico de actuar ha de ser subsumida en la autoría o en la participación, necesaria o no, pero esta cuestión no es objeto de la presente impugnación pues la condena por complicidad en el homicidio no ha sido impugnada por la acusación que postuló en la instancia la autoría en el delito.

3. La participación omisiva encuadrable en la complicidad parte de unos presupuestos: a) favorecimiento de la ejecución, que se integra como presupuesto objetivo; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

La existencia del deber jurídico de actuar para impedir el delito, la posición de garante, aparece clara en el hecho probado. El acusado, hoy recurrente, con su comportamiento previo, la intimidación del robo que perseguía, había creado un peligro para el bien jurídico de la víctima -su vida y su integridad- sobre el que está obligado jurídicamente a vigilar e impedir la materialización del riesgo creado. A esta concreta posición de garante se refiere, formalmente, el art. 11, apartado b): Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. De este deber derivado de su posición de garante surge de la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, en este caso, de colaboración a la causación del resultado pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado, términos que se valoran desde la perspectiva de la colaboración no necesaria, típica de la complicidad imputable al acusado.

El presupuesto subjetivo de la complicidad omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible posibilitando el actuar del autor material.

Estos presupuestos concurren en la conducta del recurrente que habiendo realizado actos de intimidación en una persona, observa que por otro de los intervinientes se desarrolla una conducta dirigida a acabar con la vida del previamente intimidado y se abstiene de actuar en el sentido generado con la norma, posibilitando que esa iniciación contribuya, en el sentido antes expuesto, a la realización del resultado que pudo y debió tratar de evitar.

CAPÍTULO VII. LA CATEGORÍA DE LA ANTIJURICIDAD.

- ¿Qué es?: una segunda valoración del hecho:
 - En la categoría de la Tipicidad analizamos si el comportamiento de una persona es subsumible en un tipo penal. Y según vimos, la base del tipo penal es la *afección a un bien jurídico* protegido penalmente.
 - En la categoría de la Antijuricidad se trata de analizar si dicha afección del bien jurídico es, además, *contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto* (contraria a Derecho = anti-jurídico, de aquí el nombre de esta segunda categoría del delito)
- ¿Cómo es posible que un hecho típico –esto, es, un comportamiento que afecta a un bien jurídico, por ejemplo, un homicidio- no sea contrario a derecho? Obviamente, en la mayoría de casos un hecho típico será antijurídico. Por ello, en la práctica, el análisis más importante es el análisis sobre la tipicidad de una conducta. Pero cuidado, un acto típico puede estar excepcionalmente justificado: ello sucederá cuando concurra en nuestro caso una **causa de justificación**. Las causas de justificación eliminan así la antijuricidad de la conducta. Por tanto, en resumen:

Hecho típico + ausencia de causas de justificación = hecho típico y antijurídico

Hecho típico + causa de justificación = hecho típico pero no antijurídico

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

- el problema de su identificación: el art. 20 CP es el precepto que en nuestro Código Penal recoge el catálogo de eximentes. Pero si observamos este artículo veremos que únicamente dice: “*Están exentos de responsabilidad criminal...*”, dándose a continuación un listado de hasta 7 supuestos (llamados “eximentes”) en los cuales no habrá responsabilidad penal. La cuestión, por tanto, es ¿cuáles de entre esas siete eximentes son causas de justificación? Pues bien, existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial relativo a que, de entre las siete eximentes enumeradas en el art. 20 CP, son causas de justificación del hecho las tres siguientes:
 - la legítima defensa (art. 20.4)
 - el estado de necesidad (art. 20.5)
 - el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y el cumplimiento del deber (art. 20.7)
- ¿por qué estas tres y ninguna más? La identificación de las tres causas de justificación que hemos mencionado deriva del fundamento común que se atribuye a las causas de justificación: que un hecho penalmente típico está justificado significa que sirve a un interés preponderante. Esto es,

que el ordenamiento penal, de entre los bienes en conflicto, valora como un interés superior el de aquel que actúa amparado por una causa de justificación.

- Ejemplo: en las situaciones de legítima defensa se enfrentan los bienes e intereses del agresor (que por el hecho de ser un agresor no pierde su estatus como ciudadano al que el ordenamiento le debe protección de sus derechos) y los bienes e intereses del agredido. En esta colisión de intereses el ordenamiento penal (si se dan los requisitos que veremos) estima que son de mayor valor (son preponderantes) los intereses del agredido. Sin embargo, cuando (según veremos) no castigamos al enajenado mental que comete un delito, ello no se debe al hecho de que el ordenamiento penal estime que los bienes e intereses del enajenado mental sean preponderantes a los de la víctima afectada por su acción. El fundamento de la exención penal en caso del enajenado mental no tiene que ver, pues, con un interés preponderante sino con otras cuestiones que luego veremos (con la falta de condiciones para poder reprocharle su conducta).
- Una cuestión ulterior que debe plantearse cuando diseccionamos las eximentes en dos clases (causas de justificación y causas de exculpación) es si vale la pena realizar tal diferencia cuando la propia ley penal parece no diferenciar las eximentes en el propio art. 20.
 - Hay razones de justicia que obligan a realizar tal diferencia entre eximentes, que tienen que ver con la importancia de los diferentes motivos por los que eximimos de pena. En otras palabras, no son las mismas razones las que nos impiden castigar en caso de una persona que obra en legítima defensa o por el efecto de una enajenación mental. Cuando una persona obra en legítima defensa o amparada según veremos en otra causa de justificación, sirve a un interés preponderante y por ello puede decirse que tiene la ley penal de su parte. Por el contrario, cuando una persona actúa amparada en el resto de eximentes que contempla el art. 20 (que veremos que reciben el nombre de causas de exculpación o inculpabilidad), su actuación no sirve a ningún interés preponderante: es sólo que concurren una serie de circunstancias que impiden que podamos reprocharle su conducta. Por así decirlo, las razones para eximir de pena en las causas de justificación son de más peso que en las causas de inculpabilidad.
- Estas razones de justicia o mayor peso de las razones para eximir en las causas de justificación que en el resto de eximentes es lo que lleva a que doctrina y jurisprudencia penal señalen unas “consecuencias reflejas” o *efectos comunes de las causas de justificación* que las diferencian de las causas de inculpabilidad:
 - Exclusión de toda responsabilidad penal (pena / medida de seguridad) e incluso civil (excepto estado de necesidad, vid. art. 118 CP). Las causas de justificación no sólo eximen de pena, sino también impiden la imposición de una medida de seguridad. Por el contrario, algunas causas de exculpación permiten la imposición, según veremos, de medidas de seguridad. Por otra parte, las causas de justificación, excepto en el caso de la eximente de estado de necesidad, excluyen también la responsabilidad civil, cosa que no sucede con las causas de inculpabilidad que cuando generen un daño habrá que indemnizarlo (vid. art. 118 CP)

- Aplicación a todos los participantes en el delito (*universabilidad*). Las causas de justificación se consideran que son “universales” en el sentido de que afectan a todos los participantes en el delito. Esto es, si el autor obra amparado por una causa de justificación (ejemplo, obra en legítima defensa), todos los que participen en dicha conducta estarán también, a su vez, amparados por la causa de justificación (también, por ejemplo, el que le dio el cuchillo para defenderse de la agresión que estaba sufriendo al que actúa en legítima defensa). Esto se acostumbra a expresar diciendo que las causas de justificación afectan al HECHO en global. Por el contrario, en las causas de inculpabilidad, éstas amparan únicamente a la persona en quien concurra dicha circunstancia, no a todos los que participen en el hecho. *Ejemplo*: si un enajenado mental cree que su vecino es un extra-terrestre que quiere secuestrarle y por ello un día lo ataca con intención de matarlo, podrá quedar exento de responsabilidad criminal si se dan los requisitos de la eximente de enajenación mental. Pero ello no amparará a un tercero que, conociendo sus planes, le haya ayudado (un cómplice que le da el cuchillo para que ataque al vecino). Las causas de inculpabilidad no suponen así un juicio sobre el HECHO, sino sobre la PERSONA que actúa.
- Por último, se acostumbra a señalar que las causas de justificación implican el correlativo deber de tolerar la conducta por parte del afectado. Es decir, si un policía obra amparado por la causa de justificación consistente en el ejercicio legítimo de su cargo (art. 20.7 CP), el afectado por su acción no puede resistirse frente a ella. Igualmente, si una persona es agredida ilegítimamente y se defiende frente a ello (legítima defensa), el agresor ha de tolerar tal defensa (la ha de tolerar en sentido “normativo”, esto es, si la víctima de una violación se resiste a ella dando golpes al violador, éste no podrá a su vez golpear con fuerza a la víctima amparándose en su derecho a la defensa, porque la única que puede defenderse legítimamente es obviamente la víctima de la violación).

Veamos, pues, la primera de las causas de justificación.

LA LEGÍTIMA DEFENSA (art. 20.4 CP)

La legítima defensa es la causa de justificación por antonomasia. Dice el art. 20.4 que regula esta eximente lo siguiente: “Está exento de responsabilidad criminal....

4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran 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 y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida 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 por parte del defensor.

De aquí podemos extraer el propio **concepto de la legítima defensa**: obrar en defensa de la persona o derechos propios o ajenos ante una agresión ilegítima. Debe destacarse ya de entrada que la legítima defensa ampara tanto la defensa propia como de terceros.

Por lo que respecta al **fundamento** de esta eximente, es mayoritaria en la doctrina penal la alusión a un doble fundamento: (1) protección de bienes jurídicos; (2) defensa del ordenamiento jurídico. Es decir, lo que explica que se justifique la conducta del que obra en legítima defensa es que, a la vez que está defendiendo derechos individuales (suyos o de un tercero), está también defendiendo el orden jurídico en global, pues está impidiendo con su actuación un acto ilícito.

- Cuando yo impido que una persona viole a otra, no sólo estoy defendiendo la libertad sexual de la víctima, sino además impidiendo que un violador se salga con la suya. Estoy así actuando como un policía.

Debe tenerse muy en cuenta que la legítima defensa supone una excepción a un principio básico de la justicia penal: nadie puede tomarse la justicia por su propia mano. Esto es, si existe un aparato de justicia penal (policías, fiscales, jueces, prisiones, etc.) es precisamente para que este sistema monopolice la violencia y así sea el encargado de proteger los derechos o lesionar los derechos de aquellos que no respeten las normas. Una prueba de la existencia de este principio en nuestro sistema penal, la tenemos en el delito del art. 455 CP (el delito denominado “*realización arbitraria del propio derecho*”):

Artículo 455.

1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos.

Como puede observarse, aunque yo tenga derecho a algo, no puedo tomarme la justicia por mi mano y actuar “fuera de las vías legales”. Si alguien me roba la bicicleta y posteriormente me entero de quién me la ha robado, no puedo entrar por la fuerza en su casa para llevármela o amenazarle o agredirle para que me la devuelva: debo acudir al sistema de justicia penal.

Pues bien, como decíamos, la legítima defensa es una institución que supone una excepción temporal de este principio relativo a que nadie puede tomarse la justicia por su propia mano. ¿Por qué? Pues obviamente porque debido a la urgencia de la situación el sistema de justicia no puede ampararnos y por ello se permite excepcionalmente a los ciudadanos que actúen como policías.

Requisitos:

1. Agresión Ilegítima.

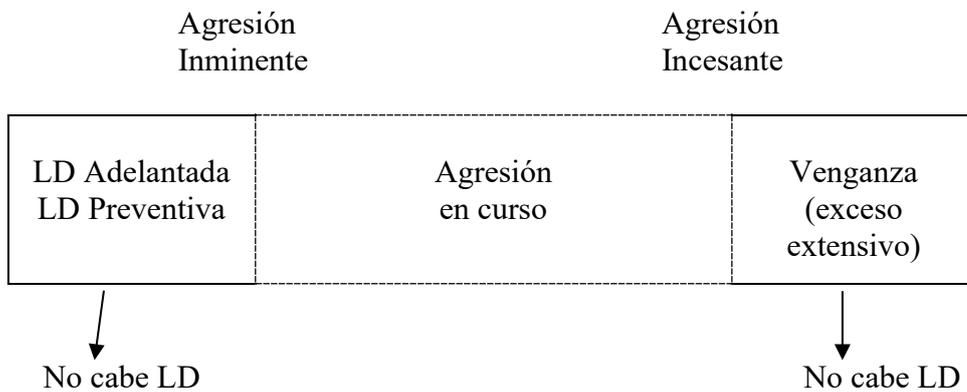
El primer y esencial requisito de la legítima defensa es la existencia de una agresión ilegítima. La ley penal nos permite defender nuestros derechos o los de un tercero siempre que estemos ante una agresión ilegítima. Para comprender bien este requisito hay que subdividirlo en ciertos elementos:

* Elementos de la agresión ilegítima:

- i) *Conducta humana.* Se entiende por agresión una conducta por parte de un tercero que atenta contra bienes e intereses de otra persona. No debe limitarse a ataques o agresiones físicas, pues también se admite la defensa frente a ataques contra el honor (insultos, por ejemplo). Se excluyen por ello de la eximente de legítima defensa los ataques de animales (que no obstante pueden ser repelidos utilizando otra eximente: el estado de necesidad).

Especialidad en caso de defensa de los bienes y la morada (art. 20.4 primero): En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas.

- ii) *Ilegítima*: “sin derecho” = antijurídica = no justificada. En resumen, una agresión ilegítima es aquella que no está, a su vez, justificada. Cabe, por tanto, en principio, legítima defensa frente al ataque de un enajenado mental (esto es, alguien exento de pena por concurrencia de una causa de inculpabilidad pues su conducta no está amparada por una causa de justificación), aunque esta es una cuestión discutida en la doctrina penal.
- iii) *Actual o inminente*: la agresión ilegítima frente a la que reaccionamos debe ser actual o inminente. Con ello se plantea el delicado tema de la delimitación temporal de la LD. Esquemáticamente:



Como puede apreciarse en este esquema podemos defendernos en cuanto la agresión sea inminente (esto es, no hay que esperar que la agresión ya haya dada comienzo pues ello podría implicar el riesgo de ya no poder defenderse: si alguien viene corriendo hacia mí con un cuchillo en la mano gritando “te voy a matar” yo no tengo por qué esperar a que me aseste la primer puñalada para comprobar fehacientemente que estamos ante una agresión ilegítima...puedo defenderme antes de ello pues la agresión es inminente). Y puedo seguir defendiéndome mientras la agresión siga teniendo lugar y hasta que finalice por completo. Si una vez finalizada por completo la agresión, lesiono bienes jurídicos del agresor entonces se entiende que ya no me estoy defendiendo...me estoy vengando; y la legítima defensa no ampara la venganza. Los casos más complejos son aquéllos en los que una persona se defiende ante una agresión futura, esto es, que todavía no es inminente. Doctrina penal y jurisprudencia consideran que no cabe legítima defensa frente a una agresión futura, debiéndose aquí acudir a las autoridades para denunciar la agresión que se va a padecer en un futuro.

iv) Real: la agresión de la que nos defendemos debe ser real, esto es, no meramente imaginada. Los supuestos en los que una persona se defiende ante una agresión imaginada reciben el nombre de “legítima defensa putativa”

- ejemplo: a las 3 de la madrugada oigo ruidos en la puerta de mi casa, como si alguien intentara forzar la cerradura. Pensando que es un ladrón abro repentinamente la puerta y lo golpeo con un palo. Resulta que era el vecino de arriba que volvía de una noche de juerga, bebido, y que se había equivocado de piso.

Cuando reacciono frente a una agresión que no es real no hay legítima defensa. Se trata de un *error en los presupuestos objetivos de las causas de justificación*, que el TS considera que debe tratarse con las reglas del error de prohibición (art. 14.3 CP: si el error es invencible se eximirá de pena, si el error es vencible se castigará de forma atenuada).

- Puede consultarse la STS 22-9-2016 para un supuesto de legítima defensa putativa: unos mossos d’esquadra de paisano están deteniendo a una persona, y el hermano de ésta, creyendo que se trataba de unas personas que querían secuestrarlo, saca un cuchillo y apuñala a uno de los policías.

* El primer requisito de la legítima defensa (la existencia de una agresión ilegítima) es el requisito esencial. Si no se da este requisito (falla cualquiera de sus elementos) no cabe legítima defensa completa ni incompleta (art. 21.1 CP). Se denomina legítima defensa incompleta (y en general eximente incompleta) a aquellos casos en los que cumpliéndose el requisito básico de la eximente (en nuestro caso la agresión ilegítima), falta alguno de los otros elementos. La eximente incompleta es una atenuante privilegiada que rebaja la pena en uno o dos grados (art. 68 CP).

2. Necesidad Racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

El segundo requisito de la legítima defensa es la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. No es un requisito esencial, por lo que si no concurre (supuesto que se denomina “exceso intensivo en la LD”) cabe aplicar legítima defensa incompleta.

Hay que diferenciar entre “necesidad de la defensa” y “necesidad del medio de defensa”. Necesidad de la defensa existe cuando se cumplen los límites temporales de la legítima defensa que hemos visto anteriormente. Necesidad del medio empleado se refiere al medio defensivo concretamente utilizado para impedir o repeler la agresión.

Hay que tener muy en cuenta que la ley penal habla de “*necesidad racional*” de la defensa. Ante ello, la doctrina penal es unánime en el sentido de que la legítima defensa no exige proporcionalidad entre los medios de ataque y defensa. En este sentido, se acostumbra a decir que razonable sería aquella defensa idónea (la huida no es exigible), que sea la más benigna de las varias clases de defensa posibles (empleo medio menos lesivo), y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir el daño (valoración circunstancias personales, de lugar, tiempo, etc.). Por tanto, si me atacan con los puños y yo tengo un arma blanca para defenderme la podré usar dependiendo de las circunstancias (por ejemplo, no será racional utilizar el arma blanca si me intenta agredir una persona muy borracha que apenas se tiene en pie y que con un

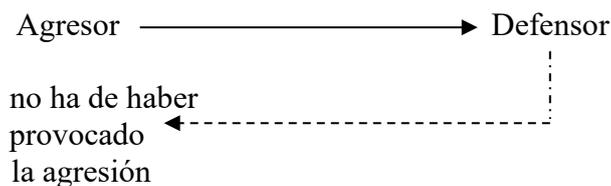
esfuerzo mínimo podría esquivar o empujar; pero sí sería razonable utilizar si me ataca una persona con una gran fortaleza física que con sus puños podría causarme graves lesiones).

Para limitar el alcance de la legítima defensa, la doctrina penal se remite también a las denominadas “restricciones ético-sociales de la LD”; esto es, que aunque una persona tenga derecho a defenderse debe limitar su defensa a lo estrictamente necesario y si lo necesario en un caso concreto es muy lesivo debe quizás abstenerse de defender sus bienes (se pone aquí el ejemplo de una persona cuyo único medio para evitar un leve hurto es disparar a matar al ladrón: ¿es lícito en estas circunstancias matar al que amenaza levemente mi propiedad? Muchos autores consideran que no, remitiéndose para ello al art. 2 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, que sólo autoriza la causación de la muerte para cuando está en juego la propia vida).

Vid. un interesante caso en el que se discute la racionalidad de la defensa en la STS 19-4-2023.

3. Falta de Provocación Suficiente por parte del defensor.

El tercer requisito de la legítima defensa hace referencia a la “*Falta de provocación suficiente por parte del defensor*”; es decir, se exige que quien alegue legítima defensa no haya provocado de forma suficiente la agresión. Esquemáticamente:



De nuevo, éste no es un requisito esencial, por lo que si falla seguiremos pudiendo aplicar la legítima defensa incompleta.

El problema más delicado es obviamente determinar la “suficiencia” de la provocación. Hay que pensar que la provocación no puede llegar hasta el punto de ser ya una agresión, pues si es así ya no habrá ni legítima defensa incompleta (ejemplo: Juan insulta repetidamente a Pedro y Pedro para evitar que Juan le siga insultando le da una bofetada; ante tal bofetada Juan agrede con un palo a Pedro. En este caso es obvio que Juan no puede invocar legítima defensa contra Pedro cuando le agrede con un Palo, pues no sólo provocó tal agresión, sino que lo que hizo (insultar a Pedro) ya era una agresión, en este caso al honor, por lo que Juan no puede beneficiarse ni con legítima defensa incompleta).

Pero por otro lado no puede caber como provocación cualquier cosa (ejemplo: Juan se cruza con Pedro que lleva una camiseta de un determinado equipo de fútbol. Juan, que es seguidor de otro equipo de fútbol se siente provocado por tal camiseta y le da un puñetazo a Pedro, que para evitar seguir siendo agredido le propina a su vez un golpe a Juan. En este caso es evidente que quien actúa en legítima defensa es Pedro y que el hecho de llevar una camiseta de un determinado equipo de fútbol no puede interpretarse como una provocación).

Por tanto, por provocaciones suficientes habrá que entender aquello que sin llegar a ser una agresión puede interpretarse razonablemente con una conducta de desafío o enfrentamiento a otra persona, que lleva a ésta a reaccionar.

4. Elemento subjetivo en la LD: la persona ha de saber que se está defendiendo de una agresión ilegítima.

Por último, aunque no se especifique en el art. 20.4 CP doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que sólo obra en legítima defensa aquella persona que sabe que está reaccionando frente a una agresión ilegítima.

- Ejemplo: Juan ve a Pedro, con lo que lleva mucho tiempo enemistado, en la esquina de una calle. Con el ánimo de lesionarlo se dirige hacia él y lo agrede con un palo, sin saber que en ese momento Pedro estaba atacando a una viejecita.

Existiendo acuerdo en que Juan no podría ampararse en la eximente de legítima defensa, en la doctrina penal se discute sin embargo sobre el tratamiento de estos casos.

- Para algunos, es un caso de legítima defensa incompleta, por faltar un requisito. Por lo tanto, se propone solucionar estos casos por la vía del art. 21.1. CP
- Para otros, lo lógico en estos casos es castigar a Juan por tentativa de delito (en nuestro caso por tentativa de lesiones). Se defiende esta solución porque se considera que no hay un desvalor de resultado (ya que objetivamente se evitó un atraco y por tanto el resultado final: salvar a la viejecita del atraco, se valora positivamente), sino sólo un desvalor de la acción (el ánimo de Juan no era salvar a la viejecita sino lesionar a Pedro), por lo que el caso es análogo a una tentativa de delito.

EL ESTADO DE NECESIDAD: art. 20.5 CP.

“Están exentos de responsabilidad criminal (...)

5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

El fundamento de la eximente de estado de necesidad es similar a la legítima defensa por lo que respecta a la necesidad de protección de un B.J. ante un peligro. En ambas eximentes se defienden bienes jurídicos frente a su posible lesión. La diferencia con la legítima defensa es que en el estado de necesidad no existe una agresión ilegítima, sino que el peligro proviene de otra fuente (ya sea el ataque de un animal, un ataque de una persona que no sea una agresión ilegítima o un fenómeno de la naturaleza).

Por tanto, dependiendo del origen del peligro la persona actuará amparada por legítima defensa o estado de necesidad.

Ejemplo: si estoy en mi casa cocinando y de repente se genera un fuego que amenaza con destruir mi casa y acabar con mi vida y la de mis hijos, y yo sé que mi vecino tiene un extintor ¿puedo entrar sin su permiso en su casa para cogerle el extintor para apagar el fuego? Si efectivamente

entro en su casa sin su permiso estoy cometiendo un delito de allanamiento de morada (y daños si para ello he tirado la puerta de su casa abajo), pero no puedo alegar legítima defensa porque mi vecino no es responsable del fuego de mi casa ni por tanto su conducta es de alguna manera una “agresión ilegítima”. Pero yo he obrado, según dice el art. 20.5 para evitar un mal (riesgo para mi vida y de mis hijos), lesionando un bien jurídico de otra persona (he lesionado la intimidad y propiedad de mi vecino); por tanto, he obrado en estado de necesidad.

Como puede verse en este ejemplo, la diferencia esencial entre la legítima defensa y el estado de necesidad es que en la legítima defensa los implicados no están en la misma posición frente al Derecho (porque hay un “agresor” que actúa contra el Derecho, y un defensor, que según decíamos, defiende sus derechos y al ordenamiento jurídico). Por eso decíamos que en la legítima defensa no se exige proporcionalidad entre el ataque y la defensa. Pero todo ello cambia en el estado de necesidad: en el estado de necesidad nos encontramos con dos personas que están en la misma posición frente al Derecho (no hay agresor ni agredido): hay una persona que ve cómo determinados bienes (suyos o de un tercero) están en peligro, y para salvarlos realiza una conducta que afecta a bienes de terceras personas. Terceras personas que no tienen ninguna culpa de la situación y que por ello bien podrían protestar por tal uso de sus bienes. Por tanto, si se ampara a quien obra en estado de necesidad es porque en últimas se impone un *deber de solidaridad* sobre determinados bienes, cuando no imponerlo equivaldría a la pérdida de bienes más valiosos. Es por ello que en la eximente de estado de necesidad sí hay un requisito, según veremos, que exige proporcionalidad entre los bienes en peligro.

Naturaleza jurídica de la eximente de estado de necesidad. En la doctrina penal existe una vieja e inacabada discusión sobre si los dos tipos de constelación que abarca la eximente son causa de justificación o sólo una de ellas lo es. Nos explicamos: según la dicción del art. 20.5 es posible obrar en estado de necesidad siempre “*que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*”. Esto es, cabe que:

- Se cause un *mal menor* que el que se trata de evitar (el ejemplo que hemos puesto: se causa un mal en la propiedad e intimidad de mi vecino para evitar mi muerte y la de mis hijos)
- Se cause un *mal igual* que el que se trata de evitar (el ejemplo clásico de la “tabla de Carneades” de KANT: dos náufragos luchan por ocupar el último lugar en un bote salvavidas y para ello uno empuja al otro hasta ahogarlo)

Gran parte de la doctrina penal defiende la denominada “*teoría de la diferenciación*”, según la cual, el estado de necesidad es causa de justificación sólo cuando se evita un mal mayor. Cuando se causa un mal igual que el que se evita (casos vida contra vida), no se puede justificar la conducta, sino meramente declararla inculpable pues no hay aquí un interés preponderante. Por el contrario, para los partidarios de la “*teoría de la unificación*” todo caso de estado de necesidad está justificado, también cuando entran en colisión males de la misma entidad.

Requisitos de la eximente:

- a) Existencia de una situación de necesidad. Este es el requisito esencial de esta eximente. Se entiende por situación de necesidad:
 - a.1.) una situación de peligro para un BJ (propio o ajeno), grave, actual y real (si no es real estamos ante un estado de necesidad putativo = legítima defensa putativa)
 - a.2.) que haya necesidad de lesionar un BJ ajeno. Esto es lo que se conoce como la *subsidiariedad* del EN. Es decir, sólo se puede actuar en EN cuando no existe otra vía

para conjurar el peligro (si, en nuestro ejemplo, yo tengo en mi casa un extintor, es obvio que no puedo hacerme con el del vecino lesionando sus bienes jurídicos).

- Un ejemplo real: una persona es acusada del delito de conducción tras haber sido privado del mismo (art. 384 CP), y en su defensa alega estado de necesidad porque condujo su coche para llevar a su mujer al hospital. En este caso, para eximir de pena por EN habrá que valorar: a) el peligro ante el que se enfrentaba su mujer (obviamente no es lo mismo si iba meramente a hacerse una radiografía programada hace tiempo o era una situación de urgencia vital porque su mujer había sufrido un accidente en casa); b) la existencia de otras vías para evitar el peligro (esto es, ¿se podía haber llamado a una ambulancia o un taxi antes de coger el vehículo propio?).
- b) Proporcionalidad: “*mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*”. Este es el requisito de proporcionalidad de la eximente. Hay que tener cuidado porque nuestro código penal habla de comparación de males, no de bienes jurídicos. Por tanto, los criterios de comparación de males son más complejos que la mera referencia a los bienes jurídicos en juego. Entre ellos:
- i. entidad de los BJ en juego
 - ii. intensidad lesión (no es lo mismo una lesión grave que otra menos grave, o una pérdida muy importante de la propiedad frente a una leve lesión de la propiedad)
 - iii. probabilidad lesión (no es lo mismo un mal seguro que uno meramente probable)
 - iv. Por último, en la doctrina penal se discute la existencia de algunos principios correctores (principio dignidad y autonomía de la persona); para evitar casos como los del “trasplante forzado” o casos en los que se juegue con vidas humanas como si fueran números
- Se conoce como caso del “trasplante forzado” el siguiente supuesto: un paciente necesita un trasplante de riñón para no morir, y como una persona puede vivir con un solo riñón pues el doctor anestesia a una persona que está en el hospital visitando a un familiar para extraerle el riñón (se le lesiona su integridad física para salvar una vida). Este tipo de casos se considera que no puede quedar amparado por la eximente de estado de necesidad.
- c) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto
- Se exige provocación *intencionada* (no meramente imprudente) de la *concreta* situación de necesidad
 - El código penal habla de que la situación no haya sido provocada “por el sujeto”; pero ¿qué sujeto, el auxiliador o necesitado? La doctrina mayoritaria entiende que se refiere al auxiliador.
- d) Inexistencia del deber jurídico de afrontar el peligro por parte del necesitado: este requisito está pensado para que no se ampare en esta eximente aquella persona que por su profesión debe afrontar ciertos peligros, no pudiendo así lesionar otros bienes jurídicos para evitar esos peligros (se suele aludir aquí al ejemplo de policías o bomberos, que para esquivar el peligro no pueden lesionar bienes jurídicos ajenos)

- e) El elemento subjetivo en el EN. Igual que en el caso de la legítima defensa, también se exige para obrar en estado de necesidad que la persona sea consciente de la situación de peligro y obre precisamente para evitarlo.

C) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER JURÍDICO / EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO: art. 20.6 CP.

El fundamento de esta eximente es la unidad del ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta eximente trata de solucionar un posible conflicto de leyes, entre una prohibición penal (tipicidad) y la normativa extra-penal que concede un permiso o impone un deber de actuar a una determinada persona.

- Ejemplo: un policía tiene la obligación de detener a los delincuentes que estén cometiendo un delito in fraganti. Si para ello necesita hacer uso de fuerza y causa una lesión al delincuente, no sería coherente que el mismo ordenamiento prohibiera la conducta que a la vez exige (siempre, eso sí, según veremos, que el policía emplea la fuerza mínima necesaria).

Esta eximente abarca dos subtipos: a) el cumplimiento de un deber; y (2) el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

C.1.) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

* El supuesto típico que genera discusión en la práctica penal es el de los deberes derivados del ejercicio de un cargo público. En concreto, los casos de la actuación de la policía. Hay que tener muy en cuenta que las condiciones de ejercicio de la actuación policial están reguladas por ley, por ejemplo, sobre el deber de uso de la fuerza hay que consultar el art. 5. d) de la *Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*:

- c) 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.

Sobre la posible aplicación de esta eximente en el contexto de la actuación policial es instructiva la reciente STS 16-2-2022 (RJ 2022/1727). En esta sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

Sobre las 2:00 horas del día 12 de abril de 2017, la Emisora Directora de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid comisionó a la patrulla Policía Municipal formada por los funcionarios con carnet profesional NUM000 y NUM001 para que acudieran al bar Delfín, sito en la calle San Delfín nº 6 de Madrid de donde al parecer procedían ruidos por los que se habían quejado vecinos de la zona. Los funcionarios de Policía Municipal entraron en el citado bar Delfín pidiendo a sus encargados les mostrasen la documentación del establecimiento para proceder a levantar acta de denuncia por encontrarse el bar abierto fuera del horario de apertura permitido. En esas circunstancias, parte de los clientes del bar protestaron por la actuación policial diciéndoles a los agentes que dejaran tranquilos a los responsables del bar y les dejaran continuar celebrando el resultado del partido de fútbol antes jugado. Uno de los clientes de bar, Juan, entró al servicio y, al salir, continuó recriminando la actuación

de los agentes policiales, pidiéndoles a los agentes que se identificaran, contestándole los agentes que la placa con el número aparecía en sus uniformes, y como el agente n° NUM001 consideró que don Juan le estaba entorpeciendo la actuación policial, éste agente le pidió a Juan le enseñara la documentación, contestándole Juan que no se identificaba y que se iba, haciendo ademán de marcharse, momento en que el agente n° NUM001 le cogió del brazo indicándole que si no se identificaba quedaba detenido, sujetándole del brazo y del cuello para que no se marchara del local. La actuación del agente n° NUM001 fue vista por el resto de clientes que se encontraban en el bar, recriminando con más energía la actuación policial y gritándoles a los agentes que soltaran a Juan, llegando Juan a tranquilizarse y, ya sin forcejear con el agente, cogiendo un papel Juan, procedió a apuntar los números de placa de los agentes policiales. Segundo.- Como los clientes del bar seguían recriminando la actuación que los funcionarios policiales habían tenido con Juan, gritándoles para que le soltaran, el agente n° NUM000 -el acusado Eulogio- se puso entre el agente n° NUM001 que continuaba junto a Juan y el resto de clientes, pidiéndoles que salieran todos del bar, y como continuaban los gritos e increpaciones de los clientes contra la actuación de los agentes, el funcionario acusado n° NUM000 (Eulogio) sacó una porra extensible diciéndoles a los clientes que salieran todos del bar y, como seguían censurando la función policial, el funcionario acusado n° NUM000 (Eulogio), de un golpe seco desplegó la porra extensible, y sin ser necesario para desarrollar su función policial -a pesar de que los clientes iban saliendo del bar por una puerta no demasiado grande- el acusado golpeó con la porra extensible a Jose Manuel en la rodilla y, de forma inmediata, con la misma porra desplegada, a Felicísima sobre la parte derecha de la cabeza, a la altura de la oreja derecha, cayendo ésta al suelo, perdiendo el conocimiento y sangrando abundantemente por la oreja. Tercero. 1.- Como consecuencia de la agresión causada por el funcionario acusado n° NUM000 (Eulogio) a don Jose Manuel, éste sufrió una contusión en la rodilla izquierda con equimosis de 12 x 4 cm, que precisó de una primera asistencia y que tardó en curar 5 días no impositivos. 2.- Como consecuencia de agresión realizada por el funcionario acusado n° NUM000 (Eulogio) contra doña Felicísima ésta sufrió una herida con exposición y fractura del cartilago de concha del pabellón auricular derecho, cuya curación requirió, además de una primera asistencia facultativa, de sutura de la herida con cuatro puntos bajo anestesia local, siendo el tiempo de curación de 12 días, todos ellos impositivos para el ejercicio de sus ocupaciones habituales, generándose como secuela una pequeña cicatriz de 1 cm. en el cartilago auricular"

La sentencia de instancia condenó al policía como autor de un delito de lesiones, y el TS desestima su recurso (en el que, entre otras cosas, solicitaba la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber), recordando la propia jurisprudencia del TS sobre este tema:

Señala al respecto esta Sala del Tribunal Supremo en SSTS 1401/2005 de 23 de noviembre (RJ 2006, 182), 778/2007 de 9 de octubre (RJ 2007, 6298), 1010/2009 de 27 de octubre (RJ 2009, 5999) que: "Hemos dicho que: cuando se trata de actuaciones de agentes de la autoridad, como aquí se trata, estos tienen no solo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva "con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un gran daño, inmediato e irreparable", pero al mismo tiempo "rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad", como dice el apartado c) del art. 5.4 Ley Orgánica 2/86 de 13.3 (RCL 1986, 788), 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".

Conforme a tales normas y directrices para que la actuación del agente pueda considerarse justificada se requiere 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 su 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;
- 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 lado, 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 las 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.

Bien entendido que no se requiere que el desencadenante de la acción del funcionario sea una agresión ilegítima, bastando con que el agente se encuentre ante una situación que exige intervención para la defensa del orden público en general o para defensa de intereses ajenos por los que deben velar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, matizándose que no es situable en el mismo plano la persecución de quien ha cometido un grave delito que la represión in situ de comportamientos leves""

Por ello se ha distinguido entre la necesidad de actuar violentamente entendida en "abstracto" y la considerada en "concreto", de tal manera que cuando no existe la primera no cabe hablar ni de eximente completa ni de incompleta, mientras que en la otra sí cabe apreciar esta última. Y con carácter general esta Sala, según recuerda la STS 29.2.92 (RJ 1992, 1508) que "tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar justificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que, es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso y alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad.

(...)

Frente al alegato de la necesidad en su actuación, los acontecimientos que se declaran probados no evidencian la necesidad del empleo de la fuerza, y la agresión directa queda probada sin que tal conducta fuera exigible para una defensa de su persona y/o de su compañero. No concurren, por ello, ex art. 849.1 LECRIM los requisitos para la apreciación de la eximente.

* Hay que tener en cuenta también que los funcionarios públicos tienen el deber, si se cumplen ciertos requisitos, de cumplir incluso órdenes ilegales (siempre que tal ilegalidad no se manifiesta, clara y terminante). Es lo que se conoce como la "obediencia debida", que eximiría al funcionario por cumplimiento de tal deber (de obediencia). Vid. en este sentido el art. 410 CP que regula el delito de desobediencia y denegación de auxilio:

Artículo 410.

1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

* Se discute si existe obediencia debida en el ámbito familiar o laboral. Esto es, si puede ampararse en esta eximente el subordinado laboral que incumple una orden de su jefe que implica un delito, o el hijo que comete un delito por orden de su padre. La doctrina penal lo niega. Esto es, no hay en estos casos obediencia debida, sin perjuicio de que la actuación del subordinado o del hijo pueda ampararse en otras eximentes (estado de necesidad, miedo insuperable, error)

C.2.) EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO / OFICIO / CARGO.

La segunda modalidad de esta eximente que recoge el art. 20.7 es el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. En la práctica, los supuestos más problemáticos son los siguientes:

* El llamado “derecho de corrección” de padres y tutores respecto a hijos / pupilos que se encuentren bajo su patria potestad o tutela.

Dicho “derecho de corrección” estaba contemplado en el art. 154.2 Código Civil, que decía (énfasis añadido):

Artículo 154.

Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.

El problema es que este último inciso fue derogado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (disposición final primera de esta ley), y desde ese momento se discute si tal derogación supone que ha desaparecido el derecho de corrección de padres respecto a hijos y por tanto ya no cabría amparar en esta eximente de ejercicio de un derecho determinadas conductas de los padres que antes cabían en tal eximente (cachetes, lesiones leves). Esta es una cuestión discutida en la jurisprudencia reciente.

- Sobre el derecho de corrección de padres respecto a sus hijos puede consultarse la STS 8-1-2020 (RJ 2020/5686) que hace un detallado estudio de la cuestión:

...hemos de partir de la premisa, destacada por la doctrina científica de que la historia de la patria potestad constituye, en conjunto, un proceso de debilitación de la autoridad paterna, puesto que, concebida ésta antiguamente como un poder sobre los hijos ejercido por los padres, ha pasado a ser contemplada como un servicio, una función de los padres en beneficio de los hijos, cuyos actos deben estar dominados y encaminados siempre al interés del menor que, como consecuencia de la ratificación por España de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20-11-1989, eleva la legislación en la materia, a interés preferente.

(...)

En consecuencia, siempre esa posibilidad de corregir está supeditada a la proporcionalidad, razonabilidad y moderación. Por tanto debe descartarse como línea de principio que ese mencionado derecho a corregir a los hijos implique siempre que pueda golpeárseles y aplicarles castigos físicos.

Corregir significa, en la acepción que aquí nos interesa y según el Diccionario de la Lengua, advertir, amonestar, reprender, conceptos que suponen que el fin de la actuación es conseguir del menor que se porte bien, apartarse de una conducta incorrecta, educarle, en definitiva. Y si en tiempos pasados se pensó que un castigo físico podía quedar incluido en este concepto, hoy en día las cosas han cambiado, y los profesionales de la educación están de acuerdo en que los castigos físicos no son pedagógicos y solo sirven para extender y perpetuar conductas violentas.

(...) De manera que el término de corrección ha de ser asumido como sinónimo de educación, con referencia a las connotaciones que conforman de forma intrínseca cada proceso educativo, no pudiéndose considerar como tal el uso de la violencia para fines educativos, por un lado por la primacía que el ordenamiento jurídico atribuye a la dignidad de la persona, incluido el menor, que es sujeto y titular de derechos. Por otro porque no se puede perseguir como meta educativa un resultado de desarrollo armónico de la personalidad, sensible a los valores de paz, tolerancia y convivencia utilizando un medio violento que contradice dichos principios.

Por ello, y como norma de principio, estimamos que las violencias físicas constitutivas de infracción penal no pueden ser admitidas como algo digno de ser incluido en la circunstancia eximente invocada.

En conclusión, debe considerarse que el derecho de corrección, tras la reforma del art. 154.2 in fine C.Civil (LEG 1889, 27), sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el art. 39 CE (RCL 1978, 2836) y como contrapartida al deber de obediencia de los hijos hacia sus padres, previsto en el art. 155 C.Civil (LEG 1889, 27), únicamente de este modo, los padres pueden, dentro de unos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos. Si consideráramos suprimido el derecho de corrección y bajo su amparo determinadas actuaciones de los padres tales como dar un leve cachete o castigar a los hijos sin salir un fin de semana, estos actos podrían integrar tipos penales tales como el maltrato o la detención ilegal.

Por lo tanto, tras la reforma del art. 154.2 C.Civil (LEG 1889, 27), el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia. Cosa distinta es la determinación de su contenido y de sus límites tras la supresión formal del mismo.

Es por ello y por la progresiva dulcificación de la patria potestad que viene siendo una constante en los últimos tiempos que cada caso concreto debe ponerse en consonancia con la evolución y la interpretación de las leyes con atención a la realidad social del tiempo en que apliquen a tenor de lo establecido por el art. 3.1 del C.Civil (LEG 1889, 27).

En este sentido los comportamientos violentos que ocasionen lesiones -entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito- no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles.

(...)

Aplicando la doctrina jurisprudencial al presente caso, en los hechos declarados probados se constata que el acusado propinó a su hijo una bofetada en la cabeza de entidad suficiente para causarle lesiones en oreja derecha y labio inferior, lo que determina la relevancia penal de dicha conducta de golpear por razón de su tipicidad ex art. 153 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777), infiriéndose el dolo en la propia actuación desarrollada por el acusado consistente en el golpe propinado, no amparado por dicho derecho de corrección, y no teniendo amparo en el ejercicio de la patria potestad, por tratarse de actos violentos que menoscaban la integridad física.

* Ejercicio de la profesión médica: la doctrina penal considera que todo tratamiento que tenga una finalidad curativa ya no es siquiera un comportamiento típico (de lesiones). El problema se plantea con aquellas intervenciones no curativas, por ejemplo, las intervenciones de cirugía estética. En estos casos se discute si estas intervenciones están justificadas ya por el consentimiento del paciente o por el ejercicio legítimo de la profesión médica.

CAPÍTULO VIII. LA CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad es la tercera categoría del delito, y como tal, en ella se realiza una tercera valoración del hecho:

- Tipicidad: analizamos si el comportamiento de una persona es subsumible en un tipo penal. Y según vimos, la base del tipo penal es la *afección a un bien jurídico* protegido penalmente.
- En la antijuricidad se trata de analizar si dicha afección del bien jurídico es, además, *contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto* (contraria a Derecho = anti-jurídico). Este análisis, en la práctica, implica comprobar que en el caso en cuestión no concurre ninguna causa de justificación.
- En la culpabilidad: se trata ahora de realizar una ulterior valoración del hecho que ya sabemos que es típico y además contrario al ordenamiento jurídico. Aun así, el hecho (típico y antijurídico) puede quedar exento de pena por ausencia de culpabilidad de la persona. En la culpabilidad se analizan así aquellas *circunstancias que impiden hacer penalmente responsable a una persona por la realización de un hecho típico y antijurídico*. Obviamente, ello ocurre sólo en casos excepcionales, que se agrupan bajo la categoría de las causas de inculpabilidad. Por ello, en la práctica el análisis de la culpabilidad implica comprobar que en nuestro caso no concurre ninguna causa de inculpabilidad.

RESUMEN:

Hecho típico + ausencia de causas de justificación = hecho típico y antijurídico

Hecho típico + causa de justificación = hecho típico pero no antijurídico

Hecho típico + ausencia de CJ + ausencia de CI = hecho típico, antijurídico y culpable

Hecho típico + ausencia de CJ + causa de inculpabilidad = hecho típico, antijurídico pero no culpable

El fundamento de las causas de inculpabilidad: en la doctrina penal se ha discutido vivamente cuál es el fundamento común de las causas que impiden declarar penalmente responsable a una persona por la comisión de un hecho típico y antijurídico. Básicamente se han presentado tres posturas sobre este tema:

- El “poder actuar de otro modo”: culpabilidad implica posibilidad de actuar de otro modo. Con ello, el fundamento de las causas de inculpabilidad sería así la imposibilidad de actuar de otro modo de la persona (ejemplo: el enajenado mental es una persona que no puede actuar de otro modo). La crítica clásica a esta posición es que implica asumir el indemostrable postulado del “libre albedrío”. Esto es, cuando decimos que alguien es culpable porque podía haber actuado de otro modo,

esto ¿cómo lo sabemos?, ¿no supone asumir que los seres humanos son seres libres y racionales cuando sabemos que hay multitud de condicionantes en su conducta?

- Por esta razón, algunos prefieren hablar, antes que de “posibilidad de actuar de otro modo” de la posibilidad de “motivabilidad normativa”: culpabilidad implica la “asequibilidad normativa” (esto es, que el individuo puede recibir el mensaje normativo). Con ello, el fundamento de las causas de inculpabilidad sería la imposibilidad de que la norma penal cumpla su función de mensaje dirigido al ciudadano (ejemplo: al enajenado mental no le puede llegar el mensaje normativo del homicidio “Prohibido matar”, pues carece de las facultades psíquicas para comprender dicho mensaje)
- Otros, por el contrario, prefieren aludir a la idea de “exigibilidad”: culpabilidad implica exigibilidad de otra conducta. Con ello, el fundamento de las causas de inculpabilidad sería la inexigibilidad de otra conducta al ciudadano (ejemplo: a un enajenado mental el ordenamiento penal no le puede exigir que se comporte conforme a derecho).

Al final, en realidad, de una u otra forma está claro que el juicio de culpabilidad implica un reproche a una persona por haber vulnerado la ley penal. Este reproche evidentemente sólo es posible si partimos de la base de que la persona ha vulnerado la ley pudiendo no hacerlo, esto es, pudiendo respetar la norma penal. Por ello, aunque nos centremos en el aspecto normativo (que el mensaje normativo pueda ser captado por la persona), es evidente que se trata no solo de captar y comprender el mensaje normativo, sino también adecuar la conducta de acuerdo con él. Al final el Derecho Penal no hace sino reproducir la imagen que tenemos del ser humano, y esta imagen, hoy en día y hasta que las ciencias experimentales no nos digan otra cosa, es la de un ser racional y libre. Evidentemente con sus condicionantes externos, pero que en últimas es capaz de decidir cursos de acción alternativos y conducir su vida de acuerdo con tales decisiones.

- Los supuestos en los que se duda de que existan en realidad cursos de vida alternativos (imaginemos el caso de un joven que ha nacido en una favela brasileña donde carece de las más mínimas alternativas de ganarse la vida dignamente porque no existe ni educación, ni seguridad ni salud y por ello se enrola en una banda criminal) podrían por ello poner en duda la presencia de dicho reproche y con ello de la culpabilidad de la persona. Veremos que en nuestra ley penal hay alguna eximente que podría servir para discutir estos casos de grave exclusión social

Elementos de la culpabilidad. Sobre la base del fundamento del reproche de culpabilidad (posibilidad de comportarse conforme a la ley o posibilidad de captar y comprender el mensaje normativo) se desprenden diferentes elementos o componentes de la categoría, que serían los siguientes:

- Imputabilidad (capacidad de comprender lo injusto del hecho y capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento) ----→ su ausencia da lugar a las causas de inimputabilidad
- Exigibilidad de otra conducta ----→ su ausencia da lugar a las causas de inexigibilidad

- Conciencia de la antijuricidad --→ su ausencia de lugar al error de prohibición (esto es, conocimiento de la prohibición)

Culpable es, por tanto, el comportamiento (típico y antijurídico) de una persona imputable, al que le era exigible otra conducta y era consciente de la prohibición de la conducta.

Efectos comunes de las causas de inculpabilidad:

- Impiden la imposición de una pena (responsabilidad penal) a la persona, pero algunas de ellas (causas de inimputabilidad) pueden ocasionar la imposición de una medida de seguridad (art. 95 y ss. CP)
- No impiden la imposición de responsabilidad civil (art. 118 CP)
- No impiden el castigo de los partícipes (principio de accesoriadad limitada de la participación)
- No impiden que la persona afectada por la acción del inculpable reaccione frente a ella mediante legítima defensa (porque el hecho es antijurídico)

* Por último hay que mencionar que, excepcionalmente, ciertos supuestos típicos, antijurídicos y culpables pueden no dar lugar a la imposición de una pena si concurre lo que se denomina una *causa de no punibilidad*. Estas causas son supuestos excepcionales en los que se exime de responsabilidad penal a determinadas personas por unos hechos delictivos concretos que son típicos, antijurídicos y culpables (ejemplo: art. 268 CP).

LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

A) Causas de inimputabilidad.

a. La enajenación mental y el trastorno mental transitorio (art. 20.1 CP).

Art. 20 CP. Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º 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.

El fundamento de esta causa de inimputabilidad es, tal y como establece el propio art. 20.1 CP, la incapacidad de la persona para “comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme esa comprensión”, debido a su estado mental. Dicha incapacidad puede ser permanente (enajenación mental) o transitoria (trastorno mental transitorio). Obviamente, en este ámbito el Derecho Penal se encuentra en gran parte condicionado por los conocimientos de la psiquiatría, pues será el informe pericial médico el que determinará el grado de conocimiento y comprensión de una persona (sobre el problema de su valoración en caso de informes

discrepantes vid. STS 16-4-2011). Las psicosis o esquizofrenias son algunos de los supuestos más habituales de exención de pena por concurrencia de esta causa de inimputabilidad.

Vid. así, por ejemplo la STS 1-10-1999 (RJ 1999/7594), sobre el efecto eximente de las psicopatías. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21-1-1999 (ARP 1999/789) sobre el efecto eximente de la oligofrenia.

Si la perturbación psíquica no tiene un efecto de privación total de la capacidad de la persona, pero sí muy relevante, se puede aplicar la eximente incompleta: art. 21.1 CP.

b. La intoxicación plena (art. 20.2 CP).

Art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal:

2.º 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 art. 20.2 CP reconoce el efecto eximente de la intoxicación producto del consumo de alcohol o drogas y del síndrome de abstinencia, pero lo cierto es que la relevancia de dicho consumo muy excepcionalmente alcanzará el nivel de la exención total de responsabilidad penal, pues para ello, tal y como el propio art. 20.2 CP reconoce, el efecto de la intoxicación habrá de ser pleno. Esto exigiría, según manifiestan los tribunales, una total privación de las facultades volitivas y cognitivas del individuo. Por ello, lo más normal es que la relevancia penal del consumo de alcohol o drogas sea meramente la de una causa de atenuación de la responsabilidad penal (vid. art. 21.2 y 21.7 CP), o más raramente la de una eximente incompleta (art. 21.1 CP).

Evidentemente, esta eximente plantea delicados problemas de prueba, pues deberá acreditarse el consumo de las sustancias y su efecto sobre las facultades de la persona en el momento de cometer el delito.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que esta eximente se encuentra sometida al régimen de la *actio libera in causa*: “siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión”

Vid. sobre los criterios para distinguir los efectos eximentes de la drogadicción la STS 4-3-2002 (RJ 2002/3726).

c. La alteración de la percepción (art. 20.3 CP).

Art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal:

3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

Esta curiosa eximente se basa en la distorsión de la conciencia de la realidad debido a alteraciones sufridas desde el nacimiento o la infancia. La doctrina penal señala que esta eximente, recogida desde nuestros primeros códigos penales, daba cobijo a la acción de invidentes o sordomudos, que debido a sus deficiencias tenían alterada la conciencia de la realidad. Sin embargo, parece que hoy en día no es posible sostener que las personas discapacitadas, por el simple hecho de serlo, presenten dicha alteración. Por ello, no es fácil encontrar supuestos en nuestros tribunales en los que se discuta la aplicación de esta eximente.

Vid. sin embargo, la STS 8-6-2000 (RJ 2000/5249) que discute la aplicación de esta eximente a un sordomudo acusado de un delito de tráfico de drogas. Y la interesante STS 20-9-1999 (RJ 1999/6859) en la que se le plantea al tribunal esta eximente en un caso de una persona cuya infancia estuvo marcada por el suicidio del padre, la drogadicción de la madre y el contacto con el mundo del hampa.

Recuérdese que estas causas de exención de la pena no impiden la aplicación de una medida de seguridad, si se dan sus presupuestos (art. 95 y ss. CP).

*** Por último, hay que recordar el régimen especial de los menores de edad: art. 19 CP y Ley de Responsabilidad Penal de los Menores de Edad –LO 5/2002-:

Artículo 19.

Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.

B) Causas de inexigibilidad de otra conducta: el miedo insuperable (art. 20.6 CP).

Doctrina y jurisprudencia consideran como causa de inexigibilidad la eximente reconocida en el art. 20.6 CP: la eximente de miedo insuperable.

Art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal:

6.º El que obre impulsado por miedo insuperable.

Esta es una eximente algo crítica porque ¿a qué se refiere la “insuperabilidad” del miedo? Existe acuerdo en que no puede tratarse aquí de un miedo “psicológicamente insuperable”, esto es, un miedo (casi una fobia) paralizante o que anula las facultades psíquicas de la persona. No puede ser este el miedo contemplado en el art. 20.6 porque entonces esta eximente sería superflua, ya que para los casos de alteraciones de las facultades ya tenemos las causas de inimputabilidad. Por ello, la doctrina penal considera que aquí se trata de una insuperabilidad normativa: es decir, insuperable es aquel miedo o temor ante una amenaza que no es exigible vencer, pues ello implicaría demandar a una persona que se comportase como un héroe.

- Por ejemplo: una persona secuestra a mi hija y me dice que si no le doy la clave de la caja fuerte del banco donde trabajo la matará. Evidentemente, yo podría no ceder al chantaje y no dar la clave...pero el ordenamiento penal no podría exigírmelo pues ello implicaría exigirme un heroísmo que no está al alcance del ciudadano común.

Con este ejemplo ya puede vislumbrarse el problema que, a su vez, debe afrontar una interpretación de la insuperabilidad del miedo en clave normativa y el consiguiente entendimiento de esta eximente (no como una causa de inimputabilidad sino) como una causa de inexigibilidad de otra conducta: ¿no está para estos casos la eximente de estado de necesidad? La respuesta a este dilema es la siguiente: la eximente de miedo insuperable sirve para cubrir aquellos casos que no podrían solucionarse vía eximente de estado de necesidad o legítima defensa, por faltar alguno de sus requisitos.

En el caso del estado de necesidad podríamos aplicar miedo insuperable cuando creamos que el mal causado es mayor que el evitado (vid. la STS 26-7-2012 que absuelve por aplicación de la eximente a acusadas de colaborar con banda terrorista ETA).

Y respecto la legítima defensa nuestro TS ha declarado ya en diversas ocasiones que se podría aplicar el miedo insuperable para cubrir un exceso en la defensa, esto es, en aquellos casos en los que aun existiendo una agresión ilegítima el agredido se excede por miedo en la defensa (vid. STS 31-10-2003, RJ 2003/7337).

C) El error de prohibición (art. 14.3 CP).

Aunque suele decirse que “la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento”, este axioma no es cierto en el caso del Derecho Penal, pues efectivamente, en ciertos supuestos, el desconocimiento de la prohibición es una causa de exención de la pena.

El precepto dedicado en el código penal a algunos de los supuestos de error más comunes es el art. 14 CP:

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.*

En el art. 14.1 se recoge el denominado error de tipo.

- *Error de tipo:* es un error sobre los elementos del tipo penal (art. 14.1 CP). Es decir, la persona desconoce que está realizando la conducta descrita en el tipo penal

Ejemplo: “caso del jabalí humano”: el cazador dispara creyendo hacerlo sobre un jabalí y en realidad resulta que es una persona agachada recogiendo setas: el cazador desconoce que está realizando la conducta descrita en el art. 138 CP. Ojo! no es que desconozca la prohibición penal (sabe perfectamente que matar es un delito), sino que desconoce ya de entrada que realiza la conducta descrita en el tipo (en concreto desconoce el elemento del tipo penal del art. 138 “a otro”: sabe que está matando pero no sabe que mata a otro, cree matar a un jabalí). Este error elimina el dolo, y su tratamiento penal se encuentra en el art. 14.1 CP: “*Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente*”. Es decir, si la persona pudiera haber evitado caer en el error de haber sido más cuidadoso entonces se le podrá castigar “en su caso” como autor del delito cometido en su forma de comisión imprudente. Es importante recalcar “en su caso”, esto es, sólo si existe la figura imprudente del homicidio. En nuestro ejemplo, como existe la figura del homicidio imprudente sí se podría castigar al cazador como autor de un homicidio imprudente si declaramos vencible su error. Pero imaginemos el caso de una persona que tiene relaciones sexuales con una menor de 16 años, pensando que tiene 17 años (art.181 CP). No está contemplada en el código penal la figura de la agresión sexual imprudente, por lo que si se acepta el error en este caso, tanto si es vencible como invencible su tratamiento será el mismo: falta de responsabilidad penal.

El error de prohibición está recogido en el art. 14.3 CP y no hay que confundirlo con el error estudiado (el error de tipo). El error de prohibición es un error sobre la ilicitud penal de la conducta. La persona es consciente de la acción que realiza (sabe lo que hace), pero desconoce que dicha acción se contemple en la legislación como un delito

Ejemplo: una extranjera en cuyo país el aborto no es delito viene a vivir a España y realiza un aborto creyendo que en España tampoco es delito (vid. art. 144 y ss CP). La persona no se equivoca sobre la conducta (sabe que está abortando), sino sobre su significado penal. Este error no elimina el dolo, y su tratamiento penal se encuentra en el art. 14.3 CP: si es invencible excluye la responsabilidad penal, y si es vencible se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Ciertamente, esta eximente no podrá aplicarse en casos de incumplimiento de normas penales básicas, que nadie puede alegar justificadamente desconocer (ejemplo: prohibición de matar, hurtar, lesionar, etc.). Pero hemos de tener en cuenta que el Código Penal y las Leyes Penales Especiales recogen multitud de prohibiciones que no es difícil que el ciudadano común desconozca.

Cuidado porque, según la jurisprudencia (STS 7-9-2015) “*lo que se exige para un reproche respetuoso con el principio de culpabilidad es el conocimiento genérico de la antijuricidad de la conducta. No es exigible que el autor conozca en particular y en concreto los contornos exactos y fronteras precisas de la tipicidad penal. (...) Es suficiente el conocimiento genérico de la ilicitud de la conducta; no es necesaria la seguridad de que la acción encaja en un tipo específicamente penal*”.

Vid. así el caso juzgado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15-1-1998 (ARP 1998/33) en el que un Testigo de Jehová plantea esta eximente respecto de la acusación de un delito electoral por no asistir a la constitución de una Mesa Electoral.

Modernamente, se han planteado casos respecto personas que comparten valores culturales diferentes (véase sobre el supuesto de la ablación de clítoris el supuesto tratado en la STS 16-12-2013 RJ 2013/7854). Vid. también el interesante caso de los “clubs de cannabis”, en las STS 7-9-2015 (que aplica error vencible de prohibición) y STS 27-6-2016 y STS 10-6-2021 (que aplican ambas error invencible de prohibición).

Los “clubs de cannabis” son asociaciones de diverso tipo que existen en nuestro país en cuyos Estatutos se acostumbraba a definir el objeto social como el fomento del estudio del cannabis. No obstante, era usual que tales asociaciones, ya cultivando sus propias plantaciones de marihuana ya proveyéndose de ella, ofrecieran a sus socios la venta de pequeñas cantidades de marihuana para consumo propio. En su día fue discutido si tal venta (por ser de pequeñas cantidades y a miembros de la asociación que afirmaban ser ya consumidores de marihuana), podía considerarse un delito de tráfico de droga o entraba dentro del concepto, creado por el TS, del “consumo compartido”, que se considera atípico. Sin embargo, el TS en una sentencia de 7-9-2015, consideró que, en determinadas circunstancias, la actividad de los clubs de cannabis era delictiva (era subsumible en el delito de tráfico de drogas del art. 368 CP). No obstante, el problema que sigue planteándose es si a pesar de ser una actividad delictiva, los promotores del club de cannabis, debido a la falta de una clara regulación legal sobre el tema, pueden beneficiarse de un error de prohibición.

Universitat
de Girona